

**Die Rechtmäßigkeit der Lokalrundfunkfinanzierung im Freistaat Bayern**

**- Verfassungs- und europarechtliche Aspekte -**

**Gutachten**

erstattet im Auftrag der  
Fraktion Bündnis 90 / Die Grünen im Bayerischen Landtag

VON

**Dr. Stefan Lorenzmeier, LL.M., Augsburg**

**Inhaltsverzeichnis**

	Seite
<b>A. Gutachtenthema</b>	<b>6-7</b>
<b>B. Sachbericht</b>	<b>8-19</b>
I. Organisation des bayerischen Rundfunkrechts	10-11
II. Finanzierung des privaten Lokalfernsehens im Freistaat Bayern	11-19
1. Bis zum Jahre 2007 bestehende Regelung – Das Teilnehmerentgelt	12-15
2. Seit dem Jahr 2007 bestehende Regelung – Die Finanzierung aus staatlichen Mitteln	15-18
3. Übergangstatus der öffentlichen Finanzierung	18-19
<b>C. Gang der Untersuchung</b>	<b>20-96</b>
I. Vereinbarkeit von Art. 111a Abs. 2 BV mit höherrangigen Normen	20-52
1. Rundfunkbegriff	20-21
2. Regelungsgehalt von Art. 111a BV	21-24
3. Verstoß gegen höherrangiges Recht	24-34
a. Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG	24-30
aa. Inhalt der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S.2 GG	24-25
bb. Umsetzung der bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben	26
cc. Einhaltung der bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben	26-30
aaa. Die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts	27-28
bbb. Die Ansicht des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs	28-29
ccc. Die Ansicht des rechtswissenschaftlichen Schrifttums	29
ddd. Stellungnahme	30
b. Inhaltliche Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts an den Finanzierungsvorbehalt aus staatlichen Mitteln	30-33
aa. Wortgetreue Übernahme der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts	31-32
bb. Schutz der publizistischen Vielfalt	32-33

c. Ergebnis zur Vereinbarkeit von Art. 111a Abs. 2 BV mit Art. 5 Abs.1 S.2 GG	33-34
4. Verstoß gegen Art. 10 EMRK	34-39
a. Regelungsgehalt von Art. 10 EMRK	35-37
b. Anwendung auf die bayerische Rundfunkordnung	37-39
c. Ergebnis	39
5. Rechtliche Auswirkungen eines Verstoßes: Art. 31 GG oder Art. 142 GG	40-44
a. Übereinstimmung zwischen Bundes- und Landesrecht, Art. 142 GG	41-42
b. Bundesrecht bricht Landesrecht, Art. 31 GG	42-44
5. Verstoß gegen die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit des AEUV	44-51
a. Anwendungsbereich	46-47
b. Zwingende Gründe des Allgemeinwohls	47-49
c. Ermessensentscheidungen	49-50
d. Ergebnis	50-51
7. Ergebnis zur Frage der Vereinbarkeit von Art. 111a BV mit höherrangigem Recht	51-52
II. Veranstaltung von lokalem und regionalem Fernsehen durch private Anbieter als Grundversorgung	53-69
1. Einleitung	53-55
a. Grundversorgungsauftrag	53-54
b. Bayerische Rechtslage	55
2. § 11 Rundfunkstaatsvertrag als Verbürgung des Grundversorgungsauftrags	56
3. Hierarchische Rechtswirkungen des Rundfunkstaatsvertrags	56-58
a. Staatsverträge als materielles Landes- oder Bundesrecht	57
b. Rang über dem bayerischen Landesrecht	58
4. Regelungsinhalt von § 11 Rundfunkstaatsvertrag	58-59
5. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundversorgungsauftrag	59-62
a. Leitlinien des Bundesverfassungsgerichts	60-61
b. Sinn des Grundversorgungsauftrags	61-62

6. Grundversorgung durch lokalen und regionalen Rundfunk	62-63
a. Ansicht des Bundesverfassungsgerichts	62
b. Ansicht des Schrifttums	62-63
7. Bayerische Rundfunkordnung	64-67
a. Darstellung der Argumente	64-66
b. Interessenabwägung und Insolvenzsicherheit	66-67
8. Weitere Problemfelder des Grundversorgungsauftrags	67-68
9. Ergebnis zur Grundversorgung	68-69
III. Staatsferne des Rundfunks	70-74
1. Genaue gesetzliche Vorgaben, insbesondere zur Finanzierung der privaten lokalen und regionalen Rundfunkanbieter	70-73
a. Verbot einer detailgetreuen staatlichen Regelung	71
b. Finanzierung der privaten lokalen und regionalen Fernsehanbieter	71-73
c. Zwischenergebnis	73
2. Zusammensetzung des Aufsichtsgremiums	74
3. Ergebnis zur Staatsferne	74
IV. Aufgabenvermischung der Bayerischen Landeszentrale für Neue Medien	75-76
V. Europäisches Wettbewerbsrecht	77-96
1. Beihilfen	78-82
a. Vorteilsgewährung	79-80
b. „De-minimis“-Beihilfen	80-81
c. Altmark Trans-Rechtsprechung	81-82
2. Beeinflussung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	83
3. Verfälschung des Wettbewerbs	83-84
4. Zwischenergebnis	84
5. Rechtfertigungsmöglichkeiten	84-95
a. Rechtfertigung gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV	84-86
b. Gruppenfreistellungsverordnung	86-87
c. Vereinbarkeit der staatlichen Beihilfe mit Art. 106 Abs. 2 AEUV	87-95
aa. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	88-90

aaa. Protokoll Nr. 29 zum Vertrag von Lissabon	89
bbb. Regelungsgegenstand von Art. 106 Abs.2 AEUV	90
bb. Von den EU-Organen entwickelte Grundsätze	90-94
cc. Staatsferne und Transparenzgebot	94-95
d. Ergebnis zur Rechtfertigung	95
5. GATS-Problematik	95-96
6. Ergebnis zum europäischen Wettbewerbsrecht	96
<b>D. Zusammenfassung und Thesen</b>	<b>97-100</b>
I. Zusammenfassung	97-98
II. Thesen	99-100

## A. Gutachtenthema

Das Gutachten wurde im Auftrag der Fraktion von „Bündnis 90/Die Grünen“ im Bayerischen Landtag erstellt. Die Auftraggeberin bat um die gutachterliche Erörterung mehrerer rechtlicher Fragestellungen hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des bayerischen Systems der Finanzierung lokaler und regionaler Fernsehanbieter.

Untersucht werden sollten sowohl die verfassungs- beziehungsweise einfachgesetzlichen als auch die europarechtlichen Grundlagen der staatlichen Finanzierungsverantwortung für die lokalen und regionalen Fernsehanbieter im Freistaat Bayern. Hierbei sollten insbesondere fünf im Zusammenhang mit der Lokalrundfunkfinanzierung stehende Problembereiche einer gutachterlichen Prüfung zugeführt werden.

Erstens war zu untersuchen, ob die die öffentliche Verantwortung und die öffentliche Trägerschaft statuierende Vorschrift des Art. 111a Abs. 2 BV mit höherrangigem Recht vereinbar ist, da ansonsten die Rechtsgrundlage für die vom bayerischen Verfassungsrecht vorgesehene staatliche Finanzierungsverantwortung des Freistaats Bayern für die lokalen und regionalen Rundfunkanbieter fehlen würde. In diesem Zusammenhang waren neben der bundesverfassungsrechtlichen Vorschrift des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG auch die einschlägigen höherrangigen Regelungen des Art. 10 EMRK und der Art. 49 ff. AEUV bzw. der Art. 56 ff. AEUV heranzuziehen und zu analysieren. Bestandteil der Überprüfung war die Fragestellung, ob die einfachgesetzliche Neuregelung des Art. 23 Abs. 2 bis 4 BayMG den vom Bundesverfassungsgericht in seiner Teilnehmerentgelt-Entscheidung<sup>1</sup> niedergelegten Anforderungen genügt, um die stattfindende öffentliche Finanzierung zu rechtfertigen.

Zweitens wurde umfassend untersucht, ob bei privatem lokalen und regionalen Fernsehen in der von der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien veranstalteten Weise von Grundversorgung, wie sie insbesondere im § 11 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) niedergelegt ist, die Rede sein kann.

<sup>1</sup> BVerfGE 114, 371 ff.

Drittens wurde analysiert, ob bei einer Finanzierung der lokalen und regionalen Fernsehanbieter aus staatlichen Mitteln die von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verfassungsrechtlich geforderte Staatsferne des Rundfunks gegeben ist. Im Hinblick auf die Staatsferne war ferner auf die Zusammensetzung der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien als Aufsichtsanstalt über die lokalen und regionalen Fernsehanbieter einzugehen.

Anschließend daran wurde in einem vierten Punkt der Fragestellung nachgegangen, ob und inwieweit die Beteiligung der Landeszentrale an der Finanzierung rechtlich zulässig ist. Die Landeszentrale als Anstalt des öffentlichen Rechts übt eine dreigeteilte Funktion über die lokalen und regionalen Fernsehanbieter aus. Sie ist Genehmigungs-, Aufsichts- und Finanzierungsbehörde mit eigenem Satzungsrecht, so dass die Gefahr einer Aufgabenverschmelzung besteht.

In einem letzten Punkt wurde untersucht, ob die seitens des Freistaats Bayern vorgenommene Förderung der bayerischen Lokalrundfunkanbieter aus staatlichen Mitteln mit dem Beihilfenrecht der Europäischen Union, den Art. 107 und 106 AEUV, kompatibel ist.

In einem abschließenden Abschnitt werden die gefundenen Thesen noch einmal zusammengefasst und einzeln wiedergegeben.

## B. Sachbericht

Die sechzehn privaten lokalen und regionalen Fernsehanbieter im Freistaat Bayern<sup>2</sup> erhalten aus dem Landeshaushalt des Freistaats Bayern öffentliche Finanzmittel<sup>3</sup>, welche von der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien, einer Anstalt des öffentlichen Rechts<sup>4</sup>, zugewiesen werden, um ihr Programm anbieten zu können<sup>5</sup>, da ihnen gemäß ihrer Selbsteinschätzung<sup>6</sup> ein kostendeckendes Angebot aus eigenen Mitteln nicht möglich ist<sup>7</sup>. Daneben fließt ihnen aus Werbeerlösen noch ungefähr die Hälfte ihres Budgets zu<sup>8</sup>. Die Verbreitung des Angebots der lokalen und regionalen Fernsehanbieter geschieht vorrangig über Kabelnetze und digitale Satelliten<sup>9</sup>. Sinn und Zweck der staatlichen Finanzierung ist die Gewährleistung von qualitativ hochwertigen lokalen und regionalen Fernsehangeboten im Freistaat Bayern<sup>10</sup>. In der

<sup>2</sup> Eine Aufstellung der einzelnen Anbieter ist unter [www.blm.de](http://www.blm.de) im Internet erhältlich.

<sup>3</sup> Der Finanztitel wird dabei haushaltsrechtlich der Bayerischen Staatskanzlei zugeordnet, siehe Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, Haushaltsplan 2009/ 2010 sowie Entwurf des Haushaltsplans 2011/ 2012 des Freistaats Bayern, Einzelplan 2 Ministerpräsident und Staatskanzlei, Titel 683 81, „Förderung hochwertiger lokaler und regionaler Fernsehangebote in Bayern“

<sup>4</sup> Die Bayerische Landeszentrale für neue Medien wurde durch das Medienerprobungs- und –entwicklungsgesetz (MEG, GVBl. 1984, 445) eingesetzt. Das MEG wurde inzwischen durch das Bayerische Mediengesetz (nunmehr in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.10. 2003, GVBl. 2003, 799, zuletzt geändert durch Gesetz vom 8. 12. 2009, GVBl. 609) ersetzt.

<sup>5</sup> Protokoll BayLandtag DrS 16/2606, S. 4.

<sup>6</sup> Siehe hierzu das Gutachten von *Goldhammer/Wiegand/Polley*, Wirtschaftliche Situation des lokalen und regionalen Fernsehens in Bayern, BLM-Schriftenreihe 87, 2007.

<sup>7</sup> *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2009, S. 30. Der Verband Bayerischer Lokalrundfunk und die Vereinigung Bayerischer Rundfunkanbieter vertreten die Ansicht: „Wird nicht bald eine andere Lösung gefunden, regionales Fernsehen in Bayern zu unterstützen, bedeutet dies das endgültige AUS!“, siehe Informationsflyer „Hier ruht das Bayerische Regionalfernsehen“ der TV Bayern GmbH und des Verbands Bayerischer Lokalrundfunk (VBL)

<sup>8</sup> Vgl. die auf der von der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM) am 22.06.2010 in München ausgerichteten Tagung „Werbung adé – neue Erlösmodelle passé?“ Von der Goldmedia GmbH vorgestellte Untersuchung „Zukunft des lokalen Fernsehens in der digitalen Welt – Anforderungen an ein Finanzierungsmodell“, S. 7. Vgl. die Pressemitteilung der BLM vom 23.06.2010. Die Finanzierung der privaten und regionalen Fernsehanbieter im Freistaat Bayern im Jahre 2009 erfolgte zu 36,4% aus Werbeerlösen und zu 25% aus Auftragsproduktionen, Programmverkauf und sonstigen Erträgen. Die Fremdfinanzierung wird zu 27,7% aus öffentlichen Geldern bestritten (Förderung nach Art. 23 BayMG und Programmförderung durch die BLM), 7,2% stammen von der RTL-Abendwerbeschiene und 3,7% sind Finanzierungsbeiträge nationaler TV-Anbieter. Siehe Geschäftsbericht BLM 2009, S. 48.

<sup>9</sup> BayLandtag DrS. 15/8458, S. 9.

<sup>10</sup> Ob dies in der Praxis wirklich geschieht unterliegt erheblichen Zweifeln. Laut einer Zuschauerbefragung sind 95% der Zuseher der Ansicht, dass das lokale und regionale Privatfernsehen ihnen das lokalpolitische Geschehen näher bringen und sogar über politische und soziale Missstände in der betreffenden Region aufklären sollte. Jedoch wird das lokale und regionale Privatfernsehen diesem Anspruch nur nach ca. 77% der Befragten gerecht. Als Stärke des lokalen und regionalen Fernsehens wurde der Wetterbericht, die lokale Wettervorhersage, genannt. Siehe tns infratest, BLM: Funkanalyse Bayern 2010, Genreinteresse von Lokalfernseh zuschauern, Erwartungen und Erfüllung der Erwartungen durch die Programme 2010. Zur Bewertung der Befragung: *Szymanski*, „Zu wenig Geld, zu wenig Qualität“, Süddeutsche Zeitung vom 21.02.2011, S. 46.



Praxis scheint dieser Qualitätsanspruch entgegen des genannten Anspruchs immer seltener erreicht zu werden<sup>11</sup>.

Die staatliche Finanzierung der lokalen und regionalen Fernsehanbieter geschieht dabei vor dem Hintergrund des immer weiteren Voranschreitens des Prozesses horizontaler und vertikaler Verflechtung auf den unterschiedlichen Medienmärkten<sup>12</sup>. Die Veranstaltung und Verbreitung von Rundfunkprogrammen ist häufig nur ein Glied in einer multimedialen Wertschöpfungs- und Vermarktungskette<sup>13</sup>. Es bestehen dabei vielfältige Potenziale der wechselseitigen Verstärkung von publizistischem Einfluss und ökonomischen Erfolg und damit der Nutzung von Größen- und Verbundvorteilen<sup>14</sup>.

Der horizontalen und vertikalen Verflechtung der Medienmärkte wohnt die Gefahr einer Reduzierung der Breite und der Vielfalt des programminhaltlichen Angebots inne. In der klassischen dualen Rundfunkordnung eines Nebeneinanders von öffentlich-rechtlichem und privatwirtschaftlichem Rundfunk sollen die unterschiedlichen Programmorientierungen ihren Beitrag zur Sicherung der Breite und Vielfalt des Angebots leisten<sup>15</sup>. Dabei vertraut der Gesetzgeber für den privatwirtschaftlich organisierten Rundfunk im Wesentlichen auf Marktprozesse, während der öffentlich-rechtliche Rundfunk besonderen Qualitätsanforderungen unterliegt<sup>16</sup>, wie sich bereits aus den getrennten Abschnitten des Rundfunkstaatsvertrags zu öffentlich-rechtlichem und privatwirtschaftlich veranstaltetem Rundfunk ersehen lässt<sup>17</sup>. Die Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wird gegenüber dem Privatrundfunk durch

<sup>11</sup> Siehe Grundlagenpapier zur Fortentwicklung des lokalen Fernsehens in Bayern, Gemeinsames Konzept des Verbandes Bayerischer Lokalrundfunk (VBL) und der Vereinigung Bayerischer Rundfunkanbieter (VBRA), München Dezember 2010, in dem die Autoren festhalten, dass die lokalen und regionalen Lokalfernsehanbieter qualitativ mit dem Bayerischen Rundfunk nicht mithalten können. Die Aufrechterhaltung aller privaten TV-Anbieter würde staatliche Zuschüsse in Höhe von ca. 17 Millionen EURO pro Jahr erfordern (Grundlagenpapier, S. 18).

<sup>12</sup> Vgl. BVerfGE 95, 163, 173; Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich, Crossmediale Verflechtung als Herausforderung für die Konzentrationskontrolle, 2007, 121 ff; Süddeutsche Zeitung v. 06.05.2010, "Das Medien-Netzwerk des Dirk Hermann Voß".

<sup>13</sup> BVerfGE 119, 181, 217; A. Zerdick u. a., Die Internet-Ökonomie, Strategien für die digitale Wirtschaft, 1999.

<sup>14</sup> BVerfGE 119, 181, 217.

<sup>15</sup> BVerfGE 74, 297, 331; E 114, 371, 387 f.

<sup>16</sup> BVerfGE 119, 181, 217.

<sup>17</sup> Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag [RStV] v. 31.08.1991, in der Fassung vom 30.10./04.11./20.11.2009 in der am 01.04.2010 in Kraft getretenen Fassung. Der zweite Abschnitt des RStV enthält besondere Vorschriften für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, der dritte Abschnitt ebensolche für den privaten Rundfunk.

Gebührenzahlingen gesichert, wodurch eine Abkoppelung von den Marktkräften erreicht wird<sup>18</sup>.

## I. Organisation des bayerischen Rundfunkrechts

Hintergrund für die Zahlung öffentlicher Finanzmittel an die privaten regionalen und lokalen Fernsehanbieter ist die besondere Rundfunkstruktur im Freistaat Bayern. Rundfunkorganisationsrechtlich hat der Freistaat Bayern als einziges Bundesland die duale Rundfunkstruktur der anderen Bundesländer nicht übernommen, sondern allein die öffentlich-rechtliche Programmveranstaltung zugelassen.

Die grundlegende Vorschrift der bayerischen Verfassung ist Art. 111a Abs. 2 BV, wonach Rundfunk im Freistaat Bayern in öffentlicher Verantwortung und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betrieben wird<sup>19</sup>. Die Vorschrift untersagt das duale Rundfunksystem<sup>20</sup> und legt ein einheitliches öffentlich-rechtliches System fest<sup>21</sup>. Der Rundfunkstaatsvertrag als interföderales Recht erkennt den bayerischen Sonderweg in der Sonderregelung des Art. 63 RStV an<sup>22</sup>.

Der bayerische Sonderweg unterscheidet jedoch noch auf einer weiteren Ebene zwischen dem klassischen öffentlich-rechtlichen Rundfunk, welcher vom Bayerischen Rundfunk angeboten wird, und dem von privaten Anbietern hergestellten lokalen und regionalen Programmen. Die von privaten Anbietern hergestellten Programme, werden öffentlich-rechtlich von der Bayerischen Landesanstalt für neue Medien<sup>23</sup> als öffentlich-rechtlichem Trägerorgan, auf das jede Rundfunktätigkeit im Freistaat

<sup>18</sup> BVerfGE 119, 181, 219; zur Sicherungsfunktion der Gebührenzahlingen: BVerfGE 90, 60/90. Im Jahre 2009 betrug das Gesamtaufkommen der Gebührenzahlingen nach Angabe der GEZ ca. 7,6 Mrd. Euro; vgl. die Übersicht bei [www.gez.de](http://www.gez.de).

<sup>19</sup> Art. 111a BV wurde im Wege eines Volksentscheids im Jahre 1973 in die bayerische Verfassung eingefügt, siehe *Stettner*, Die Bayerische Landeszentrale für neue Medien im Wandel des Rechts, in: BLM (Hrsg.), Rundfunkstrukturen im Wandel, 2010, S. 55/56.

<sup>20</sup> BayVerfGHE 39, 96, Leitsatz 1

<sup>21</sup> *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner*, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV Rdnr. 30.

<sup>22</sup> Art. 63 (Regelung für Bayern) lautet: Der Freistaat Bayern ist berechtigt, eine Verwendung des Anteils an der Rundfunkgebühr nach § 40 zur Finanzierung der landesgesetzlich bestimmten Aufgaben der bayerischen Landeszentrale für Neue Medien im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Trägerschaft vorzusehen. Im Übrigen finden die für private Veranstalter geltenden Bestimmungen dieses Staatsvertrags auf Anbieter nach bayerischem Recht entsprechende Anwendung. Abweichende Regelungen zu § 7 Abs. 8 1. Variante (die Regelungen erfassen die zulässige Werbung, Anmerkung vom Verfasser) zur Umsetzung der Vorgaben der Landesverfassung sind zulässig.

<sup>23</sup> Ausführlich zur Entwicklung des bayerischen Rundfunkmodells: *Bornemann/Kraus/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz, Loseblatt-Kommentar, Einführung.

Bayern Bezug nimmt<sup>24</sup>, veranstaltet<sup>25</sup>. Die Bayerische Verfassung schließt die Einbringung von Programmen durch Private nicht aus. Insoweit wird für die von privaten Anbietern hergestellten Programminhalte im Schrifttum in zutreffender Weise vom „alternativen öffentlich-rechtlichem Rundfunk“<sup>26</sup> oder einem unechten dualen System<sup>27</sup> gesprochen.

Das alternative öffentlich-rechtliche bayerische Rundfunkrecht wird gemäß Art. 2 Abs. 1 BayMG organisatorisch von der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien, einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts (Art. 10 BayMG), durchgeführt. Ihre Aufgabe besteht gemäß Art. 2 Abs. 2 und Art. 4 BayMG in der Organisation von Rundfunkprogrammen aus von privaten Rundfunkanbietern gestalteten Beiträgen. Sie trägt die Programmverantwortung für die qualitätsvolle Programmgestaltung des Gesamtprogramms, welche sie mit Anordnungen durchsetzen kann<sup>28</sup>. Im Ergebnis kommt dem programminhaltlichen Willen der Landeszentrale der Vorzug vor dem Willen der Anbieter zu<sup>29</sup>. Diese Doppelrolle und ihr Einfluss auf die Programmgestaltung und -verantwortung für die Rundfunkinhalte privater Anbieter unterscheidet die Bayerische Landeszentrale für neue Medien strukturell in erheblichem Maße von den Landesmedienanstalten der übrigen Bundesländer<sup>30</sup>.

## II. Finanzierung des privaten Lokalfernsehens im Freistaat Bayern

Die dargestellte Doppelstruktur des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Freistaat Bayern wirft vielfältige rechtliche Problemstellungen auf, welche sich insbesondere aus der staatlichen Finanzierung der privaten regionalen und lokalen Rundfunkanbieter ergeben. Der Freistaat Bayern unterwirft die Finanzierung der genannten Lokalrundfunkanbieter im Freistaat einer „Auch-Finanzierung“ (neben den

<sup>24</sup> Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV Rdnr. 30.

<sup>25</sup> Stettner, Die Bayerische Landeszentrale für neue Medien im Wandel des Rechts, in: BLM (Hrsg.), Rundfunkstrukturen im Wandel, 2010, S. 55/57 ff.

<sup>26</sup> Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV Rdnr. 46.

<sup>27</sup> Lindner/Möstl/Wolff-Möstl, Verfassung des Freistaats Bayern, 2009, Art. 111a BV, Rdnr. 4.

<sup>28</sup> Vgl. zum Ganzen: Müller-Terpitz, Die Finanzautonomie der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien im Lichte der aktuellen Förderung lokaler und regionaler Fernsehangebote, Kurzgutachten, 2010, S. 15, 17.

<sup>29</sup> Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV Rdnr. 77.

<sup>30</sup> Müller-Terpitz, Die Finanzautonomie der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien im Lichte der aktuellen Förderung lokaler und regionaler Fernsehangebote, Kurzgutachten, S. 18.

Werbeeinnahmen) aus staatlichen Mitteln<sup>31</sup>. Die Grundlage dieser einfachgesetzlich seit dem Jahr 2007 in Art. 23 Abs. 7 BayMG<sup>32</sup> niedergelegten bayerisch-rechtlichen Sondersituation wurde in den vergangenen Jahren mehrfach geändert, da sie in ihren früheren Fassungen vom Bundesverfassungsgericht zum Teil als verfassungswidrig eingestuft wurde<sup>33</sup>.

Die bayerisch-rechtliche Sondersituation führte ferner bereits mehrfach zur Erstellung von Gutachten im Auftrag der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien<sup>34</sup> und die derzeitig bestehende Struktur bedarf ebenfalls eingehender rechtlicher Untersuchung.

### **1. Bis zum Jahre 2007 bestehende Regelung – Das Teilnehmerentgelt**

Die seit dem Jahre 2007 bestehende Neuregelung ist stark von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu der als verfassungswidrig eingestuften Vorgängerregelung beeinflusst, welche daher zuerst darzustellen ist.

Bis zur Erklärung der Verfassungswidrigkeit der bis dahin bestehenden Regelung durch das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2005<sup>35</sup> wurde die Finanzierung des privaten lokalen und regionalen Fernsehens über das so genannte Teilnehmerentgelt sichergestellt<sup>36</sup>. Das Bundesverfassungsgericht stützte seinen Beschluss darauf, dass der bayerische Gesetzgeber seinen ihm auch im Bereich des Rundfunkrechts

<sup>31</sup> Siehe oben Fußnote 8.

<sup>32</sup> Art. 23 Abs. 7 BayMG lautet: „Die Förderung lokaler und regionaler Fernsehangebote nach den Abs. 2 bis 4 erfolgt aus staatlichen Mitteln nach Maßgabe des Staatshaushalts und der allgemeinen haushaltsrechtlichen Bestimmungen. Im Rahmen der Förderung erhält die Landeszentrale als Erstempfänger eine Zuwendung. Die Landeszentrale leitet die Mittel an die Zuwendungsberechtigten weiter. Dabei entscheidet sie in eigener Verantwortung über das Vorliegen der Zuwendungsvoraussetzungen. Die Landeszentrale fördert die lokalen und regionalen Fernsehangebote auf Antrag in Form von Zuwendungsbescheiden. Dabei ist sicherzustellen, dass die Ziele dieses Gesetzes jeweils mit dem geringsten Aufwand erreicht werden. Rechtsansprüche auf finanzielle oder sonstige Fördermaßnahmen werden nicht begründet.“

<sup>33</sup> Grundlegend dazu der in II. 1. wiedergegebene *Teilnehmerentgelt-Beschluss*: BVerfGE 114, 371 ff.

<sup>34</sup> Vgl. *Ossenbühl*, Rechtsfragen des Teilnehmerentgelts nach bayerischem Medienrecht, BLM Schriftenreihe 73, 2003; *Goldhammer/Wiegand/Polley*, Wirtschaftliche Situation des lokalen und regionalen Fernsehens in Bayern, BLM Schriftenreihe 87, 2007; *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, BLM Schriftenreihe 93, 2009; *Müller-Terpitz*, Die Finanzautonomie der bayerischen Landeszentrale für Neue Medien im Lichte der aktuellen Förderung lokaler und regionaler Fernsehangebote, vom 30. April 2010.

<sup>35</sup> BVerfGE 114, 371 ff. In dem Beschluss wurde die ehemals bestehende bayerische Regelung bis längstens zum Jahresende 2008 für anwendbar erklärt, a.a.O., S. 396.

<sup>36</sup> Zum Teilnehmerentgelt siehe *Ossenbühl*, Rechtsfragen des Teilnehmerentgelts nach bayerischem Medienrecht, BLM-Schriftenreihe München 2003.

zustehenden Gestaltungsspielraum überschritten habe. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ende dort, wo die gesetzliche Regelung zwingende Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG außer Acht lässt<sup>37</sup>. Problematisch war, dass sich der bayerische Gesetzgeber damit begnügt hatte, dass die durch Zuschüsse begünstigten Programmangebote den allgemein im Medienrecht für die Veranstaltung und Verbreitung von privatwirtschaftlich getragenen Programmen geltenden Vorgaben entsprechen müssen und nicht darüber hinausgehenden. Spezielle Qualitätsanforderungen wurden seitens des bayerischen Gesetzgebers nicht verlangt.

Grundsätzlich führt das Bundesverfassungsgericht in seinem *Teilnehmerentgelt*-Beschluss aus, dass der Gesetzgeber dann, wenn er für Rundfunk eine privatwirtschaftliche Finanzierung vorsehe, insoweit auf Marktprozesse zur Sicherung der Vielfalt des Rundfunkangebots vertraue. In der dualen Rundfunkordnung eines nebeneinander von öffentlich-rechtlichem und privatwirtschaftlichem Rundfunk soll der Rundfunkfreiheit dadurch gedient werden, dass die durch die verschiedenen Strukturen der Veranstalter ermöglichten unterschiedlichen Programmorientierungen zur Breite und zur Vielfalt des Programmangebots insgesamt beitragen<sup>38</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht erkennt jedoch auch nichtkommerzielle Regelungsziele des Landesgesetzgebers an. Danach stimme es mit dem Auftrag des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zur Gewährleistung einer vielfältigen Rundfunkordnung überein, wenn der bayerische Gesetzgeber dazu beitragen wolle, dass Fernsehprogramme auch insoweit möglich werden, als Marktprozesse dies allein nicht sichern<sup>39</sup>. In solchen Fällen verfüge der Gesetzgeber über die Befugnis, die Veranstaltung von Programmen, die über den Markt nicht oder nicht in wünschenswerter Qualität zustande kommen, dem öffentlichrechtlichen Rundfunk aufzuerlegen<sup>40</sup>. Dann sei er allerdings ebenso verpflichtet, die finanziellen und sonstigen Verpflichtungen dazu zu schaffen. Sähe der Ländergesetzgeber davon ab und motiviere er stattdessen privatwirtschaftlich finanzierte Veranstalter durch die Aussicht auf eine gesetzlich bereitgestellte finanzielle Förderung zu entsprechenden

<sup>37</sup> BVerfGE 114, 371, 387.

<sup>38</sup> BVerfGE 114, 371, 387 f.

<sup>39</sup> BVerfGE 114, 371, 389.

<sup>40</sup> BVerfGE 114, 371, 387; E 74, 297, 327.

Programmangeboten, entstünde ein Risiko für die Funktionsweise eines auf ökonomischem Wettbewerb beruhenden privatwirtschaftlichen Rundfunks<sup>41</sup>.

Privatfernsehen steht nach der Ansicht des Gerichts in einem publizistischen Wettbewerb mit öffentlich-rechtlichen Programmangeboten. An einem solchen Wettbewerb mehrerer privatwirtschaftlich finanzierter Programme untereinander oder mit öffentlich-rechtlichen Programmen fehlt es jedoch weitgehend bei den lokalen und regionalen Fernsehprogrammen<sup>42</sup>, da die betreffenden Versorgungsgebiete häufig zu klein sein dürften, um einen Wettbewerb zu ermöglichen. Dennoch stehen die lokalen und regionalen Fernsehanbieter in Bayern in einem Wettbewerb mit dem öffentlich-rechtlichen Bayerischen Rundfunk, da dieser auch über lokale Themen in seinen Splittingprogrammen berichtet und sein Grundversorgungsauftrag auch die Berichterstattung über lokale und regionale Themen mitumfasst<sup>43</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht führt jedoch ausdrücklich aus, dass den Kommunikationsinteressen aller Zahlungspflichtigen grundsätzlich dadurch Rechnung zu tragen sei, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen in den Programmangeboten der lokalen und regionalen Privatsender zum gleichgewichtigen Ausdruck komme, was Sicherungen des Landesgesetzgebers voraussetze<sup>44</sup>. Der bayerische Gesetzgeber verzichtete hierauf in der der Entscheidung zugrunde liegenden gesetzlichen Ausgestaltung des Bayerischen Mediengesetzes.

Das Bundesverfassungsgericht rügte insbesondere, dass die Bayerische Landeszentrale für neue Medien zwar unter Nutzung der gesetzlichen und in der Fernsehsatzung enthaltenen Möglichkeiten auf vielfältige Programmangebote hinwirke, besondere Anforderungen an die Vielfalt der Programme durch das Gesetz jedoch nicht gestellt würden<sup>45</sup>. Dementsprechend wurden die Zuschüsse allen dem

<sup>41</sup> BVerfGE 114, 371, 389.

<sup>42</sup> BVerfGE 114, 371, 392 f.

<sup>43</sup> Nach einer dem Autor vorliegenden Auskunft des BR splittet das Bayerische Fernsehen sein Programm werktäglich zwischen 17.30 Uhr und 18.00 Uhr in einen Regionalteil für Nordbayern und Südbayern und sendet dort die jeweiligen Regionalausgaben der Abendschau. Am Sonntag sendet der BR von 18.05 Uhr bis 18.45 Uhr die Regionalmagazine „Schwaben und Altbayern“ und „Frankenschau“.

<sup>44</sup> BVerfGE 114, 371, 393.

<sup>45</sup> BVerfGE 114, 371, 393 f.

Typ nach begünstigten Anbietern gewährt. Für gleichgewichtige Vielfalt in den geförderten Programmangeboten war auf diese Weise nicht vorgesorgt<sup>46</sup>.

## **2. Seit dem Jahre 2007 bestehende Regelung – Die Finanzierung aus staatlichen Mitteln**

Zurückgehend auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts hat der Bayerische Landtag mit Beschluss vom 27.02.2007 die Staatsregierung aufgefordert, einen Gesetzentwurf zur Neuregelung einer finanziellen Unterstützung der lokalen und regionalen bayerischen Fernsehlandschaft auszuarbeiten und dabei die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zu beachten<sup>47</sup>. Zu den Vorgaben gehörte, dass die finanzielle Unterstützung der lokalen und regionalen Fernsehsender die Vielfalt der Meinungen gewährleistet und die Meinungen gleichgewichtig zum Ausdruck kommen müssen. Die seitens der Anbieter bereitgestellten Programme müssen den Kommunikationsinteressen aller Zahlungspflichtigen dienen, und es muss hinreichend genau gesetzlich geregelt sein, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Zielsetzungen Anbieter gefördert werden<sup>48</sup>.

Daraufhin erging der oben genannte Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung zur Änderung des Bayerischen Rundfunkgesetzes und des Bayerischen Mediengesetzes vom 26.06.2007<sup>49</sup>. Der Gesetzentwurf nahm keine Weiterentwicklung des überkommenen Systems des Teilnehmerentgelts vor<sup>50</sup>. Dafür wurde ein neues Verfahren zur Betrauung lokaler und regionaler Fernsehanbieter eingeführt<sup>51</sup>. Nach der Neuregelung können die lokalen und regionalen Fernsehanbieter mit der öffentlichen Aufgabe betraut werden, vielfältige und hochwertige Informationsprogramme mit engem Lokalbezug und einem bestimmten zeitlichen Umfang herzustellen und zu verbreiten. Auf der Grundlage der Betrauung können lokale und regionale Fernsehanbieter eine Förderung aus staatlichen Mitteln beantragen; die näheren Einzelheiten ergeben sich dann aus den einschlägigen Förderordnungen wie der Bayerischen Haushaltsordnung<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> BVerfGE 114, 371, 394.

<sup>47</sup> BayLandtag DrS. 15/7583.

<sup>48</sup> BayLandtag DrS. 15/7583; *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2009, S. 19 f.

<sup>49</sup> BayLandtag DrS. 15/8458.

<sup>50</sup> *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2009, S. 20.

<sup>51</sup> BayLandtag DrS. 15/8458, S. 2.

<sup>52</sup> BayLandtag DrS. 15/8458, S. 2 f.

Die Anbieter lokaler und regionaler Fernsehangebote werden nach dem dargestellten neuen zweistufigen System zunächst von der Landeszentrale für neue Medien<sup>53</sup> in einem ersten Schritt mit einer öffentlichen Aufgabe betraut (Art. 23 Abs. 1 bis 6 BayMG). Dann werden in einem zweiten Schritt die in Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe herzustellenden und zu verbreitenden Programme gefördert (Art. 23 Abs. 7 ff. BayMG)<sup>54</sup>. Die Förderung ist dabei degressiv gestaltet, sie soll in jedem Haushaltsjahr sinken.<sup>55</sup> Die dargestellte Förderung ist momentan bis zum Ende des Jahres 2012 vorgesehen<sup>56</sup>, über die danach bestehende Situation ist momentan noch nicht abschließend entschieden.

Im Einzelnen erfolgt die Förderung lokaler und regionaler Fernsehangebote gemäß Art. 23 Abs. 7 BayMG nach Art. Abs. 2 bis 4 BayMG aus staatlichen Mitteln nach Maßgabe des Staatshaushalts und den allgemeinen haushaltsrechtlichen Bestimmungen. Regelungstechnisch erhält die Landeszentrale für neue Medien als Erstempfänger eine Zuwendung, welche sie dann an die Zuwendungsberechtigten weiterleiten soll, Art. 23 Abs. 7 S. 2, 3 BayMG. Die Landeszentrale fördert dabei die lokalen und regionalen Fernsehangebote auf Antrag in Form von Zuwendungsbescheiden und entscheidet autonom und in eigener Verantwortung über das Vorliegen der Zuwendungsvoraussetzungen<sup>57</sup>.

Die grundlegenden Voraussetzungen dazu sind, wie die Vorschrift ausdrücklich hervorhebt, in den Absätzen 2 bis 4 von Art. 23 BayMG enthalten. Nach Art. 23 Abs. 2 S. 1 BayMG kann die Landeszentrale genehmigte lokale und regionale Fernsehanbieter mit der öffentlichen Aufgabe betrauen, die bestehende Vielfalt der Meinungen im jeweiligen Versorgungsgebiet durch qualitätsvolle Fernsehprogramme in gleichgewichtiger Weise zum Ausdruck bringen. Verpflichtet werden die Anbieter dabei laut Art. 23 Abs. 2 S. 5 BayMG zur Herstellung und Verbreitung eines aktuellen und authentischen Nachrichten- und Informationsprogramms von Montag bis Freitag mit einem täglichen zeitlichen Produktionsumfang von 20 Minuten. Das Programm

<sup>53</sup> Gemäß Art. 11 S. 2 Nr. 8 BayMG gehört es zu den Aufgaben der Landeszentrale, lokale und regionale Fernsehanbieter mit der öffentlichen Aufgabe zu betrauen.

<sup>54</sup> BayLTag DrS. 15/8458, S. 9. Weitere Einzelheiten der Neuregelung finden sich bei *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2009, S. 21 ff.

<sup>55</sup> Siehe hierzu die Stellungnahme der Abg. *Gote*, BayLTag DrS. 16/2786, S. 11 ff.

<sup>56</sup> BayLTag DrS. 16/2786, S. 16. Dem Beschluss des Bayerischen Landtags wurde von der Staatsregierung Rechnung getragen. Im Nachtragshaushaltsgesetz 2010 wurden bei Kap. 02 03 Tit. 683 81 die entsprechenden Posten eingestellt.

<sup>57</sup> Art. 23 Abs. 7 S. 3 – 5 BayMG.



setzt sich zusammen aus Beiträgen zum örtlichen Geschehen [...] und dient den Kommunikationsinteressen aller Fernsehzuschauer in dem lokalen oder regionalen Versorgungsgebiet (Nr. 1), sie werden zur Herstellung und Verbreitung eines zusätzlichen authentischen lokalen oder regionalen Programms bis zu einem gesamten zeitlichen Produktionsumfang von 100 Minuten in der Woche verpflichtet (Nr. 2), wobei sich dieses Programm aus Beiträgen zu besonderen lokalen oder regionalen Ereignissen und aus Beiträgen aus den Bereichen Bildung, Heimatgeschichte, Kunst, Brauchtum, Information, Beratung, Sport und Unterhaltung, jeweils mit einem engen lokalen Bezug, zusammensetzt.

In Art. 25 Abs. 3 S. 2 bis 4 BayMG wird überdies der Grundsatz aufgestellt, dass in jedem Versorgungsgebiet mit Blick auf die wirtschaftliche Tragfähigkeit nur ein lokales oder regionales Fernsehangebot genehmigt werden soll, auch können Anbieter in kleineren Versorgungsgebieten von der in Art. 23 Abs. 2 S. 2 enthaltenen Verpflichtung befreit werden.

Nach der Eigeneinschätzung der Bayerischen Staatsregierung<sup>58</sup> werden durch die gesetzlichen Regelungen des Art. 23 BayMG und den Betrauungsakt die europarechtlichen Anforderungen an eine zulässige Förderung im Sinne der Entscheidung der Kommission über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag<sup>59</sup> auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, gewährt<sup>60</sup>.

Art. 23 Abs. 2 S. 2 bis 4 BayMG enthält in inhaltlicher Hinsicht Vielfaltsanforderungen an die Anbieter, wenn diese den öffentlichen Auftrag übernehmen und aus öffentlichen Mitteln gefördert werden. Art. 23 Abs. 2 S. 5 BayMG bestimmt den jeweiligen Auftrag im Einzelnen. Der dort vorgesehene zeitliche Umfang der Programme sei dabei nach Ansicht der Mehrheit des Bayerischen Landtags notwendig, aber auch ausreichend für die Darstellung des örtlichen Geschehens im Fernsehen<sup>61</sup>. Die Kumulation der in der Neuregelung enthaltenen Punkte soll den genannten Anforderungen des

<sup>58</sup> BayLandtag, DrS. 15/8458, S. 9.

<sup>59</sup> Nunmehr Art. 106 Abs. 2 AEUV, siehe dazu unten Punkt C.V.5.c.

<sup>60</sup> ABl. 2005 L 312/67.

<sup>61</sup> BayLandtag, DrS. 15/8458, S. 9.

Bundesverfassungsgerichts in der Teilnehmerentgelt-Entscheidung gerecht werden und diese umsetzen.

Zusammenfassend ist das vorrangige Ergebnis der dargestellten Neuregelung, dass nunmehr die Finanzierung des lokalen und regionalen Privatfernsehens aus staatlichen Mitteln nach Maßgabe des Staatshaushalts erfolgt<sup>62</sup>. Die staatlichen Zuwendungen finden sich beispielsweise in Kapitel 02 03 Titel 683 81 des Nachtragshaushalts für das Jahr 2010<sup>63</sup>.

### 3. Übergangstatus der öffentlichen Finanzierung

Nach dem Beschluss des Bayerischen Landtags vom 16.04.2008 soll die Finanzierung aus staatlichen Mitteln allerdings nur eine Übergangslösung darstellen, welche bis zum Ende des Jahres 2009 beendet werden sollte<sup>64</sup>. Hintergrund dafür ist, dass das von der Mehrheit des Bayerischen Landtags präferierte Gebührenzahlungsmodell<sup>65</sup> zumindest derzeit politisch nicht umsetzbar ist, da dieses einer Änderung des Rundfunkstaatsvertrags bedürfte, was von den anderen Bundesländern bislang abgelehnt wird<sup>66</sup>. Die anderen Bundesländer haben auch den bayerischen Alternativvorschlag, einen kleinen Teil der die Rundfunkgebühr zukünftig ersetzenden Haushaltsabgabe<sup>67</sup> zur Finanzierung landesspezifischer Zwecke, insbesondere für den lokalen Rundfunk, einzusetzen, abgelehnt<sup>68</sup>. Aufgrund dessen wurde die im Freistaat Bayern bestehende Regelung von der Landtagsmehrheit bis zum 31.12.2012 verlängert<sup>69</sup>.

Für den Zeitraum danach ist die konkrete Gestaltung der staatlichen Förderung im Freistaat Bayern offen; soweit ersichtlich steht die Landtagsmehrheit hinter der politischen Absichtserklärung der Sicherstellung einer öffentlichen Finanzgrundlage

<sup>62</sup> Art. 23 Abs. 7 S. 1 BayMG.

<sup>63</sup> „Förderung hochwertiger lokaler und regionaler Fernsehangebote“, vgl. BayLandtag DrS. 16/3343, S. 1.

<sup>64</sup> BayLandtag DrS. 15/10486, Buchstabe a).

<sup>65</sup> BayLandtag DrS. 15/10486.

<sup>66</sup> Antwort der Staatskanzlei zur Anfrage aus dem Plenum des Abgeordneten *Rinderspacher*, v. 19.02.2009, BayLandtag DrS. 16/594, S. 1.

<sup>67</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit der Umstellung von einem Gebührenmodell zu einer Haushaltsabgabe siehe *Kirchhof*, Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Gutachten, 2010.

<sup>68</sup> Siehe die Presseerklärung der BLM vom 10.06.2010, in welcher der Präsident der BLM das Scheitern der von Bayern geforderten Öffnungsklausel im neuen Rundfunkgebührenmodell bedauert.

<sup>69</sup> Vollzugsmitteilung der Staatskanzlei v. 21.01.2010 zum Beschluss des BayLandtags v. 27.10.2009, DrS 16/2451.

für die lokalen und regionalen Fernsehanbieter<sup>70</sup>. Bestärkt wird diese Annahme der Mehrheitsmeinung im Bayerischen Landtag durch ein im Auftrag der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien erstelltes Gutachten aus dem Jahre 2007, welches zu dem Ergebnis kommt, dass ein lokales und regionales Fernsehen auf professionellem Niveau nur dann erhalten werden könne, wenn die Anbieter zusätzlich gefördert werden<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2009, S. 28.

<sup>71</sup> *Goldhammer/Weigand/Polley*, Wirtschaftliche Situation des lokalen und regionalen Fernsehens in Bayern, 2007, S. 180. Offen bleibt, was unter einem „professionellem Niveau von lokalem und regionalem Fernsehen“ zu verstehen ist.

## **C. Gang der Untersuchung**

Der Gang der Untersuchung richtet sich nach dem im Punkt „A.“ des Gutachtens dargestellten Prüfungsauftrag der Auftraggeberin.

Zuerst wird untersucht werden, ob Art. 111a Abs. 2 BV mit dem Grundgesetz und anderen höherrangigen Normen vereinbar ist. Zweitens ist darzustellen, ob bei privatem und regionalen Lokalrundfunk von Grundversorgung im rechtlichen Sinne gesprochen werden kann, drittens, ob die Förderung aus staatlichen Mitteln rechtlich zulässig ist, viertens, ob die Neuregelung von Art. 23 Abs. 2 und 4 BayMG genügt, um eine öffentliche Finanzierung des lokalen Fernsehangebots im Freistaat Bayern zu rechtfertigen. Abschließend wird untersucht, ob die seitens des Freistaats Bayern aus staatlichen Mitteln vorgenommene Förderung der lokalen und regionalen Fernsehanbieter mit dem europäischen Beihilfenrecht vereinbar ist.

### **I. Vereinbarkeit von Art. 111a Abs. 2 BV mit höherrangigen Normen**

Begonnen wird die Untersuchung mit der Fragestellung, ob Art. 111a Abs. 2 BV mit höherangigen Normen vereinbar ist<sup>72</sup>.

#### **1. Rundfunkbegriff**

Der Begriff des Rundfunks in Art. 111a BV wird von der Bayerischen Verfassung nicht definiert und allgemein weit ausgelegt. Herangezogen wird die einfachgesetzliche Bestimmung des Art. 1 Abs. 2 BayMG, welcher weitgehend<sup>73</sup> auf

<sup>72</sup> Der Wortlaut der Vorschrift ist wie folgt:

(1) Die Freiheit des Rundfunks wird gewährleistet. Der Rundfunk dient der Information durch wahrheitsgemäße, umfassende und unparteiische Berichterstattung sowie durch die Verbreitung von Meinungen. Er trägt zur Bildung und Unterhaltung bei. Der Rundfunk hat die freiheitliche demokratische Grundordnung, die Menschenwürde, religiöse und weltanschauliche Überzeugungen zu achten. Die Verherrlichung von Gewalt sowie Darbietungen, die das allgemeine Sittlichkeitsgefühl grob verletzen, sind unzulässig. Meinungsfreiheit, Sachlichkeit, gegenseitige Achtung, Schutz vor Verunglimpfung sowie die Ausgewogenheit des Gesamtprogramms sind zu gewährleisten.

(2) Rundfunk wird in öffentlicher Verantwortung und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betrieben. An der Kontrolle des Rundfunks sind die in Betracht kommenden bedeutsamen politischen, weltanschaulichen und gesellschaftlichen Gruppen angemessen zu beteiligen. Der Anteil der von der Staatsregierung, dem Landtag und dem Senat in die Kontrollorgane entsandten Vertreter darf ein Drittel nicht übersteigen. Die weltanschaulichen und gesellschaftlichen Gruppen wählen ihre Vertreter selbst.

(3) Das Nähere regelt ein Gesetz.

<sup>73</sup> Die Ausnahmvorschrift des Art. 2 Abs. 1 S. 2 BayMG ist vorliegend nicht von Belang.

die Begriffsbestimmung des Rundfunkstaatsvertrags verweist. Gemäß der in § 2 Abs. 1 S. 1 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) enthaltenen Definition<sup>74</sup> wird unter Rundfunk ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst verstanden, welcher die für die Allgemeinheit und zum zeitgleichen Empfang bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendeplans unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ist<sup>75</sup>. S. 2 der Vorschrift erweitert die Begriffsbestimmung auf verschlüsselte und gegen Entgelt empfangbare Programme. Demnach werden sowohl Hörfunk als auch Fernsehen unter Einschluss des lokalen und regionalen Fernsehangebots<sup>76</sup> von der Regelung erfasst.

## 2. Regelungsgehalt von Art. 111a BV

Der Regelungsgehalt von Art. 111a Abs. 1 und Abs. 2 BV ist unterschiedlich. Art. 111a Abs. 1 S. 1 BV als Grundlage der Rundfunkfreiheit im Freistaat Bayern ist eine Fundamentalnorm der Bayerischen Verfassung<sup>77</sup>. Die Rundfunkfreiheit ist eine dienende Freiheit, da durch sie die öffentliche und individuelle Meinungsbildung erst ermöglicht wird<sup>78</sup>. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zielt auf eine Ordnung, die sicherstellt, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet<sup>79</sup>. Zur Gewährleistung seiner meinungsbildenden Funktion ist es erforderlich, den Rundfunk einer gesetzlichen Ordnung zu unterwerfen<sup>80</sup>.

Absatz 2 der Vorschrift kann dagegen nicht zwingend als Fundamentalnorm der Verfassung qualifiziert werden, da sie nur die formelle und organisatorische Ausgestaltung der bayerischen Rundfunkfreiheit betrifft<sup>81</sup>. Danach darf im Freistaat

<sup>74</sup> Art. 1 Abs. 2 S. 1 BayMG lautet: „Es gelten die Begriffsbestimmungen des § 2 Rundfunkstaatsvertrags.“ Vgl. Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 2.

<sup>75</sup> Ähnlich wird der Rundfunkbegriff des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verstanden, siehe Sachs-Bethge, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 5 GG, Rdnr. 90a.

<sup>76</sup> Lindner/Möstl/Wolff-Möstl, Verfassung des Freistaats Bayern, 2009, Art. 111a BV, Rdnr. 9.

<sup>77</sup> Lindner/Möstl/Wolff-Möstl, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 2.

<sup>78</sup> Vgl. BVerfGE 83, 238, 315; Badura, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, C 68; Fechner, Medienrecht, 10. Aufl. 2009, Kap. 10, Rdnr. 44.

<sup>79</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 119, 181, 214; E 114, 371, 386 f.; E 90, 60, 88; E 73, 118, 152 f.; 57, 295, 319.

<sup>80</sup> BVerfGE 83, 238, 296; BayVerfGHE 39, 96, 160.

<sup>81</sup> In BayVerfGHE 30, 78, 95 spricht der Bayerische Verfassungsgerichtshof davon, dass der Trägerschaftsvorbehalt solange die Sondersituation im Rundfunkwesen fortbestehe mit den Fundamentalnormen der Bayerischen Verfassung vereinbar sei. Siehe auch Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, S. 266 Rdnr. V. 114.

Bayern die Rundfunkfreiheit ausschließlich in öffentlicher Verantwortung und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft ausgeübt werden. Dieser öffentlich-rechtliche Vorbehalt ist unter den landesverfassungsrechtlichen Verbürgungen der Rundfunkfreiheit in Deutschland eine Ausnahme geblieben<sup>82</sup>, da sich die Bayerische Verfassung nicht wie die anderen Landesverfassungen auf die materielle Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit beschränkt, sondern darüber hinaus dessen formelle Ausgestaltung durch eine Institutionalisierung des Rechtsformmonopols vornimmt<sup>83</sup>. Die Begriffe „öffentliche Verantwortung“ und „öffentlich-rechtliche Trägerschaft“ sind nicht synonym oder tautologisch zu verstehen<sup>84</sup>. Durch die „öffentliche Verantwortung“ wird Rundfunk in besonderer Weise in die Pflicht und unter eine besondere Verantwortung genommen. Sie ist die Basis für die in Art. 111a Abs. 1 S. 2 – 4 BV genannten Programmgrundsätze<sup>85</sup>.

Die „öffentlich-rechtliche Trägerschaft“ kann nur durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts verwirklicht werden<sup>86</sup> und ist nach der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes so zu verstehen, dass sie mehr bedeutet als bloße Beaufsichtigung oder Kontrolle von privat betriebem Rundfunk in öffentlicher Verantwortung<sup>87</sup>. Der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte damit verhindern, dass nur oder vorwiegend erwerbswirtschaftliche Gesichtspunkte den Rundfunk bestimmen<sup>88</sup>. Der Landeszentrale für neue Medien als öffentlich-rechtlicher Trägerin verbleibt nach bayerischem Verfassungsrecht aufgrund des Trägerschaftsvorbehalts die alleinige Letztverantwortung über das Programm<sup>89</sup>.

<sup>82</sup> Siehe insbesondere *Jarass*, Gutachten G zum 56. Dt. Juristentag, 1986, S. 65.

<sup>83</sup> *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner*, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 44 mit weiteren Nachweisen.

<sup>84</sup> *BayVerfGHE* 39, 96, 138, *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner*, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 44 mit weiteren Nachweisen.

<sup>85</sup> *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner*, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 45 mit weiteren Nachweisen.

<sup>86</sup> *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner*, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 46. Die Landeszentrale ist gemäß Art. 2 Abs. 1 BayMG eine Anstalt des öffentlichen Rechts.

<sup>87</sup> *BayVerfGHE* 39, 96, 138. Die weit darüber hinausgehende und der Landeszentrale eine substantielle Trägerschaft mit potentieller und aktueller Programmherrschaft zuerkennende Ansicht des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (vgl. *BayVBl.* 1993, 20 ff.) begegnet im Schrifttum deutlicher Kritik, siehe *Bumke*, Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, 1995, S. 13 ff.

<sup>88</sup> *BayVerfGHE* 39, 96, 159; E 52, 143, 153.

<sup>89</sup> *Nawiasky/Schweiger/Stettner-Stettner*, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 50. Art. 111a BV begründet kein Monopol für eine einzige Anstalt des öffentlichen Rechts, versperrt jedoch Privaten den Zugang zum Rundfunk, *BayVerfGH* 39, 96, 137.

Nach der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs ist der Begriff der „öffentlich-rechtlichen Trägerschaft“ nicht ausschließlich auf die im Jahre der Verfassungsänderung, 1973, bestehenden öffentlich-rechtlichen Sender zu reduzieren, sondern umfasst auch später hinzugekommene Rundfunkveranstalter<sup>90</sup>. Überdies ist der so veranstaltete öffentlich-rechtliche Rundfunk nach der Ansicht des Gerichts binnenplural auszugestalten; er muss nach seiner Struktur allen in Betracht kommenden bedeutsamen politischen, weltanschaulichen und gesellschaftlichen Gruppen offen sein<sup>91</sup>. In einem binnenpluralen System obliegt den jeweiligen Rundfunkveranstaltern die Sicherung der Meinungspluralität, in dem entgegengesetzten außenpluralen System wird die Meinungspluralität durch die Vielzahl der Anbieter hergestellt.

Konsequenz des in Art. 111a Abs. 2 S. 1 BV enthaltenen öffentlichen Verantwortungs- und Trägerschaftsvorbehalts ist, dass die bayerische Rundfunkordnung keine echte duale Rundfunkordnung im Sinne der Trennung von öffentlichen und privaten Rundfunkanbietern darstellt<sup>92</sup>. Vielmehr wurde seitens des Verfassungsgesetzgebers ein öffentlich-rechtliches Monopol für jede Art der Rundfunkveranstaltung geschaffen<sup>93</sup>.

Dennoch sind im Freistaat Bayern private Rundfunkanbieter unter der Verantwortung der Landeszentrale für neue Medien zugelassen und das Bundesverfassungsgericht hat überdies keine wesentlichen faktischen Unterschiede zwischen dem bayerischen und dem dualen System erkennen können<sup>94</sup>. Insoweit ist, wie in dem Sachbericht bereits dargestellt wurde, in zutreffender Weise von einem „unechten dualen System“ auszugehen<sup>95</sup>, welches auch als „alternatives öffentlich-rechtliches System“ bezeichnet werden kann<sup>96</sup>.

<sup>90</sup> BayVerfGHE 39, 96, 143.

<sup>91</sup> BayVerfGHE 39, 96, 149. Nach der Teilnehmerentgelt-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof, soweit ersichtlich, seine Auslegung von Art. 111a Abs. 2 S. 1 BV nur dahingehend berichtigt, dass die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zwar bei der Auslegung der Vorschrift zu berücksichtigen sei, diese aber ansonsten unberücksichtigt bleibe, vgl. BayVerfGHE 58, 137/144.

<sup>92</sup> BayVerfGHE 39, 96, LS 1; E 43, 170, LS 2; E 53, 196, 208; Lindner/Möstl/Wolff-Möstl, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 18.

<sup>93</sup> Lindner/Möstl/Wolff-Möstl, Verfassung des Freistaats Bayern, 2009, Art. 111a BV, Rdnr. 9.

<sup>94</sup> Lindner/Möstl/Wolff-Möstl, Verfassung des Freistaats Bayern, 2009, Art. 111a BV, Rdnr. 18.

<sup>95</sup> So ausdrücklich Lindner/Möstl/Wolff-Möstl, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rn. 18.

<sup>96</sup> Siehe oben Fußnote 20. Im Folgenden wird vorrangig der Begriff „unechtes duales System“ vom Verf. verwendet.

### 3. Verstoß gegen höherrangiges Recht

Zu analysieren ist nunmehr, ob die das unechte duale System etablierende bayerische Regelung des Art. 111a Abs. 2 BV mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Vorliegend könnte ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 10 EMRK oder Art. 49 bzw. 56 AEUV gegeben sein.

#### a. Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG<sup>97</sup> gewährleistet unter anderem die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk. Die Vorschrift des Art. 111a Abs. 2 BV verhindert, dass Privatunternehmen eigenverantwortlich lokale und regionale Fernsehprogramme veranstalten können.

#### aa. Inhalt der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

Die in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG bundesverfassungsrechtlich verankerte Rundfunkfreiheit dient der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung<sup>98</sup>. Die dort enthaltene Rundfunkfreiheit bedarf jedoch der gesetzgeberischen Konkretisierung, da sie nach einhelligem Verständnis von Bundesverfassungsgericht und Schrifttum keine natürliche sondern eine dienende<sup>99</sup> Freiheit ist<sup>100</sup>.

Ein Verstoß von Art. 111a BV gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG kann trotz des Grundsatzes der Eigenstaatlichkeit der Länder aufgrund der Vorschrift des Art. 28 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 GG vorliegen. Gemäß Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG muss die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaats im Sinne des Grundgesetzes entsprechen. Präzisiert wird diese Aussage durch Abs. 3 der Vorschrift, wonach der

<sup>97</sup> Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG lautet: „Die Pressefreiheit, und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet.“

<sup>98</sup> BVerfGE 57, 295, 319; E 90, 60/87; Sachs-Bethge, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 5 GG, Rdnr. 93; v.Mangoldt/Klein/Starck-Starck, GG-Kommentar, Band 1, 5. Aufl. 2005, Art. 5 GG, Rdnr. 104.

<sup>99</sup> BVerfGE 57, 295, 319 f.: [...] Demgemäß ist Rundfunkfreiheit primär eine der Freiheiten der Meinungsbildung in ihren subjektiv- und objektivrechtlichen Elementen dienende Freiheit: Sie bildet unter den Bedingungen der modernen Massenkommunikation eine notwendige Ergänzung und Verstärkung dieser Freiheiten [...]. Statt aller aus dem Schrifttum: Hesse, Rundfunkfreiheit, 3. Aufl. 2003, II Rdnr. 44 mit der Wiedergabe der Kritik an der Rechtsprechung in Rdnr. 46.

<sup>100</sup> Sachs-Bethge, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 5 GG, Rdnr. 95 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.



Bund gewährleistet, dass die verfassungsmäßige Ordnung der Länder den Grundrechten [...] entspricht<sup>101</sup>.

Ferner gebietet das Grundgesetz nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die duale Struktur öffentlich-rechtlicher und privatwirtschaftlicher Rundfunkveranstalter nicht, sondern überlässt die konkrete Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit der Kompetenz der Bundesländer<sup>102</sup>. Mithin kann sich der bayerische Landesgesetzgeber grundsätzlich für ein unechtes duales System entscheiden<sup>103</sup>.

Die von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistete Rundfunkfreiheit darf jedoch nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen werden<sup>104</sup>, da dadurch die von der Rundfunkfreiheit zu schützende Meinungsvielfalt<sup>105</sup> gefährdet wäre. Demzufolge verstößt die Veranstaltung privater Rundfunkprogramme nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, wenn die Pluralität der Meinungen im Sinne eines Mindestmaßes an inhaltlicher Ausgewogenheit und Sachlichkeit gewahrt ist<sup>106</sup>. Die Meinungsvielfalt in den privaten Rundfunkangeboten kann demnach geringer sein als die in den öffentlich-rechtlichen Angeboten<sup>107</sup>.

## **bb. Umsetzung der bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben**

Die genannten Vorgaben sind in den Landesmediengesetzen umzusetzen. Die Landesmediengesetze enthalten die Vorschriften für die privaten Rundfunkanbieter, insbesondere die Zulassungsbedingungen, wobei im Freistaat Bayern ein Lizenzierungsmodell gewählt wurde, wonach jeder Rundfunkbetreiber eine Zulassung benötigt. Die Zulassung wird von der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien erteilt. Liegen die im Gesetz genannten Anspruchsvoraussetzungen

<sup>101</sup> Zum Umfang der Länderbindung siehe Jarass/Pieroth-Pieroth, GG-Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 28, Rdnr. 3 ff.

<sup>102</sup> Vgl. BVerfGE 87, 181, 198; s. a. Buchholtz, Wege zur Freiheit, 2004, S. 94.

<sup>103</sup> Ebenfalls Sachs-Bethge, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 5 GG, Rdnr. 102 unter Berufung auf die bayerische Rundfunkordnung.

<sup>104</sup> BVerfGE 12, 205, 262 f.

<sup>105</sup> Dazu BVerfGE 114, 371, 387; Jarass/Pieroth. Jarass, GG-Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 5 GG, Rdnr. 43.

<sup>106</sup> BVerfGE 114, 371, 387. Hierzu vertieft Fechner, Medienrecht, 10. Aufl. 2009, Kap. 10, Rn. 49 ff.

<sup>107</sup> Fechner, Medienrecht, 10. Aufl. 2009, Kap. 10, Rn. 106.

vor, so besteht ein sich aus der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG niedergelegten Rundfunkfreiheit ergebender Anspruch auf Zulassung<sup>108</sup>. Der Anspruch besteht unabhängig von dem Bestehen einer entsprechenden landesrechtlichen Verbürgung.

Die Rundfunkfreiheit im Freistaat Bayern folgt ferner einem binnenpluralen Modell<sup>109</sup>, so dass jeder Fernsehanbieter ein ausgewogenes Programmangebot vorlegen muss. Meinungsvielfalt und Ausgewogenheit im Rundfunk werden durch angemessene Berücksichtigung der politischen, weltanschaulichen, wissenschaftlichen und künstlerischen Richtungen gewährleistet<sup>110</sup>. Diese Vorgaben sollen durch Art. 111a BV und Art. 23 BayMG verwirklicht werden.

### **cc. Einhaltung der bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben**

Dennoch endet die Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers dort, wo die von ihm getroffene gesetzliche Regelung zwingende Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG außer Acht lässt<sup>111</sup>. Bereits im Jahre 1990 hatte *Herdegen* als Erster große Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der bayerischen Regelung geäußert. Seiner Ansicht nach „dürfte der völlige Ausschluss privater Rundfunkträger (...) nicht mehr mit der Garantie der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG vereinbar sein und auch im Hinblick auf Art. 10 EMRK, als mögliche Grundlage eines Individualrechts auf Rundfunkveranstaltungsfreiheit, auf Bedenken stoßen“<sup>112</sup>.

Rechtlich problematisch im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ist, dass der Bayerische Verfassungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung auf der Grundlage des Art. 111a BV eine vorrangige Stellung der Landeszentrale für neue Medien gegenüber den privaten Rundfunkanbietern statuiert. Der Landeszentrale kommt dabei zu Lasten der privaten Anbieter eine starke Stellung zu, die sich darin manifestiert, dass ihr eine, über bloße Aufsichts- und Kontrollbefugnisse weit hinausgehende, durchsetzbare und vorrangige Programmverantwortung zukommt<sup>113</sup>. Folgerichtig wurde auch nur der Landeszentrale für neue Medien der Schutz der in

<sup>108</sup> BVerfG, NJW 1988, 2659; *Fechner*, Medienrecht, 10. Aufl. 2009, Kap. 10, Rn. 195; *Petersen*, Medienrecht, 4. Aufl. 2008, § 13 Rn. 20. Dieser Anspruch besteht jedenfalls soweit als Übertragungskapazitäten bereitstehen.

<sup>109</sup> Siehe oben Fußnote 91.

<sup>110</sup> *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner*, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV Rdnr. 83.

<sup>111</sup> Ausdrücklich BVerfGE 114, 371, 387.

<sup>112</sup> *Herdegen*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch d Staatsrechts, Bd. IV, 1. Aufl. 1990, § 97, Rdnr. 59; zu Art. 10 EMRK siehe die Untersuchung bei C.I.4.

<sup>113</sup> *Lindner/Möstl/Wolff-Möstl*, Verfassung des Freistaats Bayern, 2009, Art. 111a BV, Rdnr. 4.

Art. 111a BV niedergelegten Rundfunkfreiheit zugestanden, nicht den privaten Anbietern<sup>114</sup>. Noch in seinem für die Landeszentrale erstellten Gutachten aus dem Jahre 2003 sieht *Ossenbühl* eine Übereinstimmung von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 111a BV als gegeben an<sup>115</sup>.

### aaa. Die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts

In mehreren Verfahren hat das Bundesverfassungsgericht zu der in diesem Zusammenhang problematischen Frage der Grundrechtsträgerschaft der privaten lokalen und regionalen Rundfunkanbieter im Freistaat Bayern Stellung genommen und die im Schrifttum am Grundrechtsausschluss der privaten Rundfunkanbieter geäußerten Bedenken weitgehend bestätigt<sup>116</sup>.

Dabei ist das Bundesverfassungsgericht in seiner Auslegung von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG in nunmehr gefestigter Rechtsprechung von der inhaltlichen Übereinstimmung von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 111a BV abgerückt. Nach der genannten Rechtsprechung sind die Programmanbieter nach bayerischem Medienrecht, also die untersuchungsgegenständlichen privaten lokalen und regionalen Fernsehanbieter, Träger des Grundrechts der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, auch wenn sie nach bayerischem Landesrecht nicht als Veranstalter gelten<sup>117</sup>, da die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit der Rundfunkanbieter entscheidend ist und nicht die vom Landesgesetz vorgenommene Bezeichnung<sup>118</sup>. Gemäß dem

<sup>114</sup> BayVerfGHE 39, 96, 138, 143 ff.; E 43, 170, 181; E 45, 89; E 46, 191, 198; E 47, 66, 73f.

<sup>115</sup> *Ossenbühl*, Rechtsfragen des Teilnehmerentgelts nach bayerischem Medienrecht, BLM-Schriftenreihe München 2003, S. 57 ff. Im Ergebnis geht *Ossenbühl* davon aus, dass das zum damaligen Zeitpunkt bereits bestehende unterschiedliche Verständnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Bayerischem Verfassungsgerichtshof zum Begriff der "öffentlich-rechtlichen Trägerschaft" sich nicht auf die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift beziehe, sondern nur auf deren Verständnis (!) und Vollzug. Zu Fragen bleibt, warum das Verständnis einer Vorschrift und deren Vollzug nicht auch verfassungswidrig sein können. Auf S. 65 kommt *Ossenbühl* zu dem überraschenden Schluss, dass Bundesverfassungsgericht habe im extra radio-Beschluss das bayerische Medienrecht im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung und „nur Details des (bayerischen, Hinzufügung vom Verf.) Modells" korrigiert.

<sup>116</sup> Siehe insbesondere BVerfGE 114, 371.

<sup>117</sup> BVerfGE 97, 298, 311 f.; 114, 371, 389.

<sup>118</sup> BVerfGE 97, 298, 310 f. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung anerkannt, dass die privaten Anbieter tatsächlich die alleinigen Produzenten des Rundfunkprogramms sind, obwohl gemäß Art. 111a Abs. 2 BV nur die öffentlich-rechtliche BLM landesrechtlich als Veranstalter bezeichnet wird. Auf S. 312 des Urteils stellt das Gericht klar, dass es die privaten Anbieter sind, die ungeachtet der gesetzlichen Veranstalterereignis der BLM die Kernfunktion des Rundfunks, nämlich die Programmgestaltung wahrnehmen. Die landesrechtliche Zuweisung der Veranstaltertätigkeit an die BLM kann ferner nicht abschließend über die Auslegung des Grundgesetzes und seine Anwendung auf die von ihm erfassten Tatbestände entscheiden. Mithin

Bundesverfassungsgericht ist die Rundfunkfreiheit im Kern Programmfreiheit<sup>119</sup>, so dass der Rundfunk frei von externer Einflussnahme entscheiden kann, wie er seine publizistische Aufgabe erfüllt<sup>120</sup>. Die Funktionswahrnehmung muss der Gesetzgeber jedoch durch Aufsicht sichern<sup>121</sup>, welche in Bayern gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 2 BayMG der Landeszentrale für neue Medien obliegt.

### **bbb. Die Ansicht des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs**

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat sich nunmehr in aktuellen Entscheidungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wenigstens zum Teil angeschlossen und seine bis dahin bestehende entgegenstehende Auffassung insoweit angepasst, dass ein möglichst schonender Ausgleich zwischen der bayerischen und der bundesverfassungsrechtlichen Rechtslage zu finden ist<sup>122</sup>. Danach wird vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof weiterhin daran festgehalten, dass die Landeszentrale für neue Medien letztverantwortliche Trägerin des Rundfunks im Sinne des Bayerischen Mediengesetzes ist<sup>123</sup>. Das bayerische Monostrukturmodell wird von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach Auffassung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs nicht berührt<sup>124</sup>, auch wenn nach dessen neuerer Rechtsprechung ein schonender Ausgleich zwischen den Rechtspositionen im Sinne des verfassungsrechtlichen Rechtsinstituts der praktischen Konkordanz zu suchen ist<sup>125</sup>. Praktische Konkordanz bedeutet, dass keine widerstreitende Rechtsposition per se bevorzugt wird, sondern dass ein möglichst schonender Ausgleich zwischen ihnen gefunden werden muss<sup>126</sup>. Nach Ansicht des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs decken die beiden

---

steht den privaten Anbietern, wenn sie der Sache nach Programmgestaltung durchführen, der Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu (BVerfGE 97, 298/312). Dieser Schutz steht auch Bewerbern um eine Lizenz nach bayerischem Medienrecht zu (BVerfG a.a.O.)

<sup>119</sup> BVerfGE 114, 371, 389.

<sup>120</sup> BVerfGE 59, 231, 258; E 87, 181, 201; E 90, 60, 87; E 97, 298, 310.

<sup>121</sup> BVerfGE 114, 371, 390.

<sup>122</sup> BayVerfGHE 56, 1, 5; E 58, 137, 145.

<sup>123</sup> BayVerfGHE 58, 137, 144.

<sup>124</sup> BayVerfGHE 56, 1, 5; E 58, 137, 144. In diesem Sinne bereits *Bethge*, Der verfassungsrechtliche Status der BLM, 1999, S. 38, der auf die Grundrechtsautonomie der Länder abstellt.

<sup>125</sup> BayVerfGHE 58, 137, 145.

<sup>126</sup> BVerfGE 93, 1, 21 m.w.N.

Grundrechtsverbürgungen teilweise überlappende Schutzbereiche ab<sup>127</sup> und können mithin zu einem schonenden Ausgleich gebracht werden<sup>128</sup>.

### ccc. Die Ansicht des rechtswissenschaftlichen Schrifttums

Das rechtswissenschaftliche Schrifttum steht dem Harmonisierungsansatz des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes in überzeugender Weise mehrheitlich sehr kritisch gegenüber. Trotz des formalen Weiterbestehens des bayerischen Rundfunkmodells sehen die Autoren eine von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts evozierte materielle Wesensänderung der Vorschrift des Art. 111a Abs. 2 BV als gegeben an, welche die Konstruktion eines öffentlichen Verantwortungs- und Trägerschaftsvorbehalts letztendlich inhaltlich zum Einsturz bringen müsse<sup>129</sup>. Die von *Ossenbühl* vertretene Gegenansicht, wonach das Bundesverfassungsgericht im *extra radio*-Beschluss das bayerische Medienrecht im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung korrigiert, und ansonsten den bayerischen Sonderweg weder beanstandet noch in Frage gestellt habe, ist demgegenüber vereinzelt geblieben<sup>130</sup>.

### ddd. Stellungnahme

Der Mehrheitsmeinung im Schrifttum ist vollumfänglich zuzustimmen. Art. 111a Abs. 2 BV wurde durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zumindest

<sup>127</sup> BayVerfGHE 58, 137, 145 mit Bezugnahme auf BayVerfGHE 54, 165, 171 ff.

<sup>128</sup> Sehr kritisch im Rahmen der für die praktische Konkordanz erforderlichen Güterabwägung: BVerwG, ZUM 2000, 79 ff. Hinsichtlich des bayerischen Rundfunkrechts führt das Bundesverwaltungsgericht unter anderem aus, „dass der Landeszentrale ein Prognosespielraum hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Anbieter und der Existenzfähigkeit des Lokalrundfunks zuzugestehen ist. Der gebotene Interessenausgleich erfordert aber keineswegs, dass sich die Landeszentrale auf abstrakt gehaltene Überlegungen beschränken darf. [...] Mit dem abstrakten Schluss von suboptimalen wirtschaftlichen Bedingungen auf ein suboptimales Programm (Hervorhebung vom Verf.) [...] lässt sich die Beseitigung eines bis dahin erfolgreichen Frequenzsplittings jedenfalls nicht rechtfertigen. Dies gilt mit Blick auf das gesetzlich vorgegebene Optimierungsziel der Meinungsvielfalt jedenfalls dann, wenn die Beseitigung des Splittings zugleich auch die völlige Beendigung einer publizistischen Wettbewerbssituation zur Folge hätte“ (a.a.O. S. 83).

<sup>129</sup> Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-*Stettner*, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 35, *Stettner* spricht in Rdnr. 42 von einer „disparaten Grundrechtslage“; Lindner/Möstl/Wolff-*Möstl*, Verfassung des Freistaats Bayern, 2009, Art. 111a BV, Rdnr. 4. Vgl. nunmehr auch *Stettner*, Die Bayerische Landeszentrale für neue Medien im Wandel des Rechts, in: BLM (Hrsg.), Rundfunkstrukturen im Wandel, 2010, S. 55/78 f.

<sup>130</sup> *Ossenbühl*, Rechtsfragen des Teilnehmerentgelts nach bayerischem Medienrecht, BLM-Schriftenreihe München 2003, S. 65.

vollkommen entkernt<sup>131</sup>, der vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof vertretene schonende Ausgleich der beiden Vorschriften erscheint mit dem Wortlaut des Art. 111a BV nicht mehr vereinbar. Eine öffentlich-rechtliche Trägerschaft kann wesensmäßig nicht mehr vorliegen, wenn sich die privaten Lokalfernsehanbieter ebenfalls auf die Vorschrift berufen können. Der Landeszentrale für neue Medien verbleiben im Konfliktfall nur noch Aufsichtsrechte, die von der bayerischen Verfassung vorgeschriebene Vorrangposition der öffentlichen Verantwortung und der öffentlich-rechtlichen Trägerschaft besteht nicht mehr. Die Anerkennung zweier unterschiedlicher Grundrechtsverbürgungen, Art. 111a BV für die Landeszentrale und Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG für die privaten lokalen und regionalen Rundfunkanbieter, mutet außerordentlich künstlich an, da den an einem einheitlichen Rundfunkbetrieb beteiligten Akteuren unterschiedliche Rechte zugeteilt werden<sup>132</sup>.

#### **b. Inhaltliche Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts an den Finanzierungsvorbehalt aus staatlichen Mitteln**

In einem nächsten Schritt bedarf der Erörterung, inwieweit die Neuregelung des Art. 23 Abs. 2 BayMG im Einklang mit den vom Bundesverfassungsgericht in dem *Teilnehmerentgelt*-Beschluss<sup>133</sup> genannten Finanzierungsanforderungen steht, da die Vorschrift ansonsten trotz Vereinbarkeit mit Art. 111a BV gegen die Norm des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verstieße.

Der im Einklang mit dem Entwurf der Staatsregierung erlassene und neu gefasste Art. 23 Abs. 2 Nr. 1 BayMG sollte die oben bereits genannten Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts<sup>134</sup> inhaltlich umsetzen, beschränkt sich dabei jedoch auf eine bloße Wiedergabe der vom Gericht gemachten Ausführungen.

<sup>131</sup> Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird hierzu auch bildhaft vertreten, dass die Vorschrift „ausgehöhlt“ worden sei, Lindner/Möstl/Wolff-Möstl, *Verfassung des Freistaats Bayern*, 2009, Art. 111a BV, Rdnr. 4.

<sup>132</sup> Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner, *Verfassung des Freistaats Bayern*, Art. 111a BV, Rdnr. 43.

<sup>133</sup> BVerfGE 114, 371 ff.

<sup>134</sup> Siehe oben unter B.II.1.

## aa. Wortgetreue Übernahme der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts

Durch die fast wortgetreue Übernahme der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts werden sie nicht mit einer eigenen Wertung seitens des Landesgesetzgebers auf- und ausgefüllt. Art. 23 Abs. 2 S. 1 BayMG spricht nur davon, dass die genehmigten lokalen und regionalen Fernsehanbieter die bestehende Vielfalt der Meinungen im jeweiligen Versorgungsgebiet durch qualitätvolle Fernsehprogramme in gleichgewichtiger Weise zum Ausdruck bringen sollen. Diese unbestimmten Rechtsbegriffe werden ebenfalls seitens des Bundesverfassungsgerichts verwandt<sup>135</sup>. Das Bundesverfassungsgericht spricht jedoch, neben der reinen Nennung der Begriffe, davon, dass die Vielfalt der Meinungen durch Sicherungen durch den Gesetzgeber und einen auf deren Beachtung gerichtete Tätigkeit der Landeszentrale für neue Medien zu erreichen ist<sup>136</sup>.

Dadurch gibt das Bundesverfassungsgericht dem bayerischen Gesetzgeber auf, die unbestimmten Rechtsbegriffe auszufüllen. Eine bloße Wiedergabe der Begriffe erscheint zur Erfüllung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts als nicht ausreichend, da dadurch keine Sicherung der Wiedergabe der Meinungsvielfalt erreicht werden kann. Die Landeszentrale für neue Medien nimmt in ihren Sitzungsvorlagen auf die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts Bezug, eine einfachgesetzliche rechtliche Verpflichtung besteht dazu jedoch nicht. Das Bundesverfassungsgericht spricht selbst in einem anderen Zusammenhang in dem *Teilnehmerentgelt*-Beschluss davon, dass der Landesgesetzgeber zum Beispiel Vorkehrungen zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht hätte treffen müssen<sup>137</sup>. Solche Vorkehrungen werden unter dem gegenwärtigen Regime mangels des Vorhandenseins spezieller Regelungen ebenfalls nicht getroffen, die von Art. 23 Abs. 2 S. 2, Art. 25 Abs. 5 BayMG hergestellte binnenplurale Ausgestaltung der Anbieter dürfte zur Erfüllung der Vorgaben nicht genügen. Besondere Anforderungen an die Vielfalt der Programme der geförderten Anbieter sind vom bayerischen Gesetzgeber nicht vorgesehen, so dass auch weiterhin für eine gleichgewichtige

<sup>135</sup> Beispielsweise: „Den Kommunikationsinteressen aller Zahlungspflichtigen ist grundsätzlich dadurch Rechnung zu tragen, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen in den Programmangeboten in gleichgewichtiger Weise zum Ausdruck kommt.“ (BVerfGE 114, 371, 393).

<sup>136</sup> BVerfGE 114, 371, 393.

<sup>137</sup> BVerfGE 114, 371, 393.

Vielfalt in den Programmangeboten nicht vorgesorgt ist<sup>138</sup>. Ein sachlicher Unterschied zwischen der ehemals und der nunmehr bestehenden Regelung ist nicht erkennbar.

## **bb. Schutz der publizistischen Vielfalt**

Ein weiterer bei der Untersuchung zu berücksichtigender Aspekt ist der Schutz der publizistischen Vielfalt. Der Schutz der publizistischen Vielfalt, wie er vom Bundesverfassungsgericht in der *Rundfunkgebührenfestsetzung*-Entscheidung<sup>139</sup> hervorgehoben wurde, ist auch deswegen so bedeutsam, da sich eingetretene Fehlentwicklungen nur bedingt und nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig machen lassen<sup>140</sup>. Aus diesem Grund sind deutliche und bestimmte Sicherheitsvorkehrungen gegen mögliche Beeinschränkungen vom Landesgesetzgeber zu verlangen.

Zwar hat der bayerische Landesgesetzgeber mit der Neuregelung davon Abstand genommen, das überkommene System der Finanzierung durch das Teilnehmerentgelt entsprechend den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zu reformieren<sup>141</sup>, dennoch sind keine Gründe ersichtlich, warum die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts für die nunmehr vorliegende Finanzierungsform „aus staatlichen Mitteln“ nicht gelten sollten.

Der Bayerische Landtag geht in dem oben genannten Beschluss zur Änderung des bayerischen Rundfunkrechts<sup>142</sup> nur davon aus, dass die lokalen und regionalen Fernsehangebote einem Qualitätsmaßstab unterliegen, der von der Landeszentrale für neue Medien beobachtet wird<sup>143</sup>. Eine Beschreibung oder gar nähere Bestimmung des Qualitätsmaßstabes durch den bayerischen Landesgesetzgeber findet nicht statt.

<sup>138</sup> Dies wird jedoch vom Bundesverfassungsgericht in dem Teilnehmerentgelt-Beschluss ausdrücklich verlangt, BVerfGE 114, 371, 393 f.

<sup>139</sup> BVerfGE 119, 181 ff.

<sup>140</sup> BVerfGE 119, 181, 217.

<sup>141</sup> So ausdrücklich *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, S. 20.

<sup>142</sup> Siehe oben Fn. 49.

<sup>143</sup> BayLandtag DrS. 15/10486, Buchstabe b).



Die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Vielfaltsicherung wird durch den bayerischen Landesgesetzgeber nach Ansicht von *Wieland* in die in Art. 23 Abs. 2 S. 2, Art. 25 Abs. 5 BayMG enthaltene Forderung übersetzt, dass die Anbieter entweder eine plurale gesellschaftliche Zusammensetzung aufweisen, die keinem Gesellschafter einen beherrschenden Einfluss in den Organen zukommen lässt<sup>144</sup>, oder einen Programmausschuss einrichten müssen<sup>145</sup>.

Dadurch wird den vom Bundesverfassungsgericht gestellten Anforderungen jedoch nur zum Teil entsprochen. Es fehlen weiterhin konkrete Vorkehrungen zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht, die Forderung des Gerichts nach einer binnenpluralen Zusammensetzung war dabei nur einer der geforderten Gesichtspunkte<sup>146</sup>, insbesondere da diese Möglichkeit bereits nach Art. 25 Abs. 5 BayMG a.F. bestand.

Im Rahmen einer Gesamtschau der genannten Gesichtspunkte erscheint es als überaus zweifelhaft, ob durch die momentan bestehende gesetzliche Neuregelung die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts aus dem *Teilnehmerentgelt*-Beschluss erfüllt werden. Bei der Beurteilung ist überdies zu beachten, dass Satz 1 und Satz 2 von Art. 23 Abs. 2 BayMG eine unterschiedliche Zielrichtung zukommt. Satz 1 bezieht sich auf den Inhalt des lokalen und regionalen Fernsehprogramms, während S. 2 auf die Organisationsstruktur des privaten Anbieters gerichtet ist.

### **c. Ergebnis zur Vereinbarkeit von Art. 111a Abs. 2 BV mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG**

Die Vereinbarkeit von Art. 111a Abs. 2 BV und der einfachgesetzlichen Ausführungsvorschrift des Art. 23 Abs. 2 BayMG mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ist nach den dargestellten Erörterungen zumindest überaus zweifelhaft. Nach den oben vorgenommenen Erwägungen begegnet die Neuregelung von Art. 23 Abs. 2 BayMG gravierenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Vorschrift sollte geändert werden.

<sup>144</sup> *Wieland*, Lokalrundfinanzierung in Bayern, S. 21 f.

<sup>145</sup> Art. 23 Abs. 2 S. 2 BayMG.

<sup>146</sup> BVerfGE 114, 371, 393.

Zur Klarstellung und zur Vermeidung von Fehlverständnissen sollte die verfassungsrechtliche Norm des Art. 111a Abs. 2 BV ebenfalls geändert werden. Der Wortlaut der Regelung entspricht nicht mehr der tatsächlichen Rechtslage. Die Dehnbarkeit des Begriffs „öffentlich-rechtliche Trägerschaft“ wird, wenn man ihn ernst nimmt, durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur bis aufs Äußerste gespannt<sup>147</sup>, sondern nach vorzugswürdiger Auffassung bereits überspannt<sup>148</sup>. Bei der Beibehaltung der momentan bestehenden Regelung wird es zukünftig weiterhin zu im Wege der Normauslegung nicht auflösbaren Friktionen zwischen der bayerischen und der grundgesetzlichen Sichtweise kommen müssen<sup>149</sup>.

Im Ergebnis wird durch das Auseinanderfallen von Wortlaut und rechtswirklichem Inhalt die Normativität der bayerischen Verfassung in nicht unerheblicher Weise negativ berührt<sup>150</sup>. Der von Art. 111a BV geforderte „Spagat“<sup>151</sup> ist rechtlich nicht mehr länger durchzuhalten, und dies erscheint auch nicht notwendig, da sich auch die Landeszentrale für neue Medien als öffentlich-rechtliche Anstalt auf die Verbürgung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG berufen könnte. Mithin ist ein Festhalten an der Vorschrift des Art. 111a Abs. 2 BV in der geltenden Form nicht mehr erforderlich.

#### 4. Verstoß gegen Art. 10 EMRK

Die Regelung des Art. 111a Abs. 2 BV muss überdies mit anderem Bundesrecht in Einklang stehen. Die Grundrechtsverbürgungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>152</sup> sind Bestandteil des Bundesrechts gemäß Art. 59 Abs. 2 GG<sup>153</sup>.

<sup>147</sup> So wörtlich Lindner/Möstl/Wolff-Möstl, Verfassung des Freistaats Bayern, 2009, Art. 111a BV, Rdnr. 4.

<sup>148</sup> Vor der Konsequenz noch zurückschreckend, aber in der Argumentation deutlich angelegt: Lindner/Möstl/Wolff-Möstl, Verfassung des Freistaats Bayern, 2009, Art. 111a BV, Rdnr. 4.

<sup>149</sup> Ähnlich Lindner/Möstl/Wolff-Möstl, Verfassung des Freistaats Bayern, 2009, Art. 111a BV, Rdnr. 18.

<sup>150</sup> Vgl. Lindner/Möstl/Wolff-Möstl, Verfassung des Freistaats Bayern, 2009, Art. 111a BV, Rdnr. 4 a. E.

<sup>151</sup> Lindner/Möstl/Wolff-Möstl, Verfassung des Freistaats Bayern, 2009, Art. 111a BV, Rdnr. 4.

<sup>152</sup> (Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11. 1950, inzwischen mehrfach durch Protokolle geändert, BGBl. 2002 II, 1055.

<sup>153</sup> BVerfGE, 10, 271, 274, st. Rspr. Siehe auch *Langenfeld*, Die Stellung der EMRK im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, in: Bröhmer (Hrsg.), Der Grundrechtsschutz in Europa, 2002, S. 95 ff.

### a. Regelungsgehalt von Art. 10 EMRK

Vorliegend ist die in Art. 10 Abs. 1 EMRK als Bestandteil der Meinungsäußerungsfreiheit mitverbürgte Rundfunkfreiheit einschlägig<sup>154</sup>. Ein Ausschluss dieses Rechts durch Art. 10 Abs. 1 S. 3 EMRK, wonach die Mitgliedstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention für Hörfunk-, Fernseh- und Kinounternehmen eine Genehmigung vorschreiben dürfen, ist im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Zwar gingen die damaligen Mitgliedstaaten bei Abschluss der Europäischen Menschenrechtskonvention aufgrund der Regelung des Art. 10 Abs. 1 S. 3 EMRK davon aus, dass ein Monopol im Rundfunkbereich, welches zur damaligen Zeit in vielen Mitgliedstaaten überdies bestand, nicht ausgeschlossen sei<sup>155</sup>. Jedoch hat der für die Auslegung der Konvention allein zuständige Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) diese Sichtweise in seiner Rechtsprechung zur Rundfunkfreiheit im Rahmen einer dynamischen Interpretation der Konvention nicht übernommen. Dynamische Interpretation der Konvention bedeutet, dass die EMRK als völkerrechtlicher Vertrag nach den völkerrechtlichen Auslegungsregeln, wie sie in Art. 31 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge<sup>156</sup> niedergelegt sind, auszulegen ist, wobei besonders zu berücksichtigen ist, dass die Europäische Menschenrechtskonvention nicht statisch im Verständnis des Zeitpunkts ihrer Entstehung ausgelegt wird, sondern dynamisch, im Lichte eines aktuellen Verständnisses der auszulegenden Vorschrift<sup>157</sup>.

Darauf aufbauend stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zuerst einen Zusammenhang zwischen der in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten Verhältnismäßigkeitsprüfung und Art. 10 Abs. 1 S. 3 EMRK für den technischen

<sup>154</sup> Art. 10 EMRK lautet im hier relevanten Teil:

(1) Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. Dieser Artikel hindert die Staaten nicht, für Radio-, Fernseh- und Kinounternehmen eine Genehmigung vorzuschreiben.

(2) Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden, [...].

<sup>155</sup> Vgl. EKMR, Entscheidung vom 7.2.1968, X., Nr. 3071/67; EKMR, Entscheidung vom 20.3.1972, X., Nr. 4750/71; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, § 23 Rdnr. 49.

<sup>156</sup> Im Folgenden "WVK", Zu den Auslegungsmethoden gehören der Wortlaut, die Systematik und der Sinn und Zweck des auszulegenden Vertrags. Vertieft hierzu siehe *Ipsen-Heintschel von Heinegg*, Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, § 11.

<sup>157</sup> *Meyer-Ladewig*, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 2006, Einleitung, Rn. 32 f.; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, § 5 Rn. 12 f.

Aspekt der Rundfunkfreiheit her, wonach der Genehmigungsvorbehalt nicht mehr uneingeschränkt galt<sup>158</sup>. Von dieser Grundlage ausgehend urteilte der Menschenrechtsgerichtshof in der wegweisenden Rechtssache *Informationsverein Lentia ./. Republik Österreich*<sup>159</sup>, dass Regelungen der Lizenzerteilung ebenfalls der Rundfunkfreiheit unterworfen werden und diese staatlichen Regelungen verhältnismäßig ausgestaltet sein müssen. Zu beachten sei dabei, dass der Meinungsfreiheit eine tragende Rolle für eine demokratische Gesellschaft zukomme und der Staat das Prinzip der Pluralität garantieren müsse<sup>160</sup>. Die Erhaltung des Pluralismus, der Vielfalt und der Nichtkommerzialisierung des Fernsehprogramms sei ein legitimes Ziel<sup>161</sup>, und bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in die Rundfunkfreiheit seien alle Möglichkeiten der Verbreitung und des Empfangs von Rundfunkprogrammen zu berücksichtigen<sup>162</sup>.

Mithin können die Mitgliedstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention ein lizenzbasiertes Genehmigungssystem vorsehen, dieses darf jedoch nicht unverhältnismäßig angewendet werden. Ein öffentliches Monopol bringt nach der Ansicht des EGMR dabei die stärkste Einschränkung der Meinungsfreiheit mit sich, die nur gerechtfertigt sein könne, wenn sie einem „dringenden Bedürfnis“<sup>163</sup> entspricht<sup>164</sup>. Das Vorliegen eines dringenden Bedürfnisses hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in der Rechtssache *Informationsverein Lentia* hinsichtlich des Monopols für den ORF abgelehnt, wobei er ebenfalls dem seitens der Republik Österreich vorgebrachten ökonomischen Grund, der österreichische Markt sei zu klein, um eine ausreichende Anzahl von Stationen zu erhalten, nicht gefolgt ist, da eine duale Struktur auch in anderen kleinen Mitgliedsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention wirtschaftlich lebensfähig sei<sup>165</sup>.

Der Menschenrechtsgerichtshof hat seine Rechtsprechung in späteren Rechtssachen weiter konkretisiert, aber deutlich an seiner Linie festgehalten. In weiteren die Republik Österreich betreffenden Fällen urteilte er, dass die Versagung

<sup>158</sup> EGMR, *Groppera Radio AG*, Nr. 10890/84, Urt. v. 28.3.1990, Rdnr. 61.

<sup>159</sup> Abgedruckt in EuGRZ 1994, 549 ff. und AfP 1994, 281 ff. mit Anmerkung *Kugelman*.

<sup>160</sup> EGMR, *Informationsverein Lentia*, EuGRZ 1994, 594, Rdnr. 38.

<sup>161</sup> *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, § 23, Rdnr. 51 zur begrenzten Bevorzugung öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

<sup>162</sup> *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, § 23 Rdnr. 50.

<sup>163</sup> „Nécessité impérieuse“.

<sup>164</sup> EGMR, *Informationsverein Lentia*, EuGRZ 1994, 594, Rdnr. 39.

<sup>165</sup> EGMR, *Informationsverein Lentia*, EuGRZ 1994, 594, Rdnr. 42.

einer Lizenz einen sehr schwerwiegenden Eingriff darstelle, welcher nur unter besonderen Bedingungen zu rechtfertigen sei<sup>166</sup>, wobei er ausdrücklich feststellte, dass der jeweilige Mitgliedstaat der Garant des notwendigen Pluralismus sei und es bei der Schaffung von Monopolstrukturen überdies erforderlich sei, dass für den Eingriff ein zwingendes soziales Erfordernis besteht<sup>167</sup>. Bei der Charakterisierung des „zwingenden sozialen Bedürfnisses“ steht dem Mitgliedstaat ein Beurteilungsspielraum zu<sup>168</sup>, welcher jedoch vom Gerichtshof für Menschenrechte anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes strikt überprüft wird<sup>169</sup>.

In der oben erörterten grundlegenden Rechtssache *Informationsverein Lentia* hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Ergebnis auf der Rechtfertigungsebene die Verhältnismäßigkeit eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkmonopols abgelehnt. Der Republik Österreich wurde dabei aufgrund des technischen Fortschritts die Berufung auf nur begrenzt zur Verfügung stehende Frequenzen als nicht überzeugend verweigert. Geringer einschneidende Mittel, wie die Erteilung von Genehmigungen für privaten Rundfunk aufgrund spezieller Verfahren mit verschiedenem Inhalt oder besondere Vorkehrungen für Formen privater Teilhabe an den Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Anstalten, würden den Mitgliedstaaten zur Verfügung stehen.

## **b. Anwendung auf die bayerische Rundfunkordnung**

Übertragen auf die Situation im Freistaat Bayern bedeuten die genannten, vom EGMR entwickelten Grundsätze, dass Art. 111a BV vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtsprechung die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte aufgestellten Kriterien nicht erfüllen dürfte<sup>170</sup>. Art. 111a Abs. 2 BV statuiert ein öffentlich-rechtliches Monopol für die Veranstaltung von

<sup>166</sup> EGMR, *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft ./. Österreich*, Urt. v. 21.09.2000, Rdnr. 25; *Meyer-Ladewig*, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 10 EMRK, Rdnr. 37.

<sup>167</sup> EGMR, *Radio ABC ./. Österreich*, Urt. v. 20.10.1997, Rdnr. 28; *Meyer-Ladewig*, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 10 EMRK, Rdnr. 38.

<sup>168</sup> „Margin of appreciation“, EGMR, *Demuth ./. Schweiz*, Urt. v. 5.11.2001, EuGRZ 2003, 488, Rdnr. 40; EGMR, *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft ./. Österreich*, Urt. v. 21.09.2000, Rdnr. 34.

<sup>169</sup> EGMR, *Demuth ./. Schweiz*, Urt. v. 5.11.2001, EuGRZ 2003, 488, Rdnr. 40. Bei den anderen Konventionsgewährleistungen lässt der EGMR den Mitgliedstaaten zumeist einen größeren Beurteilungsspielraum.

<sup>170</sup> *Sachs-Bethge*, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 5 GG, Rdnr. 102a, der davon spricht, dass die Abschaffung des Privatfunks in Deutschland gravierenden Bedenken aus der EMRK entgegenstehen würden.

Rundfunkangeboten im Freistaat Bayern, da die Vorschrift Privaten die Veranstaltung von Rundfunksendungen versperrt<sup>171</sup>. Das bayerische System ist strukturell grundverschieden von dem System der anderen Bundesländer, in welchen ebenfalls ein funktionierendes lokales und regionales Fernsehangebot durch private Anbieter existiert. Gründe für eine verhältnismäßige Anwendung der bayerischen Regelung scheinen nicht vorzuliegen, da die bayerische Situation der österreichischen in der *Informationsverein Lentia*-Entscheidung vergleichbar ist. Das seitens der Verfechter der bayerischen Rundfunkordnung ins Feld geführte Argument der notwendigen Vielfaltssicherung der Meinungen auf lokaler und regionaler Ebene<sup>172</sup> erscheint nach dem Gesagten als nicht vollends überzeugend, da ein verhältnismäßig angewandtes dringendes soziales Bedürfnis dafür nicht bestehen dürfte. In anderen Bundesländern besteht zur Versorgung der Bevölkerung ein echtes duales System, in dem die Wettbewerber ausschließlich privatrechtlich organisiert sind.

Dennoch wird im Schrifttum vertreten, dass dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erstens keine derogierende Wirkung für die bayerische Rechtsordnung zukomme, da der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine private Beteiligung an den Aktivitäten des öffentlichen Rundfunks für zulässig erachtet habe<sup>173</sup>. Ferner sei zweitens die Starre der öffentlich-rechtlichen Struktur durch das Bundesverfassungsgericht in dem *extra radio*-Beschluss aufgeweicht worden, und drittens sei die bayerische Sonderregelung auf das Gebiet des Freistaats beschränkt, die Anbieter könnten also jederzeit in andere Bundesländer ausweichen<sup>174</sup>.

Das drittgenannte Argument ist auf die lokalen und regionalen Privatfernsehanbieter nicht übertragbar, da ihnen die Ausweichmöglichkeit in andere Bundesländer nicht offen steht. Den Anbietern ist innerstaatlich die Möglichkeit des dualen Rundfunks vollkommen verbaut. Das Argument der eingeschränkten Starrheit vermag ebenfalls im Ergebnis nicht zu überzeugen, da das Bundesverfassungsgericht die Regelung

<sup>171</sup> BayVerfGHE 30, 78, 95. Die dort genannte Feststellung, dass Art. 111a Abs. 2 BV kein Monopol für die bestehende Form öffentlichen-rechtlichen Rundfunks begründe, kann dem nicht entgegengehalten werden, da die Entscheidung aus dem Jahr 1977 sich auf die damals bestehenden drei öffentlich-rechtlichen Programmveranstalter bezog. Daneben sind weitere öffentlich-rechtliche Programmveranstalter denkbar. Überdies wäre für die Beurteilung der Vereinbarkeit mit Art. 10 EMRK auf die Wirkung und nicht auf die Bezeichnung der staatlichen Regelung abzustellen.

<sup>172</sup> BayLandtag DrS. 15/8458, S. 9

<sup>173</sup> Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-*Stettner*, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 21.

<sup>174</sup> Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-*Stettner*, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 21.

des Art. 111a Abs. 2 BV nicht angetastet hat und die Vorschrift insoweit formal und gerade im Hinblick auf die öffentlich-rechtliche Veranstalterstellung der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien im bayerischen Rechtsraum weiter besteht. Das Zugeständnis des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, welcher nunmehr aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine andere Ansicht im Rahmen der durch Art. 111a Abs. 1 BV verbürgten materiellen Rundfunkfreiheit einnimmt, indem er diese auch den privaten Rundfunkanbietern zugesteht<sup>175</sup>, wurde nicht auf die formale Anbieterstellung nach Art. 111a Abs. 2 BV ausgedehnt. Aus der reinen Zulassung der Möglichkeit einer privaten Beteiligung am öffentlich-rechtlichen Rundfunk durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte kann nicht geschlossen werden, dass das bayerische Modell mit den Vorgaben des EGMR in Einklang steht. Entscheidend ist vielmehr, dass Art. 111a BV ein öffentlich-rechtliches Veranstaltermonopol kreiert, welches den privaten Fernsehunternehmen nur eine Anbieterstellung überlässt. Diese Situation ist nicht mit der eines dualen Systems identisch, sondern entspricht in ihren rechtlichen Auswirkungen denen eines öffentlich-rechtlichen Monopols. Mithin ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf die Rechtslage im Freistaat Bayern zu übertragen.

### **c. Ergebnis**

Eine einfachgesetzliche Ausgestaltung von Art. 111a BV müsste die oben genannten Voraussetzungen des Art. 10 EMRK erfüllen, würde dann aber wohl mit dem Wortlaut der Bayerischen Verfassung in Widerspruch stehen („öffentliche Verantwortung und öffentlich-rechtliche Trägerschaft“). Die ein öffentlich-rechtliches Monopol statuierende Vorschrift des Art. 111a BV dürfte mit den oben erörterten Voraussetzungen des Art. 10 EMRK in der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nicht in Einklang stehen und gegen die Vorschrift verstoßen.

<sup>175</sup> BayVerfGHE 56, 1, 5; E 58, 137, 145.

## 5. Rechtliche Auswirkungen eines Verstoßes: Art. 31 GG oder Art. 142 GG

Die rechtlichen Auswirkungen einer Nichtvereinbarkeit von Art. 111a BV mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG oder Art. 10 EMRK sind umstritten<sup>176</sup>. Während das Bundesverfassungsgericht auf Art. 31 GG rekurriert, wonach Bundesrecht Landesrecht verdrängt, wollen Teile des wissenschaftlichen Schrifttums die Vorschrift des Art. 142 GG zur Anwendung bringen.

Gemäß der Vorschrift des Art. 142 GG bleiben landesverfassungsrechtliche Bestimmungen ungeachtet der Vorschrift des Art. 31 GG insoweit in Kraft, als sie in Übereinstimmung mit den Artikeln 1 bis 18 dieses Grundgesetzes Grundrechte gewähren. Art. 142 GG ist nur insoweit gegenüber Art. 31 GG *lex specialis*, als die Grundrechte der Art. 1 bis 18 GG berührt sind<sup>177</sup>. Demgegenüber umfasst Art. 31 GG das gesamte Bundesrecht, so dass Art. 142 GG nur für einen kleinen Teilbereich als Spezialregelung anzusehen ist<sup>178</sup>.

Die Grundrechtsverbürgungen der EMRK als Bestandteil des Bundesrechts gemäß Art. 59 Abs. 2 GG<sup>179</sup>, welche nur zur Auslegung von Bundesgrundrechten herangezogen werden können<sup>180</sup>, werden hiervon nicht erfasst. Als Bundesrecht hat die Konvention gemäß Art. 31 GG Vorrang vor dem gesamten Landesrecht, inklusive dem Landesverfassungsrecht<sup>181</sup>. Ob auf sie die Vorschrift des Art. 142 GG analog angewendet werden kann und Art. 31 GG insoweit verdrängt wird, wird unten erläutert werden<sup>182</sup>. Die genaue Ausgestaltung des Verhältnisses von Art. 31 GG zu Art. 142 GG ist im Einzelnen umstritten, jedenfalls wird die Verwirklichung des Art. 142 GG vorausgesetzt.

<sup>176</sup> Angesprochen bei Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner, Verfassung des Freistaats Bayern Art. 111a BV, Rn. 43.

<sup>177</sup> v. Münch/Kunig-Kunig, GG-Kommentar, Art. 142 GG, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 4. Zu beachten ist hierbei, dass die Bezugnahme auf die genannten Vorschriften des GG nach h.M. nicht wörtlich zu nehmen ist. Vielmehr ist danach die Gesamtheit der Grundrechte umfasst, vgl. v. Münch/Kunig-Kunig, GG-Kommentar, Art. 142 GG, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 10 m.w.N.

<sup>178</sup> BVerfGE 36, 342, 362 f.; v. Münch/Kunig-Kunig, GG-Kommentar, Art. 142 GG, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 4.

<sup>179</sup> BVerfGE, 10, 271, 274, st. Rspr. Siehe auch Langenfeld, Die Stellung der EMRK im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, in: Bröhmer (Hrsg.), Der Grundrechtsschutz in Europa, 2002, S. 95 ff.

<sup>180</sup> BVerfGE 111, 307 ff.

<sup>181</sup> v. Münch/Kunig-Kunig, GG-Kommentar, Art. 142 GG, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 4.

<sup>182</sup> Siehe unten Fußnote 190.



### a. Übereinstimmung zwischen Bundes- und Landesrecht, Art. 142 GG

Die Vorschrift des Art. 142 GG ist eine Ausnahmeregelung zu Art. 31 GG, da danach Bestimmungen der Landesverfassungen insoweit in Kraft bleiben, als sie in Übereinstimmung mit den Artikeln 1 bis 18 des Grundgesetzes Grundrechte gewährleisten.

Art. 142 GG bezieht sich nicht nur auf Grundrechtsbestimmungen, die im Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits bestanden, sondern auch auf nachträglich erlassene Grundrechtsbestimmungen<sup>183</sup>. Die Vorschrift enthält keine zeitliche Sperre für die Zukunft. Art. 111a BV wurde 1973 in die Bayerische Verfassung eingefügt, mithin unterfällt die Norm dennoch dem Anwendungsbereich des Art. 142 GG.

Offen ist, ob Art. 142 GG auch eingreift, wenn ein Landesgrundrecht hinter einem Bundesgrundrecht zurückbleibt<sup>184</sup>, da es nach dem Wortlaut der Vorschrift erforderlich ist, dass eine Übereinstimmung zwischen den Grundrechten der Landesverfassungen und denen des Grundgesetzes besteht („in Übereinstimmung“), wobei der rechtliche Gehalt und nicht die wörtliche Ausgestaltung der heranzuziehenden Vorschriften entscheidend ist<sup>185</sup>. Übereinstimmung ist jedoch nicht im Sinne von Identität, sondern von Widerspruchsfreiheit zu verstehen<sup>186</sup>, so dass auch über den Regelungsgehalt hinausgehender Grundrechtsschutz von der Norm erfasst wird.

Die nicht bestehende Widerspruchsfreiheit zwischen Art. 111a BV und Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG wurde vorstehend bereits erläutert<sup>187</sup>. Hinsichtlich der möglichen Grundrechtsträger ist Art. 111a BV enger als Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und kann auch nicht widerspruchsfrei ausgelegt werden, wie die oben wiedergegebenen Judikate des Bundesverfassungsgerichts und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs deutlich aufzeigen<sup>188</sup>. Der bayerische Verfassungsgesetzgeber hat eine feste Grenze

<sup>183</sup> BVerfGE 96, 345/364; v.Münch/Kunig-Kunig, GG-Kommentar, Art. 142 GG, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 5.

<sup>184</sup> So ausdrücklich Nawiasky/Schweiger/Stettner-Stettner, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 43.

<sup>185</sup> v.Münch/Kunig-Kunig, GG-Kommentar, Art. 142 GG, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 6.

<sup>186</sup> BVerfGE 96, 345/365.

<sup>187</sup> Siehe oben unter C.I.3.c.

<sup>188</sup> Siehe oben unter C.I.3.a.cc.

des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zumindest dahingehend verletzt, dass er den privaten Rundfunkanbietern keine Grundrechtsposition zugesteht.

Die vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof gewählte Hilfskonstruktion der praktischen Konkordanz soll einen schonenden Ausgleich zwischen kollidierenden Grundrechten ermöglichen<sup>189</sup>. Insoweit sind widerstreitende Grundrechte erforderlich, was vorliegend nicht der Fall ist. Demnach liegt selbst bei Folgen der vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof vertretenen Ansicht mangels Vorliegens widerstreitender Grundrechte kein Anwendungsfall des Rechtsinstituts der praktischen Konkordanz vor.

Die überzeugenderen Argumente sprechen demzufolge dafür, dass Art. 142 GG in der zu untersuchenden Konstellation mangels Übereinstimmung des bayerischen Grundrechts (Art. 111a Abs. 2 BV) mit dem Bundesgrundrecht (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) nicht anwendbar ist.

Die oben bereits aufgeworfene Frage der analogen Anwendung von Art. 142 GG<sup>190</sup> auf die Bestimmungen der EMRK stellt sich vorliegend nach diesem Ergebnis bereits inhaltlich nicht. Eine Inhaltsgleichheit im Sinne von Widerspruchsfreiheit ist zwischen Art. 10 EMRK und Art. 111a BV nach den oben gemachten Ausführungen zu Art. 10 EMRK nicht zu erkennen.

## **b. Bundesrecht bricht Landesrecht, Art. 31 GG**

Mangels der direkten oder analogen Anwendbarkeit der Vorschrift des Art. 142 GG verbleibt es in der zu untersuchenden Konstellation bei der Anwendung von Art. 31 GG. Die Landesgrundrechte sind gegenüber dem Bundesrecht nicht resistent. Soweit der Bund im Rahmen der bundesstaatlichen Kompetenzzuweisung zur Gesetzgebung befugt ist, kann er die Wirkung von Landesgrundrechten beschränken und deren Geltung beseitigen<sup>191</sup>. Bereits im ersten Band urteilte das

<sup>189</sup> *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, 24. Aufl. 2008, Rdnr. 321. Offen bleiben kann an dieser Stelle die umstrittene Frage, ob durch das Rechtsinstitut der praktischen Konkordanz der Schutzbereich eines Grundrechts begrenzt wird oder es als Rechtfertigung für einen Eingriff herangezogen werden kann, siehe hierzu *Pieroth/Schlink*, a.a.O., Rdnr. 321 ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>190</sup> Die Möglichkeit der analogen Anwendung von Grundgesetzbestimmungen ist nicht unumstritten, wird aber im Einzelfall durchaus bejaht. Siehe hierzu: *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 436.

<sup>191</sup> v.Münch/Kunig-Kunig, GG-Kommentar, Art. 142 GG, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 8.

Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Grundrechte der bayerischen Verfassung: „Gehen sie über Bundesgrundrechte hinaus, können sie einer bundesrechtlichen Regelung wegen Art. 31 GG nicht entgegenstehen“<sup>192</sup>.

Nicht einheitlich wird in Schrifttum und Rechtsprechung beurteilt, wie im Falle eines Zurückbleibens der Landesverfassungen hinter den Standard des Grundgesetzes zu verfahren ist. Teile des Schrifttums befürworten ein Außerkrafttreten des Landesgrundrechtes, da eine Übereinstimmung im Sinne des Art. 142 GG gerade nicht vorliege<sup>193</sup>. Die Gegenansicht erhält die Geltung von zurückbleibenden Landesgrundrechten, da sie zumindest im Hinblick des partiell übereinstimmenden Teils der Regelung des Art. 142 GG unterfallen<sup>194</sup>.

Dieser Streit ist hier nicht zu entscheiden. Aufgrund des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes sind die Grundrechte, und somit auch die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, im Lichte der in der Europäischen Menschenrechtskonvention verbürgten Grundrechte auszulegen<sup>195</sup>. Der Inhalt der Konventionsgrundrechte wird dabei durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte determiniert<sup>196</sup>. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat das deutsche Zustimmungsgesetz zur Konvention die unmittelbare Geltung der Rechtsentscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte angeordnet, und diese entfalten unterhalb der Schwelle des Verfassungsrechts die entsprechende Wirkung<sup>197</sup>.

Damit sind im Ergebnis zwei Möglichkeiten des Verdrängens der Vorschrift des Art. 111a Abs. 2 BV durch die Europäische Menschenrechtskonvention möglich. Erstens, die Konvention verdrängt Art. 111a Abs. 2 BV, da Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG inhaltlich durch die Rechtsprechung des Menschenrechtsgerichtshofs zu Art. 10 EMRK, welcher der Schaffung von öffentlichen Rundfunkmonopolen entgegensteht,

<sup>192</sup> BVerfGE 1, 264, 281.

<sup>193</sup> Vgl. *Dietlein*, Landesgrundrechte im Bundesstaat, Jura 1994, 57, 60; *Graf Vitzthum*, Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart, VVDStRL 46 (1988), 7/33; *Jutzi*, Grundrechte der Landesverfassungen und Ausführung von Bundesrecht, DÖV 1983, 836/838.

<sup>194</sup> *Rüfner*, Zum Verhältnis von Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit im Bereich der Grundrechte, DÖV 1967, 669; *Dreier-ders.*, GG-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 142 GG, Rdnr. 48 m.w.N.; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 142 GG, Rdnr. 3.

<sup>195</sup> BVerfGE 111, 307, 323; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, § 3, Rdnr. 6.

<sup>196</sup> BVerfGE 74, 358, 370; E 82, 106, 120.

<sup>197</sup> BVerfGE 111, 307, 317.

aufgeladen wird. Insoweit wäre die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, welche die Vorschrift des Art. 111a BV rechtlich nicht angetastet hat, in diesem Zusammenhang nicht vollends überzeugend, aber nachvollziehbar, da sich das Gericht sehr eng an die zu untersuchende Fragestellung gehalten hat.

Zweitens wäre es möglich, dass die Konvention Art. 111a BV über Art. 31 GG verdrängt, da Bundesrecht Landesrecht bricht. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann dagegen nicht ins Feld geführt werden, da es die Fragestellung nicht zu beurteilen hatte. Hiergegen ist eine Berufung auf die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs.1 S. 2 GG nicht möglich, da diese konventionsrechtlich aufgeladen wird. Nach beiden Wegen wäre der bayerische Sonderweg des öffentlich-rechtlichen Monopols der Landeszentrale bundesrechtlich nicht haltbar.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Vorschrift des Art. 111a BV in seinem *Teilnehmerentgelt*-Beschluss nicht für verfassungswidrig erklärt, sich dabei jedoch ausschließlich auf die zu untersuchende Fragestellung und die Auslegung von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG beschränkt<sup>198</sup>. Die Erklärung der Verfassungswidrigkeit von Art. 111a BV erscheint auch trotz der geäußerten schwerwiegenden Bedenken als rechtlich nicht zwingend erforderlich, da die Rundfunkfreiheit kompetenztechnisch von den Bundesländern eigenständig ausgefüllt wird und die bayerische Regelung aus diesem Grunde erhalten bleiben kann, sie jedoch einen Dauerverstoß gegen die bundesrechtlich geltende Norm des Art. 10 EMRK darstellt. Rechtspolitisch wäre es demnach wünschenswert, die Vorschrift zu ändern.

## **6. Verstoß gegen die Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit des AEUV**

Weiterhin muss das bayerische Medienrecht mit bestehenden Vorgaben des europäischen Unionsrechts rechtlich vereinbar sein, da diese im Konfliktfall Vorrang genießen. Insbesondere könnte die Regelung des Art. 111a BV in seiner Ausgestaltung durch die Art. 23, 25 und 26 BayMG gegen die Niederlassungs- (Art.

<sup>198</sup> Die Parteien in dem Teilnehmerentgeltverfahren haben nicht auf die Verfassungswidrigkeit von Art. 111a BV rekurriert, so dass das Bundesverfassungsgericht die Frage elegant umgehen konnte, siehe BVerfGE 114, 371 ff.

49 ff. AEUV) oder die Dienstleistungs(grund)freiheit (Art. 56 ff. AEUV) des AEUV<sup>199</sup> verstoßen, wobei die letztgenannte gegenüber der erstgenannten gemäß Art. 57 Abs. 2 AEUV subsidiär ist. Die zu erörternden rechtlichen Grundsätze sind jedoch bei beiden Grundfreiheiten weitgehend identisch.

Die seitens der genannten bayerischen Rechtsnormen hervorgerufenen europarechtlichen Problemfelder sind zum einen die Limitierung der pro Versorgungsgebiet zu vergebenden Lizenzen und zum anderen die Anforderung, dass die Anbieter ihren Sitz oder Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland haben müssen. Art. 25 BayMG legt die Genehmigungsbedürftigkeit der Verbreitung von Rundfunkangeboten fest (Abs. 1 S.1). Laut Abs. 3 S. 1 der Vorschrift „achtet die Landeszentrale bei der Organisation lokaler und regionaler Rundfunkangebote auf Programmvielfalt und auf tragfähige wirtschaftliche Rahmenbedingungen“. Präzisiert wird die Vorgabe im darauf folgenden vierten Absatz. Danach ist dann eine Auswahl vorzunehmen, wenn „auf einer Frequenz ein Gesamtprogramm unter wirtschaftlich tragfähigen Rahmenbedingungen nicht mit allen Antragstellern durchgeführt werden kann“. Nach Ansicht der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien ist dies bei den lokalen und regionalen Fernsehanbietern im Freistaat Bayern der Fall, so dass pro Versorgungsgebiet nur eine Lizenz vergeben wird<sup>200</sup>. Bei der Auswahl hat die Landeszentrale laut Art. 25 Abs. 4 S. 2 BayMG „die inhaltliche Ausrichtung des Angebots, die organisatorische und finanzielle Ausstattung des Antragstellers sowie seine Bereitschaft zur programmlichen, technischen, organisatorischen und finanziellen Zusammenarbeit zu würdigen. Dabei sollen vor allem solche Anbieter bevorzugt werden, die einen örtlichen Bezug zum Sendegebiet haben und deren Angebote einen Beitrag zur Meinungsvielfalt und Ausgewogenheit des Gesamtprogramms erwarten lassen, sowie Antragsteller, die Beiträge mit kulturellen, kirchlichen, sozialen oder wirtschaftlichen Inhalten in das Gesamtprogramm einbringen“, Art. 25 Abs. 4 S. 3 BayMG.

Die Genehmigung für die Verbreitung eines Angebots kann nach Art. 26 BayMG nur erteilt werden, wenn der Anbieter seinen Sitz oder Wohnsitz in der Bundesrepublik

<sup>199</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2009 C 290/1. Zur neuen Struktur der EU nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon: *Lorenzmeier*, Europarecht, 4. Aufl. 2011, S. 81 ff.

<sup>200</sup> *Goldhammer/Wiegand/Polley*, Wirtschaftliche Situation des lokalen und regionalen Fernsehens in Bayern, 2007, S. 67 ff.

Deutschland hat und der Anbieter oder die zu seiner Vertretung berechtigten Personen gerichtlich unbeschränkt zur Verantwortung gezogen werden können. Die Vorschrift gewährleistet die uneingeschränkte Anwendung des deutschen Rechts<sup>201</sup>.

### **a. Anwendungsbereich**

Gemäß der in Art. 49 AEUV geregelten Niederlassungsfreiheit können natürliche und juristische Personen in einem anderen Mitgliedstaat Unternehmen und Zweigniederlassungen gründen und unterhalten sowie selbständige Erwerbstätigkeiten ausüben und aufnehmen<sup>202</sup>. Eine Niederlassung ist die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit auf unbestimmte Zeit<sup>203</sup>, wobei es unerheblich ist, ob Gewinne erzielt werden<sup>204</sup>. Ferner ist ein grenzüberschreitendes Element erforderlich, so dass nur in anderen Mitgliedstaaten ansässige Personen sich darauf berufen können. Daher ist die Niederlassungsfreiheit in der vorliegenden Konstellation auf alle Personen anwendbar, die aus einem anderen Mitgliedstaat kommend im Freistaat Bayern einen lokalen oder regionalen Fernsehsender gründen wollen.

Die in den Art. 56 ff. AEUV geregelte Dienstleistungsfreiheit unterscheidet sich dabei nur hinsichtlich der Dauer der in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübten Tätigkeit von der Niederlassung. Sie darf bei der erstgenannten Freiheit nur vorübergehend sein. Der Europäische Gerichtshof hat bereits erkannt, dass die Ausstrahlung von Fernsehsendungen unter die Dienstleistungsfreiheit fällt<sup>205</sup> und es keinen Grund gibt, die Übertragung derartiger Mitteilungen im Wege des Kabelfernsehens, wie es bei den bayerischen lokalen und regionalen Fernsehsendern der Fall ist, anders zu behandeln<sup>206</sup>. Ansonsten beziehen sich die folgenden Ausführungen auf beide Freiheiten in gleichem Maße.

Die Vorschrift des Art. 26 BayMG mit der Verpflichtung der Sitz- bzw. Wohnsitznahme in Deutschland stellt einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit

<sup>201</sup> *Bornemann/Kraus/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz, Loseblatt-Kommentar, Art. 26 BayMG.

<sup>202</sup> *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 7. Aufl. 2010, Rdnr. 901.

<sup>203</sup> EuGH, Rs. C-221/89, *Factortame*, Slg. 1991, I-3905, Rdnr. 20.

<sup>204</sup> *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 7. Aufl. 2010, Rdnr. 902.

<sup>205</sup> EuGH, Rs. 155/3, *Sacchi*, Slg. 1974, 409, Rdnr. 6.

<sup>206</sup> EuGH, Rs. 52/79, *Debauve*, Slg. 1980, 833, Rdnr. 8.

dar, wonach es Anbietern unbenommen sein muss, auch aus ihrem jeweiligen Heimatland zu senden.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang ebenfalls Art. 25 Abs. 4 S. 3 BayMG. Die Bevorzugung bestimmter Anbietertypen ist europarechtlich höchst bedenklich, da die Zusammenstellung der Bevorzugungsgründe durch den bayerischen Gesetzgeber vergleichsweise konturenlos erscheint, da neben sozialen und kirchlichen Gründen mit der Aufnahme wirtschaftlicher Gründe doch wieder alle Arten von Anbietern erfasst werden. Der örtliche Bezug der Anbieter zum Sendegebiet stellt wiederum einen Verstoß gegen die unionsrechtliche Dienstleistungsfreiheit dar.

### **b. Zwingende Gründe des Allgemeinwohls**

Rechtfertigungsgründe, die den Status von zwingenden Gründen des Allgemeinwohls haben und verhältnismäßig sind, sind vorliegend nicht gegeben.

Sowohl die Regelung des Art. 26 BayMG als auch die des Art. 25 BayMG knüpfen nicht an die Staatsangehörigkeit an und sind als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit bzw. der Dienstleistungsfreiheit anzusehen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes werden auch nicht nach der Staatsangehörigkeit diskriminierende mitgliedstaatliche Maßnahmen von der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit erfasst, wenn sie die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit behindern oder weniger attraktiv machen<sup>207</sup>.

Solche staatlichen Maßnahmen sind zulässig, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses erfolgen und verhältnismäßig sind<sup>208</sup>. Zu den zwingenden Gründen des Allgemeinwohls werden, als Bestandteil der Kulturpolitik<sup>209</sup>, unter anderem die Programmqualität und die Pluralität des Rundfunks gezählt<sup>210</sup>. Dies ergibt sich nunmehr auch aus Art. 11 Abs. 2 der EU-Grundrechte-Charta<sup>211</sup>, bei dessen näherer Bestimmung wiederum die Grundrechtsverbürgung des Art. 10

<sup>207</sup> EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 35 ff.

<sup>208</sup> EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 37; EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rdnr. 34; EuGH, Rs. C-108/99, *MacQueen*, Slg. 2001, I-837, Rdnr. 28.

<sup>209</sup> EuGH, Rs. C-250/06, *United Pan-Europe*, Slg. 2007, I-11135, Rdnr. 41.

<sup>210</sup> Für die Dienstleistungsfreiheit: EuGH, Rs. C-23/93, *TV 10*, Slg. 1994, I-4795, Rdnr. 18.

<sup>211</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000, ABl. 2000 C 364/1, nunmehr gültig in leicht modifizierter Fassung: ABl. 2007 C 303/1 ff.

EMRK in der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu beachten ist<sup>212</sup>. Diese Gründe dürfen jedoch nicht in unverhältnismäßiger Weise angewendet werden. Bei der Auslegung von Art. 10 EMRK zur Lizenzverweigerung im Rundfunkbereich stellt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf das Vorhandensein eines dringenden sozialen Grundes („pressing social need“) dafür ab, wobei dem Staat ein Beurteilungsspielraum („margin of appreciation“) zukommt<sup>213</sup>.

Seitens der bayerischen Staatsregierung und der Mehrheit des Bayerischen Landtags wird vorgebracht, dass das Ziel der landesgesetzlichen Regelung der Erhalt eines qualitativ hochwertigen lokalen und regionalen Fernsehens in den gegebenen Strukturen sei<sup>214</sup>. Bei der Zulassung von Konkurrenzunternehmen sei das wirtschaftliche Überleben der lokalen und regionalen Fernsehsender nicht mehr gegeben.

Fraglich ist, ob dies einen dringenden sozialen Grund im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte darstellt. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Versorgung der Bevölkerung mit einem regionalen oder lokalen Informationsprogramm zur Förderung der Meinungsbildung ein wichtiges Anliegen eines demokratisch und föderal strukturierten Staatswesens ist. Die ausgewogene Informationsvermittlung gehört jedoch auch auf regionaler und lokaler Ebene zu den Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Bayerischen Rundfunks<sup>215</sup>. Der bayerische Gesetzgeber hat daneben eine alternativ öffentlich-rechtliche Doppelstruktur ohne Binnenkonkurrenz geschaffen. Die Beibehaltung der Konkurrenzlosigkeit der Fernsehanbieter auf einem bestimmten Versorgungsgebiet erscheint nicht als eine drückende soziale Notwendigkeit in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, da die Versorgung bereits seitens des öffentlich-rechtlichen Bayerischen Rundfunks gewährleistet wird.

Überdies können nur etwa siebzig von Hundert der Einwohner eines Versorgungsgebiets das alternativ öffentlich-rechtliche Lokalfernsehen überhaupt

<sup>212</sup> Vgl. Art. 52 Abs. 3 S. 1 Grundrechte-Charta, dazu Tettinger/Stern-v.Danwitz, Europäische Grundrechte-Charta, 2006, Art. 52 GR-Charta, Rdnr. 3; Mayer-Borowsky, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2011, Art. 52 GR-Charta, Rdnr. 29 ff.

<sup>213</sup> EGMR, *Demuth./. Schweiz*, EuGRZ 2003, 488, Rdnr. 40. Siehe oben Fußnote 168.

<sup>214</sup> BayLandtag, DrS. 15/8458, S. 9.

<sup>215</sup> § 11 RStV, siehe unter C.II.2.



empfangen<sup>216</sup>, was gegen das Vorliegen eines eng zu verstehenden dringenden sozialen Grundes spricht. Gleiches gilt für die Verhältnismäßigkeit der Landesregelung. Die Programmqualität und Vielfalt auf lokaler und regionaler Ebene wird bereits durch den Bayerischen Rundfunk mit seinen Regionalangeboten gewährleistet. Ein besonderer Bestandsschutz für das private alternative öffentlich-rechtliche Lokalfernsehen besteht daneben nicht. Eine Verdopplung des Informationsauftrags ist europarechtlich nicht geboten.

Demzufolge bestünde kein Rechtfertigungsgrund für den Ausschluss weiterer potentieller Anbieter von einem Versorgungsgebiet. Diesen müsste dann ebenfalls die identische staatliche Förderung wie den bereits bestehenden Anbietern zuerkannt werden, was bei gleich bleibender Förderung zu einer weiteren Belastung des bayerischen Staatshaushalts führen würde.

### c. Ermessensentscheidungen

Bei Ermessensentscheidungen, zu denen die mit der Lizenzerteilung erfolgte Betrauung mit einer öffentlichen Aufgabe nach Art. 26, 23 Abs. 2 S. 1 BayMG gehört, ist zu beachten, dass die Landeszentrale für neue Medien das ihr zustehende Ermessen nicht in einer Weise ausüben darf, die geeignet ist, den Grundfreiheiten des Unionsrechts ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen<sup>217</sup>. Daher muss die Lizenzerteilung zuerst einem transparenten Verfahren unterliegen, das auf den Rundfunkanbietern im Voraus bekannten Kriterien beruht, um zu verhindern, dass das eingeräumte Ermessen missbräuchlich ausgeübt wird<sup>218</sup>. Zweitens muss die Lizenzerteilung auf objektiven Kriterien beruhen, die geeignet sind, den Pluralismus sicherzustellen, wozu auch öffentlich-rechtliche Verpflichtungen zu zählen sind<sup>219</sup>. Drittens dürfen die angewandten Kriterien zur Lizenzerteilung nicht diskriminierend und somit weder faktisch noch rechtlich von einer Niederlassung im Inland abhängig sein<sup>220</sup>. Viertens müssen die Anforderungen an die Lizenzerteilung zur Erreichung des verfolgten Zieles des Allgemeininteresses unerlässlich sein<sup>221</sup>.

<sup>216</sup> TNS Infratest MediaResearch, Funkanalyse Bayern 2010.

<sup>217</sup> Vgl. EuGH Rs. C-390/99, *Canal Satélite Digital*, Slg. 2002, I-607, Rdnr. 35.

<sup>218</sup> EuGH, Rs. C-250/06, *United Pan-Europe*, Slg. 2007, I-11135, Rdnr. 46.

<sup>219</sup> EuGH, Rs. C-250/06, *United Pan-Europe*, Slg. 2007, I-11135, Rdnr. 47.

<sup>220</sup> EuGH, Rs. C-250/06, *United Pan-Europe*, Slg. 2007, I-11135, Rdnr. 48 mit Verweis auf C-211/91, *Kommission/Belgien*, Slg. 1992, I-6757, Rdnr. 12.

<sup>221</sup> EuGH, Rs. C-250/06, *United Pan-Europe*, Slg. 2007, I-11135, Rdnr. 49.

Ob die von der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien in der Anwendung von Art. 26 BayMG umzusetzenden Kriterien die oben genannten Erfordernisse erfüllen, ist zumindest hinsichtlich der Anforderungen drei und vier sehr fraglich. An der Unerlässlichkeit lässt sich bereits zweifeln, da ein zumindest impliziter paralleler Programmauftrag an den Bayerischen Rundfunk existiert und in den übrigen Bundesländern ein anderes System der Versorgung der Bevölkerung mit lokalen und regionalen Informationen besteht.

Weitere Rechtfertigungsgründe könnten sich aus der Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV ergeben, der grundsätzlich für alle Primärrechtsnormen des Unionsrechts gilt<sup>222</sup>. Hierfür ist erforderlich, dass die Anwendung der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit die von den lokalen und regionalen Fernsehanstalten ausgeübten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse rechtlich oder tatsächlich verhindert. Dieser Rechtfertigungsgrund greift vorliegend auch nicht ein, die betreffenden Ausführungen dazu finden sich am Ende des Gutachtens bei der Analyse von Art. 106 Abs. 2 AEUV im Rahmen des europarechtlichen Beihilferechts<sup>223</sup>.

#### **d. Ergebnis**

Im Ergebnis sprechen unter der gegebenen rechtlichen Ausgestaltung des bayerischen Mediengesetzes in der Anwendung durch die Landeszentrale für neue Medien die überwiegenden Gründe für einen Verstoß des Bayerischen Mediengesetzes gegen die Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit. Nach dem Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts<sup>224</sup> wird das Bayerische Mediengesetz dadurch nicht nichtig oder innerstaatlich rechtlich unwirksam, dennoch können die praktischen Auswirkungen erheblich sein, weil die bayerischen Regelungen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, wenn z.B. ein österreichischer Anbieter einen lokalen oder regionalen Fernsehsender im Freistaat

<sup>222</sup> Grabitz/Hilf-Pernice/Wernicke, Das Recht der Europäischen Union, Art. 86 EGV, Rdnr. 53. Die Vorschrift schließt die Grundfreiheiten rechtsdogmatisch nicht aus, sondern stellt eine weitere Rechtfertigungsmöglichkeit dar, Grabitz/Hilf-Pernice/Wernicke, a.a.O.

<sup>223</sup> Siehe unten C.V.5.c.

<sup>224</sup> Art. 4 Abs. 3 EUV in Verbindung mit der von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichneten und dem Vertrag von Lissabon beigefügten Erklärung zum Vorrang. Siehe Lorenzmeier, Europarecht, 4. Aufl. 2011, S. 92 ff.

Bayern gründen möchte, nicht anzuwenden sind und dem betreffenden Anbieter eine Lizenz zu erteilen wäre. Die Freiheit des bayerischen Gesetzgebers zur Disponierung über das Privatrundfunksystem ist damit unionsrechtlich präeterminiert und stark eingeschränkt<sup>225</sup>.

## **7. Ergebnis zur Frage der Vereinbarkeit von Art. 111a Abs. 2 BV mit höherrangigem Recht**

Die vorangehende Untersuchung hat aufgezeigt, dass von der Vorschrift des Art. 111a BV im Hinblick auf die höherrangige Norm des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG bestenfalls noch eine „leere Hülse“ übrig bleibt, da der im Freistaat Bayern landesrechtlich statuierte öffentlich-rechtliche Trägerschaftsvorbehalt nicht mit der grundgesetzlich verbürgten Rundfunkfreiheit vereinbar ist. Geltungserhaltend kann für die bayerische Sondersituation nur vorgebracht werden, dass die Aufgabe der Ausfüllung des Rundfunkrechts kompetenzrechtlich bei den Ländern verankert ist.

Das von Art. 111a BV geschaffene öffentlich-rechtliche Monopol ist nicht mit Art. 10 EMRK in der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vorgenommenen Auslegung der Vorschrift vereinbar, wonach öffentlich-rechtliche Fernsehmonopole gegen die von der Menschenrechtskonvention verbürgte Meinungsfreiheit verstoßen. Als Bestandteil des Bundesrechts bricht Art. 10 EMRK gemäß Art. 31 GG die bayerischen landesrechtlichen Vorschriften.

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts sind bei der Auslegung der grundgesetzlich gewährleisteten Grundrechte die Vorschriften der Menschenrechtskonvention zu beachten, so dass die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG durch Art. 10 EMRK inhaltlich aufgeladen wird. Dieser vom Bundesverfassungsgericht zur Vereinbarkeit der bayerischen rundfunkrechtlichen Rechtsordnung mit dem Grundgesetz bislang noch nicht erörterte Gesichtspunkt spricht verstärkt dafür, dass Art. 111a BV mit dem Grundgesetz unvereinbar ist und auch in dieser Hinsicht das bayerische Landesrecht nach Art. 31 GG gebrochen wird.

<sup>225</sup> Sachs-*Bethge*, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 5 GG, Rdnr. 102b.

Das bayerische Medienrecht in seiner Ausgestaltung durch Art. 111a BV und Art. 23 ff. BayMG begegnet darüber hinaus gewichtigen europarechtlichen Bedenken. Unter Berücksichtigung der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit sind die einfachgesetzlichen Voraussetzungen der Wohnsitznahme, die Ermessensentscheidung der Zulassung und der bevorzugten Zulassung verschiedener Anbietertypen nicht mit dem Europarecht vereinbar. Dabei ist wiederum zu beachten, dass die unionsrechtlichen Grundfreiheiten durch die Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention aufgeladen werden, wonach gerade eine öffentlich-rechtliche Monopolstellung untersagt wird.

## II. Veranstaltung von lokalem und regionalem Fernsehen durch private Anbieter als Grundversorgung

Der zweite zu untersuchende Hauptaspekt ist, ob die Veranstaltung von lokalem und regionalem Fernsehen durch private Anbieter rechtlich als Grundversorgung der Bevölkerung angesehen werden kann.

### 1. Einleitung

Der schillernde und vergleichsweise konturenlose medienrechtliche Begriff der Grundversorgung ist eine Ausformung der Daseinsvorsorge des Staates an den Einzelnen<sup>226</sup>. Inhaltlich bedeutet Grundversorgung nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts, dass dafür Sorge getragen werden muss, dass für die Gesamtheit der Bevölkerung Programme angeboten werden, die umfassend und in der vollen Breite des klassischen Rundfunkauftrags informieren, und dass Meinungsvielfalt in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise gesichert ist<sup>227</sup>.

#### a. Grundversorgungsauftrag

Der Grundversorgungsauftrag wurde vom Bundesverfassungsgericht aus der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG niedergelegten Rundfunkfreiheit heraus entwickelt. Die Rundfunkfreiheit hat das Ziel, die Repräsentanz eines pluralistischen und ausgewogenen Rundfunks zu sichern<sup>228</sup>. Der in Art. 5 Abs. 2 S. 1 GG niedergelegte Auftrag zur Sicherstellung der Rundfunkfreiheit richtet sich mithin an eine Ordnung, die gewährleistet, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet<sup>229</sup>. Herausgehobene Bedeutung kommt dem Rundfunk dabei wegen seiner Breitenwirkung, Aktualität und

<sup>226</sup> *Petersen*, Medienrecht, 4. Aufl. 2008, § 2, Rdnr. 25, vgl. auch v.Mangoldt/Klein/Starck-*Starck*, GG-Kommentar, Band 1, 5. Aufl. 2005, Art. 5 GG, Rdnr. 121 spricht von einem "Hilfsbegriff, der nicht verselbständigt und in ein dogmatisches Eigenleben entlassen werden darf".

<sup>227</sup> BVerfGE 73, 118, 157 f.; E 74, 297, 325. Das Schrifttum hat sich dem weitgehend angeschlossen, siehe z. B. *Fechner*, Medienrecht, 10. Aufl. 2009, Rdnr. 10-46; Maunz/Dürig-*Herzog*, Art. 5 Abs. I, II GG, Rdnr. 238b. Zum Verhältnis Grundversorgung und EU-Beihilfenrecht siehe Sachs-*Bethge*, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 5 GG, Rdnr. 115e.

<sup>228</sup> BVerfGE 12, 205; Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-*Stettner*, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 77.

<sup>229</sup> BVerfGE 119, 181, 214; E 114, 371, 387 ff., st. Rspr.

Suggestivkraft zu<sup>230</sup>. Aus dem Grundversorgungsauftrag ergibt sich die Bestandsgarantie der die Grundversorgung leistenden Rundfunkanbieter<sup>231</sup>.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besteht die Grundversorgung aus drei Elementen<sup>232</sup>. Erstens gehört dazu die Übertragungstechnik, bei der ein Empfang für alle sichergestellt ist, zweitens der inhaltliche Standard der Programme im Sinne eines allumfassenden Angebots und drittens die Sicherung gleichgewichtiger Vielfalt in der Darstellung der bestehenden Meinungsrichtungen. Daraus ergibt sich die bundesverfassungsrechtliche Verpflichtung an den Rundfunk, in seinen Programmen umfassende Informationen zu bieten und die Vielfalt der in der Gesellschaft bestehenden Meinungsrichtungen zum Ausdruck zu bringen<sup>233</sup>. Der Grundversorgungsauftrag ist dabei nicht exakt in Sendeminuten oder einer bestimmten Programmanzahl bestimmbar<sup>234</sup>; vielmehr stellt er einen von den Beteiligten zu erreichenden Zielwert dar<sup>235</sup>.

Die Rundfunkkompetenz liegt gemäß Art. 70 GG mangels des Vorliegens einer Bundeskompetenz bei den einzelnen Bundesländern. Wie oben bereits ausgeführt wurde und woran an dieser Stelle noch einmal zu erinnern ist, schreibt die Rundfunkfreiheitsverbürgung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG dem Landesgesetzgeber in der vom Bundesverfassungsgericht vorgenommenen Auslegung nicht vor, welches Rundfunkmodell er zu wählen hat<sup>236</sup>; dennoch endet die Gestaltungsfreiheit der Länder dort, wo die landesgesetzlichen Regelungen zwingende Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG außer Acht lassen<sup>237</sup>. Danach ist der Landesgesetzgeber frei, ein öffentlich-rechtliches, ein duales oder ein privatrechtliches Modell zu wählen<sup>238</sup>, welches sich aber im (grund)gesetzlich vorgegebenen Rahmen halten muss.

<sup>230</sup> BVerfGE 119, 181, 215; E 114, 371, 387; E 103, 44, 74; E 97, 228, 256; E 90, 60, 87. Siehe auch EGMR, *Demuth./. Schweiz*, EuGRZ 2003, 488, Rdnr. 43.

<sup>231</sup> BVerfGE 74, 297, 326; E 83, 238, 298.

<sup>232</sup> BVerfGE 74, 297, 326. Siehe auch *Hesse*, Rundfunkfreiheit, 3. Aufl. 2003, IV. Rdnr. 5.

<sup>233</sup> *Hesse*, Rundfunkfreiheit, 3. Aufl. 2003, IV. Rdnr. 6.

<sup>234</sup> BVerfGE 90, 60, 95; *Hesse*, Rundfunkfreiheit, 3. Aufl. 2003, IV. Rdnr. 7.

<sup>235</sup> Ausdrücklich *Hesse*, Rundfunkfreiheit, 3. Aufl. 2003, IV. Rdnr. 8; siehe auch ähnlich BVerfGE 73, 118, 157 f.

<sup>236</sup> BVerfGE 119, 181, 214; E 114, 371, 387; E 57, 295, 321; E 73, 118, 153; E 74, 297, 324; E 83, 238, 296; E 87, 181, 198.

<sup>237</sup> So ausdrücklich: BVerfGE 114, 371, 387.

<sup>238</sup> *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner*, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 77. Siehe dazu bereits oben unter C.I.3.a.aa.

## b. Bayerische Rechtslage

Das aufgezeigte Spannungsfeld ist bei der Ausgestaltung des Rundfunkauftrags seitens des bayerischen Landesgesetzgebers zu berücksichtigen. Der bayerische Landesgesetzgeber hat in Art. 23 Abs. 2 bis 4 BayMG seinen Ausgestaltungsspielraum dahingehend genutzt, dass die lokalen und regionalen Fernsehanbieter mit einer öffentlichen Aufgabe, dem zum Ausdruck bringen der bestehenden Vielfalt von Meinungen im jeweiligen Versorgungsgebiet<sup>239</sup>, betraut werden. Dies wird von einem Teil des Schrifttums als gesetzlich normierter Grundversorgungsauftrag an die lokalen und regionalen Fernsehsender verstanden<sup>240</sup>.

Der Grundversorgungsauftrag richtet sich in seiner überkommenen Ausgestaltung allerdings primär an den öffentlich-rechtlichen Anstaltsfunk<sup>241</sup>. Bei der Ausgestaltung des bayerischen Rundfunkauftrags ist aus diesem Grund heraus zu berücksichtigen, dass die rundfunkrechtliche Grundversorgung im Freistaat Bayern bereits durch den öffentlich-rechtlichen Bayerischen Rundfunk geleistet wird, so dass die Bayerische Landeszentrale für neue Medien eigentlich davon freigestellt ist, dem Grundversorgungsauftrag zu genügen<sup>242</sup>.

Die Landeszentrale betreibt jedoch nach ihrem eigenen Verständnis Grundversorgung im Bereich der lokalen und regionalen Rundfunkangebote<sup>243</sup>. Diese Ansicht wird von Teilen des Schrifttums geteilt, da die Finanzierung aus öffentlichen Mitteln dem Grundversorgungsauftrag folge<sup>244</sup>. Dieser Ansicht ist auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof gefolgt, indem er feststellte, dass die privaten lokalen Fernsehangebote im Freistaat Bayern eine lokale Grundversorgungsfunktion erfüllen<sup>245</sup>.

<sup>239</sup> So ausdrücklich Art. 23 Abs. 2 S. 1 BayMG.

<sup>240</sup> *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2009, S. 38.

<sup>241</sup> *Sachs-Bethge*, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 5 GG, Rdnr. 104.

<sup>242</sup> *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner*, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 77.

<sup>243</sup> Vgl. *Ring*, Interview im Münchner Merkur v. 06.05.2010 und *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner*, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 77. zurückhaltender, die Möglichkeit aber bejahend: *Buchholtz*, Wege zur Vielfalt – Die Organisation privater Rundfunkangebote nach Bayerischem Mediengesetz, 2004, S. 90 f.

<sup>244</sup> *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2009, S. 43 ff.

<sup>245</sup> BayVGHE 51, 90, 94.

## 2. § 11 Rundfunkstaatsvertrag als Verbürgung des Grundversorgungsauftrags

Die argumentierte einfachgesetzliche Festschreibung eines Grundversorgungsauftrags durch den bayerischen Gesetzgeber begegnet jedoch hinsichtlich der Vereinbarkeit mit § 11 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) rechtlich gravierenden Bedenken.

Der Grundversorgungsauftrag ist intraföderal in § 11 RStV<sup>246</sup> geregelt und richtet sich ausdrücklich und ausnahmslos an die öffentlich-rechtlichen Programmanstalten<sup>247</sup>. Dies ergibt sich neben dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift ebenfalls systematisch aus der zu § 11 RStV gehörenden Abschnittsüberschrift „Vorschriften für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk“<sup>248</sup>. Rechtssystematisch ist § 11 RStV demzufolge als abschließende Regelung des Grundversorgungsauftrags zu verstehen. Eine Öffnungsklausel für separat geltendes Landesrecht enthält der Rundfunkstaatsvertrag in diesem Zusammenhang nicht; § 63 RStV, die Sonderregelung für Bayern, ist für diesen Abschnitt des Rundfunkstaatsvertrags nicht anwendbar<sup>249</sup>. Hiermit stehen weder das oben wiedergegebene Eigenverständnis der Landeszentrale noch die wiedergegebene Ansicht des Schrifttums im Einklang<sup>250</sup>.

## 3. Hierarchische Stellung des Rundfunkstaatsvertrages

Mithin ist weiter zu untersuchen, ob den Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages Vorrang vor den Normen des bayerischen Landesrechts inklusive der bayerischen

<sup>246</sup> Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag – RStV) v. 31.08.1991 idF von Artikel 1 des Dreizehnten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge v. 30.10./04.11./20.11.2009 (GBl. S. 307), in Kraft getreten am 01.04.2010.

<sup>247</sup> HH-Ko/MedienR/Hesse/Nickel, 29 Rdnr. 1. Art. 11 Abs. 1 RStV lautet: Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist, durch die Herstellung und Verbreitung ihrer Angebote als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken und dadurch die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu erfüllen. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben in ihren Angeboten einen umfassenden Überblick über das internationale, europäische, nationale und regionale Geschehen in allen wesentlichen Lebensbereichen zu geben. Sie sollen hierdurch die internationale Verständigung, die europäische Integration und den gesellschaftlichen Zusammenhalt in Bund und Ländern fördern. Ihre Angebote haben der Bildung, Information, Beratung und Unterhaltung zu dienen. Sie haben Beiträge insbesondere zur Kultur anzubieten. (...)

<sup>248</sup> Die Regelungen für den privaten Rundfunk finden sich in den §§ 20 ff RStV. Die Vorschrift des § 11 RStV wird unten näher erläutert.

<sup>249</sup> Die Vorschrift des § 63 RStV enthält Sonderregelungen für Bayern, der Grundversorgungsauftrag wird dort jedoch nicht erwähnt.

<sup>250</sup> Siehe II.1.b.



Verfassung zukommt. Bei der positiven Beantwortung der Frage hätten abweichende landesrechtliche Regelungen hinsichtlich der Beurteilung der Frage, inwieweit auch private lokale oder regionale Fernsehanbieter einen Grundversorgungsauftrag erfüllen, keine Relevanz mehr für die zu untersuchende Fragestellung.

### **a. Staatsverträge als materielles Landes- oder Bundesrecht**

Staatsverträge der Länder werden nicht vom Bundesgesetzgeber geschaffen<sup>251</sup>. Eine Rangregel Staatsverträge betreffend findet sich in der Bayerischen Verfassung nicht.

Zu beachten ist allerdings, dass der gemäß Art. 72 Abs. 2 BV erforderliche Zustimmungsbeschluss des Bayerischen Landtags zu einem Staatsvertrag als materielles Landesrecht angesehen wird<sup>252</sup>. Daraus wird eine Stellung des Staatsvertrags unterhalb der heranzuziehenden Landesverfassung abgeleitet<sup>253</sup>. Bei Anwendung der üblichen Rechtskollisionsregeln des *lex specialis* und des *lex posterior* käme es im Verhältnis Rundfunkstaatsvertrag – Bayerischem Mediengesetz und bei einem Auseinanderfallen der Regelungen zwischen den beiden Gesetzen immer darauf an, welches Gesetz gerade als das neuere erscheint, da dieses dann jeweils gelten würde. Dieses „Katz und Maus-Spiel“ würde jedoch die praktische Wirksamkeit und den Telos des Rundfunkstaatsvertrags, der Schaffung von ländereinheitlichen Regelungen, sehr stark einschränken.

Mithin wird an der dargestellten Argumentation im Schrifttum in überzeugender Weise Kritik geübt, da, neben den genannten Gründen der bundesrechtliche Geltungsgrund der Staatsverträge von ihr nicht ausreichend beachtet wird<sup>254</sup>.

<sup>251</sup> BVerwGE, ZDF, 22, 299, 300 f.

<sup>252</sup> BayVerfGHE, 31, 158, 161; E 33, 65, 69. Die anderen Bundesländer nehmen eine Transformation der Staatsverträge in Landesgesetz vor, siehe Vedder, Intraföderale Staatsverträge, 1996, S. 331.

<sup>253</sup> Grundlegend Grawert, Verwaltungsabkommen, 1967, S. 129 ff.; Kisker, Kooperation im Bundesstaat. Eine Untersuchung des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. S. 27 f.

<sup>254</sup> Bothe, Rechtsvergleichender Generalbericht, in: Starck (Hrsg.), Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat, 1988, S. 175/211.

## b. Rang über dem bayerischen Landesrecht

Vorzuziehen ist deshalb die Ansicht, dass der Rundfunkstaatsvertrag einen Rang über dem bayerischen Landesrecht einnimmt.

Dafür spricht, dass der Rundfunkstaatsvertrag vom Freistaat Bayern in rechtsgültiger Weise abgeschlossen wurde, so dass der Grundsatz *pacta sunt servanda* (Verträge sind bindend) auf den Rundfunkstaatsvertrag und für den Freistaat Bayern anwendbar ist<sup>255</sup>. Dieser Grundsatz ist ein Eckpfeiler des Zwischenländerrechts und er verpflichtet die Länder ohne Einschränkung zur Einhaltung des Rundfunkstaatsvertrags<sup>256</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht hat dabei explizit festgestellt, dass der Freistaat Bayern ohne Einschränkung bundesrechtlich zur Einhaltung eines Staatsvertrages verpflichtet ist<sup>257</sup>. Die innerlandesrechtliche Wirksamkeit des Staatsvertrages musste von dem Bundesverwaltungsgericht in der Rechtssache jedoch nicht erörtert werden.

Überdies stellt ein dem Rundfunkstaatsvertrag widersprechendes späteres Landesrecht einen vom Land zu beseitigenden Vertragsverstoß dar<sup>258</sup>. Ein Vorrang des Landesrechts vor dem Rundfunkstaatsvertrag ist mit dem in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegten Rechtsstaatsprinzip nicht zu vereinbaren, und der sich aus dem vorgehend erörterten Vorrang des Rundfunkstaatsvertrags vor dem jeweils einschlägigen Landesrecht folgt auch aus Art. 31 GG, wonach Bundesrecht Landesrecht bricht<sup>259</sup>. Demnach sprechen überzeugende Gründe für einen Vorrang der Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags vor den Länderrechtsordnungen inklusive deren Verfassungen.

## 4. Regelungsinhalt von § 11 Rundfunkstaatsvertrag

Der argumentierte bayerisch-rechtliche Grundversorgungsauftrag an die lokalen und regionalen Fernsehanbieter würde jedoch inhaltlich nur dann gegen die Norm des §

<sup>255</sup> Vedder, Intraföderale Staatsverträge, 1996, S. 331.

<sup>256</sup> Vedder, Intraföderale Staatsverträge, 1996, a.a.O.

<sup>257</sup> BVerwGE 50, 137, 149 f., 152.

<sup>258</sup> Zur Meinungsübersicht siehe die Darstellung bei Vedder, Intraföderale Staatsverträge – Instrumente der Rechtsetzung im Bundesstaat, 1996, S. 325 ff.

<sup>259</sup> Zum Ganzen vertiefend Vedder, Intraföderale Staatsverträge – Instrumente der Rechtsetzung im Bundesstaat, 1996, S. 330 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

11 RStV verstoßen, wenn sich der dort normierte Grundversorgungsauftrag der klassischen öffentlich-rechtlichen Anbieter auch auf die lokale und regionale Ebene erstreckt.

Seinem Wortlaut nach bezieht sich § 11 Abs. 1 S. 2 RStV allerdings nur auf Regionen und nicht auf Lokales. Daraus lässt sich nach dem vorzugswürdigen Verständnis der Ausschluss lokaler Berichterstattung für den „gewöhnlichen“ öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht herleiten. Der inhaltliche Auftrag der öffentlich-rechtlichen Sender ist von § 11 Abs. 2 S. 1 RStV umfangreich angelegt und betrifft das gesamte gesellschaftliche Leben<sup>260</sup>. Die in der Norm aufgezählten unterschiedlichen geographischen Bezugsebenen sollen die Notwendigkeit betonen, den umfassenden Auftrag durch Differenzierungen abgeschichtet wahrzunehmen<sup>261</sup>. Die Auslassung der lokalen Ebene ist dabei nicht dahingehend zu verstehen, dass überregionale Berichterstattung mehr im Fokus eines Massenmediums stehe<sup>262</sup>. Der in § 11 Abs. 2 S. 1 RStV genannte „Überblick über das Geschehen“ bezieht sich weiterhin ebenfalls auf alle territorialen Ebenen<sup>263</sup>.

Somit wird die lokale und regionale Berichterstattung vom in § 11 RStV niedergelegten Grundversorgungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Sender mit umfasst. Abweichende landesgesetzliche Regelung, wie dies für die Regelung des Art. 23 Abs. 2 bis 4 BayMG vorgebracht wird, ist damit nicht zu vereinbaren.

## **5. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundversorgungsauftrag**

Selbst wenn man der hier vertretenen Ansicht des Vorrangs des Rundfunkstaatsvertrags vor den Länderrechtsordnungen nicht folgen möchte, ist die Anerkennung eines eigenen Grundversorgungsauftrags für die lokalen und regionalen Fernsehanbieter bundesverfassungsrechtlich höchst problematisch, wie

<sup>260</sup> Hahn/Vesting-Eifert/Eichner, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 RStV, Rdnr. 55.

<sup>261</sup> Hahn/Vesting-Eifert/Eichner, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 RStV, Rdnr. 56.

<sup>262</sup> Hahn/Vesting-Eifert/Eichner, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 RStV, Rdnr. 56. Die Bedeutung der „Nahwelt“ für den Programmauftrag betont auch Hoffmann-Riem in AK, Art. 5 Abs. 1, 2 GG, Rdnr. 211.

<sup>263</sup> Hahn/Vesting-Eifert/Eichner, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 RStV, Rdnr. 57.

sich anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundversorgungsauftrag aufzeigen lässt.

Neben der intraföderalen Gewährleistung des Grundversorgungsauftrags in § 11 RStV hat das Bundesverfassungsgericht aus dem Grundsatz, dass die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 eine dienende Freiheit sei<sup>264</sup>, den Grundversorgungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbieter rechtlich eigenständig aus der Verfassung heraus entwickelt.

### **a. Leitlinien des Bundesverfassungsgerichts**

Das Bundesverfassungsgericht hat zum Themenkreis „Grundversorgung“ mehrere Leitlinien entwickelt. Zum einen hat die dem (klassischen) öffentlich-rechtlichen Rundfunk eingeräumte Bestands- und Entwicklungsgarantie in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG eine verfassungsrechtliche Grundlage und dient der Sicherung der Grundversorgung<sup>265</sup>. Das hindert den (klassischen) öffentlich-rechtlichen Rundfunk aber nicht an der Bereitstellung eines kommerziellen Angebots, soweit der Grundversorgungsauftrag weiter zuverlässig erfüllt wird<sup>266</sup>. Allerdings stellt das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung im 73. Band ausdrücklich fest, dass „Grundversorgung“ Sache der öffentlich-rechtlichen Anstalten ist, deren Programme nahezu die gesamte Bevölkerung erreichen, und die öffentlich-rechtliche Anstalt zu einem inhaltlich umfassenden Programmangebot in der Lage sind<sup>267</sup>. Jedoch darf es andererseits keinesfalls zu der Entstehung einer „vorherrschenden Meinungsmacht“ kommen<sup>268</sup>. Die Erfüllung dieser Voraussetzungen durch das bayerische Auftrags- und Finanzierungsmodell erscheint als nicht gegeben, da die lokalen und regionalen Fernsehanbieter in ihrem Verbreitungsgebiet nur siebzig von Hundert der Fernsehanschlüsse überhaupt erreichen<sup>269</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht hat des Weiteren für die klassischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten festgestellt, dass die zu ihrer Finanzierung zu

<sup>264</sup> Sachs-*Bethge*, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 5 GG, Rdnr. 90.

<sup>265</sup> BVerfGE 83, 238, 299; Hahn/*Vesting-Libertus*, § 13 RStV Rdnr. 58.

<sup>266</sup> Grundlegend BVerfGE 73, 118, 160, 172 ff.

<sup>267</sup> BVerfGE 73, 118, 157.

<sup>268</sup> Hahn/*Vesting-Rossen-Stadtfeld*, § 25 Rdnr. 16.

<sup>269</sup> TNS Infratest MediaResearch, Funkanalyse Bayern 2010.

leistende Rundfunkgebühr dazu dient, den diesen Anstalten obliegenden Grundversorgungsauftrag zu erfüllen<sup>270</sup>. Dies führt im Ergebnis dazu, dass ein Insolvenzverfahren bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit der Rundfunkfreiheit unvereinbar ist<sup>271</sup>.

Bestandteil des vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundversorgungsauftrags ist ferner die Information der lokalen Bevölkerung über lokale Themen durch einen öffentlich-rechtlichen Sender, im Freistaat Bayern durch den Bayerischen Rundfunk<sup>272</sup>. Dagegen kann die Nichtnennung der lokalen Ebene in Art. 4 Abs. 1 S. 2 BayRG, wonach der Bayerische Rundfunk den Rundfunkteilnehmern einen objektiven und umfassenden Überblick über das internationale, das nationale und das bayerische Geschehen in allen Lebenslagen zu geben hat, nicht als Ausschluss der lokalen Ebene verstanden werden, da Art. 4 Abs. 1 S. 2 BayRG ansonsten gegen die von Art. 2 Abs. 1 S. 2 BayRG vorgenommene Einbeziehung von § 11 RStV, welcher sich auch auf die lokale Ebene bezieht, verstoßen würde und ein einheitliches Verständnis des Bayerischen Rundfunkgesetzes nicht mehr gewährleistet wäre. Insofern erscheint es vorzugswürdig, den Begriff des „bayerischen Geschehens“ in Art. 4 Abs. 1 S. 2 BayRG auch im Sinne lokaler und regionaler Berichterstattung zu verstehen und einen ausschließlichen Bezug auf landesweite Themen abzulehnen.

## **b. Sinn des Grundversorgungsauftrags**

Der Sinn des Grundversorgungsauftrags ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mithin die Schaffung freier und individueller Meinungsbildung, wozu die öffentlich-rechtlichen Anstalten verpflichtet sind. Daneben können die Privaten auf freiwilliger Basis ein ähnliches Angebot veranstalten. Hierzu sind sie aber nicht verpflichtet<sup>273</sup>. Der (öffentlich-rechtliche) Grundversorgungsauftrag richtet sich demzufolge nach der Sichtweise des

<sup>270</sup> Vgl. BVerfGE 90, 60; *Fechner*, Medienrecht, 10. Aufl. 2009, Rdnr. 10-81.

<sup>271</sup> Bestandsgarantie, vgl. BVerfGE 89, 144, 152 ff.; *Fechner*, Medienrecht, 10. Aufl. 2009, Rdnr. 10-96.

<sup>272</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 S. 3 BayRG (Bayerisches Rundfunkgesetz) idF der Bekanntmachung v. 22. Oktober 2003 (BayGVBl 2003, 782 ff.; zuletzt geändert durch G v. 8. Dezember 2009, BayGVBl. 2009, 609 f.): Der Bayerische Rundfunk kommt seiner Verpflichtung zur Versorgung der Bevölkerung durch die Nutzung aller Übertragungswege nach. Der programminhaltliche Grundversorgungsauftrag ergibt sich auch ausdrücklich durch die in Art. 2 Abs. 1 S. 2 BayRG enthaltene Verweisung auf § 11 RStV.

<sup>273</sup> HH-Ko/MedienR/Hesse/Nickel, 2008, § 29 Rdnr. 2.

Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich nicht an die privaten Lokalsender. Die öffentliche Grundversorgung dient der Meinungsbildung, welche frei und individuell erfolgen soll. Um dies zu gewährleisten, darf der öffentlich-rechtliche Rundfunk aber nur in Grenzen ein kommerzielles Angebot haben, um dieses Ziel nicht zu gefährden.

## **6. Grundversorgung durch lokalen und regionalen Rundfunk**

Neben den bereits genannten, gegen einen Grundversorgungsauftrag der lokalen und regionalen Fernsehanbieter sprechenden Argumenten begegnet die Annahme eines Grundversorgungsauftrags für die lokalen und regionalen Fernsehanbieter weiteren rechtlichen Hürden.

### **a. Ansicht des Bundesverfassungsgerichts**

Das Bundesverfassungsgericht hat in früheren Judikaten entschieden, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk keine Grundversorgung des lokalen und regionalen Rundfunks darstellen kann, da dieser nur einen kleinen Teil der Bevölkerung erreicht<sup>274</sup>. Mithin kann bei Folgen dieses territorialen Ansatzes die Veranstaltung von Regional- und Lokalrundfunkprogrammen nicht als Grundversorgung angesehen werden<sup>275</sup>, diese Auffassung steht allerdings mit der aktuell geltenden Fassung des § 11 RStV in der oben vorgenommenen Auslegung nicht mehr vollständig im Einklang<sup>276</sup>. Ferner wird die Grundversorgung auf regionalem und lokalem Gebiet nicht zwangsläufig durch den privaten Rundfunk wahrgenommen, sondern auf dieser Ebene ist ebenfalls nach der älteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Grundversorgung „weder nötig noch möglich“<sup>277</sup>.

### **b. Ansicht des Schrifttums**

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum werden noch weitere Argumente genannt, weshalb privater Rundfunk Grundversorgung nicht wahrnimmt bzw. wahrnehmen kann. Zum einen ist dies die oben bereits vorgetragene fehlende Empfangbarkeit der

<sup>274</sup> BVerfGE 74, 297, 340, E 83, 238, 239; sich ausdrücklich anschließend: Maunz/Dürig-Herzog, GG-Kommentar, Art. 5 Abs. I, II, Rdnr. 238c.

<sup>275</sup> Scheble, Perspektiven der Grundversorgung, 1994, S. 111.

<sup>276</sup> Siehe oben unter II.2.

<sup>277</sup> BVerfGE 83, 238, 327.

lokalen oder regionalen Fernsehprogramme für alle Personen eines Versorgungsgebiets<sup>278</sup>. Damit ist der Lokalrundfunk nur partiell in der Lage, die Aufgabe eines Mediums der öffentlichen Meinungsbildung zu erfüllen. Dagegen spricht jedoch, dass eine Pflicht des Gesetzgebers für die Herstellung einer technischen Gewährleistungspflicht greifen könnte<sup>279</sup>.

Zweitens können private Anbieter der Aufgabe umfassender Information nicht in vollem Ausmaß gerecht werden. Drittens kann angesichts der Finanzierungsweise des privaten Lokalfernsehens kein inhaltlich breit angelegtes Angebot erwartet werden. Für die Vermarktung der Werbung bedarf es hoher Einschaltquoten und dafür wiederum eines Programms, das für Massen attraktiv ist. Damit würden zum Beispiel anspruchsvolle kulturelle Sendungen nicht mehr gesendet werden. Die Meinungsbildung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 GG wäre dann verwehrt<sup>280</sup>.

Viertens wird im Schrifttum vorgetragen, dass die gleichgewichtige Meinungsvielfalt im Privatfernsehangebot nicht gesichert ist, dies könnte jedoch im Freistaat Bayern durch die staatliche Finanzierung und die binnenplurale Eigentümerstruktur der privaten Lokalfernsehanbieter umgangen werden. Gleiches gilt für das Argument, dass privater Rundfunk eine ausgewogene Vielfalt im Sinne des Grundversorgungsauftrags nicht bereitstellen kann und Rundfunk ferner nicht einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert sein darf<sup>281</sup>.

Letztlich ist in diesem Zusammenhang noch zu beachten, dass jedes Programm auf irgendeine Weise meinungsbildend sein kann und somit „grundversorgend“ ist. Auch das private Lokalfernsehen könnte theoretisch essentielle kulturelle Produkte als Grundversorgung herstellen. Letztlich schließt eine öffentlich-rechtliche Grundversorgung eine private (Grund-)Zusatzversorgung nicht aus.

<sup>278</sup> Siehe oben Fußnote 269.

<sup>279</sup> Scheble, Perspektiven der Grundversorgung, 1994, S. 143.

<sup>280</sup> Scheble, Perspektiven der Grundversorgung, 1994, S. 143, so auch BVerfGE 87, 181, 191. Das genannte Argument ist für die bayerische Rundfunkordnung nur eingeschränkt zu übertragen, da die öffentliche Finanzierung vorgenommen wird, um die Abhängigkeit von den Werbeeinnahmen zu reduzieren. Siehe hierzu unter Punkt C. II. 7.

<sup>281</sup> Scheble, Perspektiven der Grundversorgung, 1994, S. 145, BVerfGE 73, 118, 153.

## 7. Bayerische Rundfunkordnung

Auf die in Art. 23 ff. BayMG kodifizierte bayerische Rundfunkordnung sind die genannten Argumente des Schrifttums aufgrund der dort geregelten Sondersituation nur begrenzt übertragbar. Die lokalen und regionalen Fernsehanbieter werden mit einer öffentlichen Aufgabe betraut (Art. 23 Abs. 2 S. 1 BayMG), und niemand darf durch seine Beteiligung an Rundfunkprogrammen einen in hohem Maße ungleichgewichtigen Einfluss auf die Bildung der öffentlichen Meinung im Versorgungsgebiet (vorherrschende Meinungsmacht) erhalten (Art. 25 Abs. 5 S.1 BayMG), was unter anderem durch die in Art. 25 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 bis 4 BayMG genannten Vorkehrungen verhindert werden soll<sup>282</sup>. Die Finanzierung der privaten lokalen oder regionalen Fernsehanbieter wird durch die Landeszentrale aus öffentlichen Mitteln vorgenommen, um ein hochwertiges und ausgewogenes Programmangebot im Sinne des Art. 23 Abs. 2 S. 1 BayMG zu gewährleisten.

### a. Darstellung der Argumente

Das rechtswissenschaftliche Schrifttum sieht im Hinblick auf die Frage der Grundversorgung im Freistaat Bayern auf der lokalen und regionalen Ebene eine besondere Stellung dieser Fernsehanbieter und die entgegenstehende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, wonach die Grundversorgung im Bereich des Rundfunks in ausgewogener und umfassender Weise durch die öffentlich-rechtlichen Anstalten angeboten werde und private Rundfunkveranstalter abrundende und hinzutretende Zusatzversorgung leisteten, für welche Ausgewogenheits- und Pluralitätsstandards nicht in rigidem Maße Gültigkeit beanspruchen, sei nicht auf die Rundfunkorganisation im Freistaat Bayern übertragbar<sup>283</sup>. Art. 23 Abs. 2 bis 4 BayMG sehe überdies, wie oben bereits vorgetragen wurde, einen ausdrücklichen

<sup>282</sup> Zur in Art. 25 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BayMG genannten pluralen gesellschaftsrechtlichen Zusammensetzung der bayerischen lokalen und regionalen Fernsehanbieter siehe die Übersicht bei [www.blm.de](http://www.blm.de), aus der die jeweiligen Eigentümerstrukturen erkennbar sind. Die Anteile des Fernsehanbieters Augsburg.TV (Tele 1 Fernsehen für Augsburg GmbH & Co. Betriebs KG) werden zu 43,7% vom Sankt Ulrich Verlag (katholische Kirche) gehalten; 43,7% wird von der Holland Verlagsgruppe über die rt1.media group GmbH (Augsburger Allgemeine) gehalten. Gemäß der Funkanalyse Bayern 2010 beträgt der Seherkreis des Anbieters 52,4%.

<sup>283</sup> Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111 a BV Rdnr. 82.



gesetzlichen Grundversorgungsauftrag für die lokalen und regionalen Fernsehanbieter im Freistaat Bayern vor<sup>284</sup>.

Zwar geht das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung im 119. Band zur Festsetzung der Rundfunkgebühr davon aus, dass der private Rundfunk nicht in gleichem Maße an das Gebot umfassender Vielfalt gebunden ist wie der öffentlich-rechtliche<sup>285</sup>. Andererseits existiert im Freistaat Bayern das duale öffentlich-rechtliche/private Rundfunksystem im klassischen Verständnis nicht<sup>286</sup>, so dass die Argumentationsführung des Bundesverfassungsgerichts nur begrenzt übertragbar ist. Auch das lokale und regionale Fernsehen in Bayern wird alternativ öffentlich-rechtlich veranstaltet.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof geht in seiner Auslegung von Art. 111a BV in dieser Frage deutlich differenzierter vor. Vor dem Hintergrund des Art. 111a Abs. 1 S. 6 BV gelten seiner Meinung nach die Vielfaltsanforderungen für den in öffentlicher Verantwortung und Trägerschaft stattfindenden privaten Lokalrundfunk in Bayern in gleichem Umfang wie für den öffentlich-rechtlichen Bayerischen Rundfunk<sup>287</sup>. Daraus folgt, dass der öffentlich-rechtliche Grundversorgungsauftrag für den Bayerischen Rundfunk in der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs nur schwach ausgebildet ist<sup>288</sup>. Im *Teilnehmerentgelt*-Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht jedoch nochmals betont, dass eine Entgelterhebung nur akzeptiert werden kann, wenn die Vielfaltssicherung bei den Privaten besonders gesichert ist<sup>289</sup>.

Gegen die Annahme des Grundversorgungsauftrags durch die Landeszentrale für neue Medien spricht jedoch aus praktischen Gesichtspunkten, dass die Übernahme durch die öffentlich-rechtliche Anstalt Landeszentrale wenig praktikabel wäre<sup>290</sup>. Das

<sup>284</sup> Ausdrücklich *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2009, S. 38.

<sup>285</sup> BVerfGE 119, 181, 217.

<sup>286</sup> Zum Vorliegen einer unechten dualen Rundfunkordnung siehe oben C.I.2.

<sup>287</sup> Vgl. dazu *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner*, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 111a BV, Rdnr. 82; *Lindner/Möstl/Wolff-Möstl*, Verfassung des Freistaats Bayern, 2009, Art. 111a BV, Rdnr. 18.

<sup>288</sup> BayVerfGHE 58, 277, 286.

<sup>289</sup> BVerfGE 114, 371, 391: „Die Entgeltspflicht entspricht nur dann der grundgesetzlich gesicherten Handlungsfreiheit, wenn im Gesetz hinreichend bestimmt geregelt ist, unter welchen Voraussetzungen Anbieter Nutznießer der Erlöse aus dem Teilnehmerentgelt sein können und zugleich gesichert wird, dass in deren Programmen die bestehende Vielfalt der Meinungen gleichgewichtig zum Ausdruck kommt.

<sup>290</sup> *Buchholtz*, Wege zur Vielfalt, 2004, S. 90.

Bayerische Mediengesetz ermöglicht private Rundfunkteilnahme nur unter dem Dach eines öffentlich-rechtlichen Trägers, welcher die private Rundfunkteilnahme allerdings nicht beschränken, sondern fördern soll<sup>291</sup>. Die sofortige Rückbindung privatfinanzierter Programme an den Grundversorgungsauftrag wäre mit dem genannten Ziel nicht kompatibel<sup>292</sup>.

Berücksichtigungswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass der von der Landeszentrale verantwortete, von den privaten lokalen und regionalen Fernsehveranstaltern angebotene, alternative öffentlich-rechtliche Rundfunk zu einem erheblichen Teil ebenfalls durch Wirtschaftswerbung finanziert wird<sup>293</sup>. Für den echten dualen Rundfunk wurde dabei anerkannt, dass der Landesgesetzgeber den privaten Anbietern Rahmenbedingungen gewähren muss, die den privaten Rundfunk überhaupt ermöglichen. Dies wird im Schrifttum auf die bayerische Sondersituation übertragen<sup>294</sup>. Die für das duale System ergangene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der sich der öffentlich-rechtlich Rundfunk vorrangig aus Gebühren zu finanzieren hat, ist eng mit der Grundversorgungsaufgabe dieser Sender verknüpft. Die Grundversorgung wird im Freistaat Bayern jedoch nach den obigen Ausführungen bereits vom Bayerischen Rundfunk geleistet. Der von der Landeszentrale für neue Medien veranstaltete Rundfunk ist nicht gehalten, die Grundversorgung zu verdoppeln<sup>295</sup>. Mithin wird für die von der Landeszentrale veranstalteten zusätzlichen Programmangebote somit wohl zumindest von der These des Verbots vorrangiger Wirtschaftswerbung zur Programmfinanzierung abzurücken sein<sup>296</sup>, so dass für die Lokalfernsehanbieter das Gebot der vorrangigen Finanzierung durch Wirtschaftswerbung besteht.

## **b. Interessenabwägung und Insolvenzsicherheit**

Im Ergebnis führen die genannten Gesichtspunkte für die Landeszentrale zu einer mühsamen Interessenabwägung. Im Rahmen der Trägerschaftsverantwortung hat die Landeszentrale für neue Medien sicherzustellen, dass neben den

<sup>291</sup> *Buchholtz, Wege zur Vielfalt*, 2004, S. 90.

<sup>292</sup> So ausdrücklich *Buchholtz, Wege zur Vielfalt*, 2004, S. 90.

<sup>293</sup> Zurzeit sind dies ca. 50% der Einnahmen.

<sup>294</sup> *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner, Verfassung des Freistaats Bayern*, Art. 111a BV Rdnr. 92.

<sup>295</sup> *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner, Verfassung des Freistaats Bayern*, Art. 111a BV Rdnr. 92.

<sup>296</sup> So ausdrücklich *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner, Verfassung des Freistaats Bayern*, Art. 111a BV Rdnr. 92.

Rahmenbedingungen für die Schaffung eines den Anforderungen des öffentlichen-rechtlichen Rundfunks genügenden Programms auch die wirtschaftliche Tragfähigkeit des Programms gegeben ist<sup>297</sup>. Dies ist mit dem geltend gemachten Grundversorgungsauftrag kaum zu vereinbaren.

Entscheidend für die Ablehnung des Grundversorgungsauftrags an lokale und regionale Fersehanbieter dürfte aber der Gesichtspunkt der Insolvenzicherheit sein. Die den privaten lokalen und regionalen Fersehanbietern gewährten staatlichen Mittel sollen eine Insolvenzicherheit für diese Anbieter gerade nicht herbeiführen, wie dies nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zum Erfüllen des Grundversorgungsauftrags erforderlich ist. Als privaten Anbietern kommt ihnen somit kein rechtlicher Bestandsschutz zu, was mit dem Ziel des Grundversorgungsauftrags nicht zu vereinbaren sein dürfte.

## **8. Weitere Problemfelder des Grundversorgungsauftrags**

Für den für die bayerische Rechtsordnung geltend gemachten Grundversorgungsauftrag verbleibt es neben den genannten Bedenken bei drei weiteren Problemfeldern. Das erste Problemfeld ist die zeitliche Beschränkung der in Art. 23 Abs. 2 S. 5 Nr. 1 BayMG enthaltenen Verpflichtung, wonach die privaten Fersehanbieter nur ein aktuelles und authentisches Nachrichten- und Informationsprogramm von 20 Minuten pro Tag herstellen müssen.

Das zweite Problemfeld ist die bereits erwähnte begrenzte Erreichbarkeit der Anbieter im jeweiligen Versorgungsgebiet. Lokales und regionales Privatfernsehen ist in Bayern nicht von allen Zusehern der jeweiligen Region empfangbar. Nur ca. siebenzig von Hundert der Haushalte können das Programm überhaupt empfangen<sup>298</sup>. Von einer Grundversorgung kann aus technischer Sicht nur dann gesprochen werden, wenn die gewählten Übertragungswege den technischen Empfang durch nahezu alle Haushalte ermöglichen und der ganz überwiegende Teil der Haushalte die Empfangsmöglichkeit auch tatsächlich nutzt<sup>299</sup>. Die technische Nichtempfangbarkeit durch ein Drittel der Zuseher eines Regionalbereichs spricht auf

<sup>297</sup> *Buchholtz*, Wege zur Vielfalt, 2004, S. 91.

<sup>298</sup> TNS Infratest MediaResearch, Funkanalyse Bayern 2010. Vgl. die Diskussion auf den bayerischen Medientagen im Jahre 2009.

<sup>299</sup> *Hahn/Vesting-Wagner*, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2008, § 52a RStV Rn. 25 a. E.

technischer Ebene bereits dagegen, von Grundversorgung durch die lokalen und regionalen Fernsehprogramme zu sprechen.

Das dritte Problemfeld ist, dass Art. 23 Abs. 2 S. 1 BayMG, wonach die Landeszentrale die nach Art. 26 BayMG genehmigten lokalen und regionalen Fernsehanbieter mit der öffentlichen Aufgabe, die bestehende Vielfalt der Meinungen im jeweiligen Versorgungsgebiet durch qualitätvolle Fernsehprogramme in gleichgewichtiger Weise zum Ausdruck bringen, betrauen kann<sup>300</sup>. Aus dem Wort „kann“ wird deutlich, dass es sich hierbei um eine Ermessensvorschrift handelt. Ein zwingender Charakter der Betrauung mit einem öffentlichen Auftrag ist nicht gegeben, wobei jedoch die zwingenden Vorgaben des Art. 111a Abs. 1 S. 6 BV<sup>301</sup> bei der Betrauung durch die Landeszentrale für neue Medien zu berücksichtigen sind. Rechtsdogmatisch spricht auch dieser Aspekt dagegen, dass noch von einem Grundversorgungsauftrag der regionalen und lokalen Fernsehsender gesprochen werden kann.

## 9. Ergebnis zur Grundversorgung

Insofern bestehen bereits nach der rechtlichen und tatsächlichen Ausgestaltung des Bayerischen Mediengesetzes für lokale und regionale Fernsehanbieter große Zweifel an dem seitens der Landeszentrale für neue Medien geltend gemachten Grundversorgungsauftrag dieser Anbieter. Nach richtigem Verständnis ist der Grundversorgungsauftrag nicht privatisierbar<sup>302</sup>.

Die Bedenken bestehen insbesondere dahingehend, dass die staatlichen Mittel die rechtliche Existenz dieser Anbieter nicht garantieren können und sollen, diese folglich im Gegensatz zu den klassischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten insolvent werden können und die Grundversorgung in dem von dem Anbieter zu versorgenden Gebiet nicht mehr gewährleistet ist.

<sup>300</sup> Der Ermessensvorschrift kam ebenfalls im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit des bayerischen Systems mit den europarechtlichen Vorgaben Relevanz zu, siehe oben unter C.I.6.c.

<sup>301</sup> Hierzu Lindner/Möstl/Wolff-Möstl, Verfassung des Freistaats Bayern, 2009, Art. 111a BV, Rdnr. 15.

<sup>302</sup> Bethge, Verfassungsvorrang der öffentlich-rechtlichen Grundversorgung, Media Perspektiven 1992, S. 624; Scheble, Perspektiven der Grundversorgung, 1994, S. 155 f.; Hesse, Rundfunkfreiheit, 3. Aufl. 2003, IV. Rdnr. 18.

Weiterhin ist die technische Versorgung von nur siebzig von Hundert der Fernsehnutzer eines Versorgungsgebiets nicht ausreichend, um von einer Grundversorgung der Bevölkerung mit einem lokalen oder regionalen Fernsehprogramm zu sprechen. Auch ist die „Kann-Regelung“ der Betrauung nicht über alle rechtlichen Zweifel erhaben und zumindest verfassungskonform bzw. europarechtskonform auszulegen. Gleiches gilt auch hinsichtlich der strikten zeitlichen Vorgaben des Art. 23 Abs. 2 S. 5 BayMG, wo zumindest fraglich ist, ob diese für die Erfüllung eines Grundversorgungsauftrags ausreichend sind.

Das gefundene Ergebnis steht auch im Einklang mit den Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags im oben verstandenen Sinn. Weder die Bayerische Verfassung noch das Bayerische Mediengesetz verlangen, dass die privaten lokalen oder regionalen Fernsehanbieter einen Grundversorgungsauftrag ausführen. Dies geschieht nur nach dem politisch und nicht rechtlich zu verstehenden Selbstverständnis der Landeszentrale. Diesem politischen Willen kommt keine rechtliche Gestaltungskraft zu.

Mithin bleibt zu konstatieren, dass die bayerische Rechtsordnung nach dem vorzugswürdigen Verständnis im Einklang mit den Regelungen des § 11 RStV und des ihn umsetzenden Art. 1 Abs. 2 S. 3, Art. 2 Abs. 1 BayRG steht und der dort enthaltene Grundversorgungsauftrag sich nur auf den Bayerischen Rundfunk bezieht. Eine Erweiterung auf private Anbieter findet nach dem vorzugswürdigen Verständnis gesetzlich nicht statt, und eine Parzellierung der Grundversorgung ist im Hinblick auf das Informationserlangungsvermögen der Rundfunknutzer auch nicht wünschenswert.

### III. Staatsferne des Rundfunks

Weiterhin war als dritter Hauptaspekt zu untersuchen, ob bei den privaten regionalen und lokalen Fernsehanbietern im Freistaat Bayern von der erforderlichen Staatsferne der Rundfunkanbieter gesprochen werden kann. Aus der bereits mehrfach erwähnten Stellung der Rundfunkfreiheit als dienender Freiheit<sup>303</sup> hat das Bundesverfassungsgericht die Freiheit des Rundfunks vor staatlicher Beherrschung und Einflussnahme festgeschrieben<sup>304</sup>. Aus der Staatsferne folgt auch die Programmautonomie der Anstalten<sup>305</sup>. Der Rundfunk ist daher programminhaltlich und finanziell „staatsfrei“ zu organisieren, so dass die Landeszentrale für neue Medien nicht Teil der mittelbaren Staatsverwaltung sein darf<sup>306</sup>. Geschmacks- und Niveauekontrollen beim Privatfernsehen sind dem Staat versagt<sup>307</sup>, was im Rahmen der bayerischen Rundfunkordnung durch den öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalt umgangen wird.

Die Staatsferne bzw. -freiheit ist aus mehreren Gesichtspunkten heraus für den von der Landeszentrale für neue Medien veranstalteten lokalen und regionalen Rundfunk untersuchenswert. Zum einen aufgrund der genauen gesetzlichen Vorgaben des Bayerischen Mediengesetzes, wozu insbesondere die Finanzierung der lokalen und regionalen Fernsehanbieter aus staatlichen Mitteln, die genannten Anbieter erhalten ca. 30% ihres Budgets aus staatlichen Mitteln<sup>308</sup>, gehört, und zum anderen hinsichtlich der Struktur des Aufsichtsgremiums.

#### 1. Genaue gesetzliche Vorgaben, insbesondere zur Finanzierung der privaten lokalen und regionalen Fernsehanbieter

Das Bayerische Mediengesetz enthält in den oben bereits erwähnten Art. 23 Abs. 2 S. 5 Nr. 1 und 2 BayMG sehr genaue zeitliche und programminhaltliche Vorgaben,

<sup>303</sup> Siehe oben unter C.I.3.a.aa.

<sup>304</sup> BVerfGE 74, 297, 323 f.; E 87, 181, 197; Sachs-*Bethge*, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 5 GG, Rdnr. 96.

<sup>305</sup> Hahn/Vesting-*Goerlich*, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2008, Vorbemerkung Rdnr. 5.

<sup>306</sup> *Kahl*, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 500 f.; Sachs-*Bethge*, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Rdnr. 101 Fn. 308.

<sup>307</sup> *Bethge*, Über die Zulässigkeit privaten Rundfunks, in: Arndt u. A. (Hrsg.), Völkerrecht und deutsches Recht, FS Rudolf, 2001, S. 405/413 ff.

<sup>308</sup> Siehe oben Fußnote 8.

die von der Landeszentrale bei der Genehmigung der lokalen und regionalen Fernsehanbieter zu berücksichtigen sind.

### **a. Verbot einer detailgetreuen staatlichen Regelung**

Unter dem Gesichtspunkt der Staatsferne des Rundfunks ist dies verfassungsrechtlich höchst bedenklich, da aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG das Verbot einer detailgetreuen staatlichen Regelung hinsichtlich des zur öffentlich-rechtlichen Funktionserfüllung erforderlichen Programmumfangs folgt<sup>309</sup>. Zwar entscheidet die Landeszentrale für neue Medien gemäß Art. 23 Abs. 7 S. 4 BayMG in eigener Verantwortung über das Vorliegen der Zuwendungsvoraussetzungen. Hieraus kann die notwendige Staatsferne des Einflusses auf den Programminhalt jedoch nicht geschlossen werden, da die Vorgaben von Art. 23 Abs. 2 S. 5 Nr. 1 und 2 BayMG zwingend sind und kein Raum für eine "eigene" Entscheidung der Landeszentrale verbleibt. Die "eigene Verantwortung" stellt vielmehr nur klar, dass keine andere staatliche Stelle den Genehmigungsbescheid erlässt<sup>310</sup>. Somit besteht ein Zusammenhang zwischen der Finanzierung der Anbieter und deren Programminhalte, welche exakt vom staatlichen Gesetzgeber vorgegeben werden.

### **b. Finanzierung der privaten lokalen und regionalen Fernsehanbieter**

Im Bereich der Finanzierung des Rundfunks kommt es hinsichtlich der erforderlichen Staatsferne zu einem weiteren Spannungsverhältnis zwischen staatlicher Einflussnahme und Finanzierung des Rundfunks<sup>311</sup>. Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist dabei die Finanzierung durch Gebühren seitens des Bundesverfassungsgerichts anerkannt<sup>312</sup>. Bestandteil des Rechtsinstituts der Staatsferne ist überdies, dass die Entscheidung über die Finanzausstattung nicht zur (politischen) Einflussnahme auf das Programm missbraucht werden darf<sup>313</sup>.

<sup>309</sup> So auch *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2009, S. 56; vgl. BVerfGE 119, 181/222.

<sup>310</sup> Anders für die Finanzierungsentscheidung: *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2009, S. 57.

<sup>311</sup> *Petersen*, Medienrecht, 4. Aufl. 2008, § 2, Rn. 26.

<sup>312</sup> Zuletzt BVerfGE 119, 181 ff.

<sup>313</sup> *Petersen*, Medienrecht, 4. Aufl. 2008, § 2 Rdnr. 26.

Nach den bereits genannten, vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätzen, ist der Rundfunk frei von medienpolitischen Zielsetzungen zu finanzieren<sup>314</sup>. Das Gericht hat die gesetzgeberische Umgrenzung des Finanzbedarfs gebilligt, jedoch der Genauigkeit der gesetzgeberischen Vorgaben enge Grenzen gesetzt<sup>315</sup>. Exakte gesetzgeberische Maßstäbe würden eine Festlegung der Art und Weise der Funktionserfüllung voraussetzen, die nicht mehr Gebrauch der Freiheitsverbürgung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG wäre, sondern reiner Vollzug eines vorgegebenen Programms<sup>316</sup>.

Für die bayerischen lokalen und regionalen Fernsehanbieter ist hierbei zu bedenken, dass sie sich, anders als der öffentlich-rechtliche Bayerische Rundfunk, direkt aus staatlichen Mitteln und nicht indirekt über Gebühren finanzieren. Darüber hinaus steht die Letztverantwortung für das Programm gemäß Art. 25 ff. BayMG der Landeszentrale als öffentlich-rechtlicher Anstalt und nicht den privaten lokalen und regionalen Fernsehanbietern zu. Von Staatsferne des Rundfunks kann in dieser Konstellation kaum noch gesprochen werden.

Zu diesem Ergebnis kommt auch *Müller-Terpitz* in seinem Gutachten zur Finanzautonomie der Landeszentrale für neue Medien, wobei er auf die finanzielle Zweckbindung der staatlichen Gelder rekurriert. Danach sind vom Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers Regelungen nicht gedeckt, die in detailgetreuer Weise unmittelbaren oder mittelbaren Einfluss auf die konkrete Aufgabenerledigung durch den Rundfunkträger, hier die Landeszentrale, nehmen. Dies sei in der Neufassung des Bayerischen Mediengesetzes geschehen, da die Landeszentrale durch den Gesetzgeber verpflichtet wird, einen bestimmten Anteil ihrer Finanzmittel für eine bestimmte Aufgabe zu verwenden, und somit der Gesetzgeber und nicht die Landeszentrale konkrete Aufgabenverantwortung in Gestalt finanzieller Verantwortung wahrnimmt. Ferner bleiben die unmittelbaren finanziellen Vorgaben nicht ohne Wirkung auf sonstige finanzielle Verpflichtungen der Landeszentrale für neue Medien<sup>317</sup>. Die dargestellte Ansicht wird auch durch die

<sup>314</sup> BVerfGE 119, 181, 220; E 90, 60, 93 ff., 101. ff.

<sup>315</sup> BVerfGE 119, 181, 221.

<sup>316</sup> BVerfGE 119, 181, 222.

<sup>317</sup> Vgl. zum Ganzen: *Müller-Terpitz*, Die Finanzautonomie der Bayerischen Landeszentrale für Neue Medien im Lichte der aktuellen Förderung lokaler und regionaler Fernsehangebote, Kurzgutachten, 2010, S. 54 Punkt 7. Zur Fragestellung bereits *Hoffmann-Riem*, Finanzierung und Finanzkontrolle der Landesmedienanstalten, 1993, S. 95 ff.



Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes gestützt, wonach die Verteilung der verfügbaren Mittel innerhalb der Organisation der Landeszentrale allein deren Sache sei<sup>318</sup>. Aufgrund der detailgenauen Vorgaben bestehen auch Bedenken hinsichtlich der erforderlichen Abstraktheit eines Gesetzes und in Bezug auf die Frage, ob es sich bei der Regelung um ein allgemeines Gesetz handelt<sup>319</sup>.

Auf juristische Bedenken stößt in diesem Zusammenhang letztlich auch die fehlende gesetzliche Bestimmung der Höhe der absolut zur Verfügung stehenden Fördermittel. Zwar enthält der bayerische Staatshaushalt einen diesbezüglichen Finanztitel, dennoch hat jeder Rundfunkanbieter einen (bundesverfassungsrechtlichen) Anspruch auf funktionsgerechte Ausstattung und Finanzierung, wenn er mit einer öffentlichen Aufgabe wie der Erbringung eines lokalen und regionalen Fernsehprogramms im Sinne des Art. 23 Abs. 1 BayMG betraut wird. Insoweit kommt ihnen ein bundesverfassungsrechtlicher Rechtsanspruch auf Förderung zu, der nicht landesrechtlich vom bayerischen Gesetzgeber ausgeschlossen oder gedeckelt werden kann<sup>320</sup>.

### c. Zwischenergebnis

Die Untersuchung zur Staatsferne hat bislang aufgezeigt, dass die bayerischen Regelungen den bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben nicht gerecht werden. Die bayerischen programminhaltlichen Regelungen sind zu detailgetreu und die Finanzierung der Anbieter aus staatlichen Mitteln ist zu staatsnah.

<sup>318</sup> BayVerfGHE 52, 143; *Müller-Terpitz*, Die Finanzautonomie der Bayerischen Landeszentrale für Neue Medien im Lichte der aktuellen Förderung lokaler und regionaler Fernsehangebote, Kurzgutachten, 2010, S. 54 Punkt 8. Hinsichtlich der überzeugenden Auseinandersetzung mit den entgegenstehenden Argumenten des OVG Münster siehe *Müller-Terpitz*, Die Finanzautonomie der Bayerischen Landeszentrale für Neue Medien im Lichte der aktuellen Förderung lokaler und regionaler Fernsehangebote, Kurzgutachten, 2010, S. 30 ff.

<sup>319</sup> Hierzu jeweils vertieft: *Müller-Terpitz*, Die Finanzautonomie der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien im Lichte der aktuellen Förderung lokaler und regionaler Fernsehangebote, Kurzgutachten, 2010, S. 55 Punkt 9 und S. 56 Punkt 12.

<sup>320</sup> So auch *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2009, S. 59.

## 2. Zusammensetzung des Aufsichtsgremiums

Anderes gilt im Ergebnis allerdings für die Zusammensetzung des Aufsichtsgremiums Medienrat, wie er in Art. 13 BayMG niedergelegt ist. Die Staatsfreiheit des Rundfunks soll bei Aufsichts- oder Kontrollgremien nach herrschender Meinung nicht dadurch aufgehoben werden, dass in ihnen Vertreter der staatlichen Seite Sitz und Stimme haben, wenn den staatlichen Vertretern nicht das ausschlaggebende Gewicht eingeräumt wird<sup>321</sup>. Art. 111a Abs. 2 S. 3 BV stellt dabei die Grenze von einem Drittel auf, die allgemein als zulässig angesehen<sup>322</sup> und von der Vorschrift des Art. 13 BayMG auch nicht überschritten wird.

Verfassungsrechtlich noch nicht abschließend geklärt und zumindest fraglich ist, ob den vom Staat entsandten Vertretern ein zu großer Einfluss auf die Entscheidungen des Medienrats zukommt. In dieser Angelegenheit ist zurzeit eine Normenkontrollklage vor dem Bundesverfassungsgericht wegen der Bestimmungen des ZDF-Staatsvertrags anhängig, deren Entscheidung abzuwarten ist.

## 3. Ergebnis zur Staatsferne

Aus den oben genannten Gründen ist es sehr fraglich, ob hinsichtlich des genau definierten zeitlichen und inhaltlichen Programmumfangs als auch hinsichtlich der direkten Finanzierung aus staatlichen Mitteln von der notwendigen Staatsferne der Landeszentrale gesprochen werden kann. Vielmehr sprechen die vorzugswürdigen Begründungen für einen Verstoß der bayerischen Vorschriften gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.

<sup>321</sup> Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner, *Verfassung des Freistaats Bayern*, Art. 111a BV Rdnr. 72.

<sup>322</sup> Nawiasky/Schweiger/Knöpfle-Stettner, *Verfassung des Freistaats Bayern*, Art. 111a BV Rdnr. 72; *Lerche*, in: Bullinger/Kübler (Hrsg.), *Rundfunkorganisation und Kommunikationsfreiheit*, 1979, S. 76 f. Zur anderen Beurteilung hinsichtlich der Zusammensetzung der Kommission für Jugendmedienschutz, siehe Hahn/Vesting-Held/Schulz, *Rundfunkrecht*, 2. Aufl. 2008, Kommission für Jugendmedienschutz Rdnr. 16 f.

#### IV. Aufgabenvermischung der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien

Weiterer Bestandteil der Untersuchung ist die Fragestellung, inwieweit eine Beteiligung der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien an der Finanzierung rechtlich zulässig ist, da diese ebenfalls die Aufsicht über die angebotenen Programme ausübt. Die Landeszentrale ist gemäß Art. 11 S. 2 Nr. 8 BayMG Genehmigungs-, Aufsichts- und Finanzierungsausstattungsbehörde mit eigenem Satzungsrecht, Art. 23 Abs. 12 BayMG.

Die Bayerische Landeszentrale für neue Medien ist eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Ihr kommt eine juristische Mehrfachstellung zu. Sie ist einerseits Hoheitsträger, andererseits verfügt sie über eine Eigenständigkeit gegenüber dem Staat<sup>323</sup>. Zu ihren Aufgaben gehört die Überwachung der Einhaltung des bayerischen Mediengesetzes durch die privaten Rundfunkbetreiber. Ferner weist sie im Rahmen ihres Auftrags Übertragungskapazitäten zu, entscheidet über die Zulassung Privater zum Rundfunk und die Zusammenstellung des Programms. Bei der Zuteilung der Übertragungskapazitäten kann eine Auswahl zwischen den Sendern nur erfolgen, wenn keine ausreichenden Übertragungskapazitäten zur Verfügung stehen und keine Einigung zwischen den Beteiligten zustande kommt<sup>324</sup>. Gemäß Art. 23 Abs. 7 S. 3 BayMG leitet die Landeszentrale die Mittel an die Zuwendungsberechtigten weiter, wobei sie gemäß S. 4 in eigener Verantwortung über das Vorliegen der Zuwendungsvoraussetzungen entscheidet. Die Höhe der Förderung wird ebenfalls in eigener Verantwortung selbständig und unabhängig durch die Landeszentrale festgelegt.

Die Förderung der Anbieter geschieht durch die Fördersatzung<sup>325</sup>, so dass die rechtsfähige Anstalt „Bayerische Landeszentrale für Neue Medien“ ebenfalls als Rechtsetzungsorgan tätig wird. Das Tätigwerden als Legislativorgan ist für öffentliche Anstalten als Selbstverwaltungskörperschaften allerdings nicht ungewöhnlich<sup>326</sup> und

<sup>323</sup> *Fechner*, Medienrecht, 10. Aufl. 2009, Kap. 10, Rn. 199; *Petersen*, Medienrecht, 4. Aufl. 2008, § 13 Rn. 20.

<sup>324</sup> *Fechner*, Medienrecht, 10. Aufl. 2009, Kap. 10, Rn. 205.

<sup>325</sup> Satzung über die Förderung von lokalen und regionalen Fernsehangeboten nach dem Bayerischen Mediengesetz vom 17. Dezember 2007 (Bayerischer Staatsanzeiger Nr. 51/52 vom 21.12.2007), zuletzt geändert durch Satzung vom 19. November 2009 (Bayerischer Staatsanzeiger Nr. 48 vom 27.11.2009).

<sup>326</sup> Vgl. die Selbstverwaltungskörperschaft „IHK“ nach dem Gesetz zur vorläufigen Regelung der Industrie- und Handelskammern (IHK-Gesetz), BGBl. I 1956, 920. Vertieft bei: Frentzel/Jäkel/Junge-

verfassungsrechtlich nach dem Grundgesetz und der Bayerischen Verfassung unproblematisch, da eine ausreichende demokratische und rechtsstaatliche Rückbindung der Landeszentrale besteht<sup>327</sup>, die gemäß Art. 19 BayMG im Wege der Rechtsaufsicht durch den Staat durchgesetzt werden kann.

Die Wechselwirkung der Landeszentrale für neue Medien zwischen Organisationshoheit und Freiheitsverwirklichung ergibt sich aus ihrer Bindung an die Doppelstruktur des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Insofern kann aus der bestehenden Aufgabenvermischung der Landeszentrale in der momentan bestehenden Struktur kein Rechtsverstoß erkannt werden.

---

*Möllering*, Industrie- und Handelskammergesetz, 7. Aufl. 2009, Einf. Rdnr. 11 ff.; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008, Rdnr. 146.

<sup>327</sup> Vertiefend untersucht bei *Bumke*, Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, 1995, S. 239 ff.

## V. Europäisches Wettbewerbsrecht

Als abschließender Punkt der Untersuchung ist die Vereinbarkeit des bayerischen Finanzierungssystems mit den Wettbewerbsvorschriften der Europäischen Union zu analysieren. Die Finanzierung der privaten Lokalfernsehanbieter im Freistaat Bayern aus staatlichen Mitteln könnte gegen das in den Art. 107 ff. AEUV niedergelegte Beihilfenrecht der Europäischen Union verstoßen, wobei der Rechtfertigungsgrund des Art. 106 Abs. 2 AEUV besonders zu berücksichtigen ist.

Vorab ist festzustellen, dass kommerzielle Rundfunkanbieter ebenfalls gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Sinne des europäischen Unionsrechts unterliegen können. Sie tragen nach Ansicht der EU-Kommission nicht nur dazu bei, den Pluralismus zu wahren, sondern sie bereichern ferner die kulturelle und politische Debatte und vergrößern die Programmauswahl<sup>328</sup>. Auf dem lokalen Fernsehmarkt des Freistaats Bayern existiert neben den jeweils mit einem Monopol für die Senderegion ausgestatteten privaten lokalen und regionalen Fernsehanbietern noch ein aus Gebührenmitteln finanziertes Angebot des Bayerischen Rundfunks, welches sich auch lokalen und regionalen Themen widmet. Beide Angebote dürften nach Ansicht der EU-Organe aus staatlichen Mitteln bezahlt werden, da ihrer Ansicht nach die Rundfunkgebühren „staatliche Mittel“ sind<sup>329</sup>. Das Nebeneinander von öffentlichen und privaten Medienveranstaltern wird seitens der Union anerkannt<sup>330</sup>.

<sup>328</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, 2009 C 257/01, Rn. 16.

<sup>329</sup> EuG, verb. Rs. T-309/04, T-317/04, T-329/04 u. T-336/04, *TV 2*, Slg. 2008, Rn. 158 f. für die dänische Regelung. Auch vergaberechtlich stellen die deutschen Rundfunkgebühren eine „Finanzierung durch den Staat“ dar, vgl. EuGH, C-337/06, *BR, ZDF u. a. gegen GEWA*, EuZW 2008, 80, Rn. 49. Anderer Ansicht *Krausnick*, Das deutsche Rundfunksystem unter dem Einfluß des Europarechts, 2005, der die staatliche Herkunft der Gebühren im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV ablehnt, S. 314 m. w. N. aus dem deutschen Schrifttum. Der Meinungsstreit im Schrifttum erscheint durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zurzeit gelöst zu sein. Zur Beihilfeproblematik im klassischen öffentlich-rechtlichen Rundfunk vertieft *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3 Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, S. 169 ff.

<sup>330</sup> Vgl. die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (Richtlinie 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. 2007 L 332/27), wonach sich der europäische Markt für audiovisuelle Mediendienste durch die Koexistenz privater und öffentlich-rechtlicher Anbieter auszeichnet.

## 1. Beihilfen

Einschlägige Vorschrift für aus öffentlichen Mitteln fließende Subventionen ist Art. 107 Abs. 1 AEUV. Gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art mit dem Binnenmarkt unvereinbar, wenn sie durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und dadurch der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird. Die Norm statuiert ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt<sup>331</sup>. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrages bereits bestehende und nach dessen Inkrafttreten weiter geltende Beihilfen<sup>332</sup> unterliegen laut Art. 108 Abs. 1 AEUV einem repressiven Aufsichtsverfahren, danach neu eingeführte einem präventiven, Art. 108 Abs. 3 AEUV<sup>333</sup>.

Der für die Auslegung der Vorschrift allein zuständige Europäische Gerichtshof vertritt ein weites Verständnis des Beihilfenbegriffes, wie sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift („Beihilfen gleich welcher Art“) ergibt<sup>334</sup>. Entscheidend ist danach nicht der Zweck der staatlichen Maßnahme, sondern deren Auswirkung<sup>335</sup>. Genügend ist die Gewährung eines wie auch immer gearteten Vorteils an ein Unternehmen<sup>336</sup>, der zumindest mittelbar aus staatlichen Mitteln stammen muss<sup>337</sup>. Erfasst wird die Übertragung öffentlicher, dem Staat zurechenbarer Mittel<sup>338</sup>, wobei das Unternehmen die Leistung ohne marktübliche Gegenleistung erlangt haben muss<sup>339</sup>. Ebenfalls als Beihilfen sind Quersubventionierungen zu verstehen<sup>340</sup>.

<sup>331</sup> Vgl. *Kirchhof*, Gutachten über die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2010, S. 74.

<sup>332</sup> Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl. 1999 L 83/1. Die vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon erlassenen sekundärrechtlichen Vorschriften gelten weiter, vgl. Art. 9 Protokoll Nr. 36 zum Vertrag von Lissabon. Nach Art. 51 EUV sind die Protokolle Bestandteil der Verträge.

<sup>333</sup> Vgl. *Kirchhof*, Gutachten über die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2010, S. 74.

<sup>334</sup> *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3 Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, S. 52, Rdnr. 171.

<sup>335</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. 2009 C 257/1), Rn. 21.

<sup>336</sup> EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747; *Koenig/Kühling*, Grundfragen des EG-Beihilfenrechts, NJW 2000, 1065/66, *Grabitz/Hilf-von Wallenberg*, Art. 87 EGV, Rn. 12.

<sup>337</sup> EuGH, verb. Rs. C-34/01-38/01, *Enirisorse*, MMR 2004, 86, Rn. 26; *Grabitz/Hilf-von Wallenberg*, Art. 87 EGV, Rn. 35, 93.

<sup>338</sup> EuGH, Rs. C-303/88, *Textilbeihilfen*, Slg. 1991, I-1433, Rn. 11; EuGH, Rs. C-344/98, *Masterfoods*, Slg. 2000, I-3271; *Thum*, Vereinbarkeit der Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit EG-Beihilfenrecht, NVwZ 2007, 521/523.

<sup>339</sup> *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 7. Aufl. 2010, Rn. 1134.

<sup>340</sup> EuGH, Rs. C-39/94, *SFEI/La Poste*, Slg. 1996, I-3547; *Lenz/Borchardt-Kreuschitz*, EU-Verträge, 5. Aufl. 2010, Art. 107 AEUV, Rdnr. 14.

## a. Vorteilsgewährung

Den privaten lokalen und regionalen Fernsehanbietern muss dabei ein Vorteil gewährt werden. Der gewöhnliche unbeeinflusste Wirtschaftsprozess muss durch den staatlichen Vorteil negativ beeinflusst werden. Das ist bei einer fehlenden Kompensation gegeben<sup>341</sup>. Der wettbewerbsrechtliche Vorteil wird daher anhand des (private) *market investor*-Testes festgestellt, wobei danach zu fragen ist, ob das betreffende Unternehmen die gleiche Leistung zu den gleichen Bedingungen auf dem freien Markt erhalten hätte.

Die den privaten lokalen und regionalen Rundfunkanbietern im Freistaat Bayern zufließenden Finanzmittel stammen gemäß Art. 23 Abs. 7 BayMG aus dem Staatshaushalt und werden von der Landeszentrale an die Zuwendungsberechtigten weitergeleitet, Art. 23 Abs. 7 S. 3 BayMG. Eine europarechtliche relevante, marktangemessene<sup>342</sup> ökonomische Gegenleistung wird den Rundfunkanbietern nicht auferlegt, das Erfüllen von Zuwendungsvoraussetzungen (Art. 23 Abs. 7 S. 4 BayMG) durch die privaten Rundfunkanbieter erfüllt das Kriterium der Gegenleistung nicht. Die bayerischen lokalen und regionalen Fernsehanbieter erhalten folglich kostenfreie, auf dem freien Markt nicht zu erhaltende Zuschüsse für das Erbringen ihrer Leistung.

Vom Beihilfenverbot wird jedoch nur die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige erfasst, da es sich bei dem Beihilfenbegriff um einen objektiv zu bestimmenden Terminus handelt. Es kommt allein darauf an, ob eine staatliche Maßnahme einem bestimmten Unternehmen einen Vorteil verschafft oder nicht<sup>343</sup>. Wenn eine Fördermaßnahme unterschiedslos der gesamten Wirtschaft zugutekommt, ist der unionsrechtliche Beihilfenbegriff nicht erfüllt<sup>344</sup>. Keine Beihilfe ist mithin gegeben, wenn aus staatlichen Mitteln allgemeine Maßnahmen der

<sup>341</sup> Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3 Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, S. 54, Rdnr. 174 ff.

<sup>342</sup> Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 7. Aufl. 2010, Rn. 1135. Entscheidend für die Beurteilung des Vorliegens einer Gegenleistung ist eine ökonomische Betrachtung. Die Gegenleistung würde auch fehlen, wenn sie dem gewährten Vorteil nicht entsprechen würde. Die für die Finanzierung zu erfüllende Voraussetzung der öffentlichen Betrauung im Sinne des Art. 23 Abs. 1 S. 1 BayMG erfüllt das Gegenleistungskriterium nicht.

<sup>343</sup> EuG, verb. Rs. T-228/99 u. 233/99, *WestLB/Kommission*, Slg. 2003, II- 435, 499, Rdnr. 180.

<sup>344</sup> Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 7. Aufl. 2010, Rn. 1150.

Wirtschaftspolitik gefördert werden, da dann der notwendige wettbewerbshindernde Charakter der staatlichen Mittel nicht vorliegt.

Davon kann bei der Förderung der lokalen und regionalen Fernsehanbieter im Freistaat Bayern nicht gesprochen werden, da eine allgemeine Maßnahme nur dann vorliegt, wenn sie nach völlig objektiven Kriterien, vollkommen automatisch und ohne jeden Ermessensspielraum auf alle Unternehmen im Geltungsbereich anzuwenden ist<sup>345</sup>. Ausreichend ist bereits die Eignung der Beihilfe, lediglich bestimmte Unternehmen zu begünstigen und nicht die Wirtschaft allgemein<sup>346</sup>. Die Förderung kommt vorliegend überdies nur den privaten Rundfunkanbietern im Freistaat Bayern zugute, demzufolge liegt eine gesamtwirtschaftliche Förderung nicht vor. Durch die finanzielle Unterstützungsleistung werden bestimmte Rundfunkunternehmen bevorteilt, eine allgemeine Wirtschaftsförderung ist nicht gegeben.

Mithin liegt eine Vorteilsgewährung vor und die staatlichen Finanzmittel sind als Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren; wenn sie nicht als „De-minimis“-Beihilfen anzusehen sind oder die Kriterien der so genannten Altmark Trans-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs<sup>347</sup> erfüllen. Dies wird im Folgenden erörtert werden.

## **b. „De-minimis“-Beihilfen**

Keine Anwendung findet Art. 107 AEUV gemäß Art. 2 Abs. 1 der in diesem Zusammenhang heranzuziehenden VO 1998/2006<sup>348</sup> auf „De-minimis“-Beihilfen. Darunter sind laut der in Art. 2 Abs. 2 S. 1 VO 1998/2006 enthaltenen Legaldefinition solche Beihilfen zu verstehen, die in einem Zeitraum von drei Steuerjahren den Betrag von 200.000 EUR nicht übersteigen. Der Höchstbetrag gilt dabei für „De-

<sup>345</sup> EuGH, Rs. C-256/97, *Déménagements-Manutention Transport*, Slg. 1999, I-3913; Lenz/Borchardt-Kreuschitz, EU-Verträge, 5. Aufl. 2010, Art. 107 AEUV, Rdnr. 22. Dies gilt auch bei Vorliegen einer regionalen Selektivität, Lenz/Borchardt-Kreuschitz, EU-Verträge, 5. Aufl. 2010, Art. 107 AEUV, Rdnr. 25.

<sup>346</sup> Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3 Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, S. 227, Rdnr. 630.

<sup>347</sup> EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747.

<sup>348</sup> Vom 15. 12. 2006, Verordnung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, Abl. 2006 L 379/5. Die Verordnung gilt für den Zeitraum 1. Januar 2007 bis 31. Dezember 2013. Die Verordnungsermächtigung der Kommission ergibt sich aus der VO 994/98 des Rates vom 7. Mai 1998 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABI. 1998 L 142/1.



„de-minimis“-Beihilfen gleich welcher Art und Zielsetzung und unabhängig davon, ob die von dem Mitgliedstaat gewährte Beihilfe ganz oder teilweise aus Unionsmitteln bezahlt wird<sup>349</sup>. In dem Wirtschaftsplan der Landeszentrale für neue Medien ist ein Posten in Höhe von 9 Millionen EUR als Förderung nach Art. 23 BayMG enthalten. Bei 16 Anbietern und einer zugrunde gelegten gleichmäßigen Verteilung des Förderbetrages würde dies eine Förderung von 264.000,00 EUR pro Anbieter pro Jahr bedeuten. Der „de-minimis“-Charakter der Beihilfen ist mithin zu verneinen<sup>350</sup>.

### c. Altmark Trans-Rechtsprechung

Der Gerichtshof der Europäischen Union nimmt in ständiger Rechtsprechung seit dem Urteil in der Rechtssache *Altmark Trans*<sup>351</sup> staatliche Zahlungen für die private Gewährleistung für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse aus dem Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV aus. Hier könnten die staatlich gewährleisteten Leistungen einen finanziellen Ausgleich für die Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, der Meinungsbildung auf lokaler Ebene durch das Anbieten eines lokalen Fernsehprogramms, darstellen.

Der Europäische Gerichtshof hat in der genannten Rechtssache vier Voraussetzungen aufgestellt, die die staatlichen Zahlungen kumulativ<sup>352</sup> erfüllen müssen. Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. Zweitens sind die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent festzulegen. Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns ganz oder teilweise zu decken. Die vierte Voraussetzung stellt eine Einschränkung dar, die eingreift, wenn die Wahl des Unternehmens, welches mit der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraut werden soll, im konkreten Fall nicht in

<sup>349</sup> Siehe Art. 2 Abs. 2 S. 2 VO 1998/2006.

<sup>350</sup> Dies könnte für einige private Anbieter im Falle einer nicht gleichmäßigen Unterstützung aller bayerischen Anbieter anders zu beurteilen sein, wenn die Förderung für sie unter den genannten Grenzbeträgen läge. Dies kann hier jedoch mangels tatsächlicher Anhaltspunkte nicht untersucht werden.

<sup>351</sup> EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747.

<sup>352</sup> *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 7. Aufl. 2010, Rn. 1154.

einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge folgt, wonach die Auswahl des günstigsten Bewerbers möglich ist. In diesem Fall ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen bei der Erfüllung der Verpflichtungen entstanden wären<sup>353</sup>.

Beihilfen, welche die genannten Voraussetzungen erfüllen, bedürfen keiner Rechtfertigung, da sie aus dem Anwendungsbereich des in Art. 107 Abs. 1 AEUV definierten Beihilfeverbotes herausgenommen wurden. Als zumindest interpretatorische Hilfe ist der im Jahre 2005 seitens der Kommission erlassene Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden<sup>354</sup>, heranzuziehen<sup>355</sup>.

Hinsichtlich des bayerischen Betrauungssystems ist die Erfüllung der Kriterien zwei bis vier der oben genannten Rechtsprechung sehr fraglich. Hinsichtlich des Transparenzerfordernisses hat bereits *Wieland* in seinem Gutachten an der Vereinbarkeit von Art. 23 BayMG mit den europarechtlichen Vorgaben gezweifelt, da mit Ausnahme von Art. 23 Abs. 8 BayMG (und Art. 23 Abs. 9 BayMG im Falle einer Überkompensation) Regelungen, die hinreichend transparent die zu kompensierenden Kosten ausweisen, fehlen würden<sup>356</sup>. Die Kostenanalyse des vierten Kriteriums, welches aufgrund der fehlenden Vergabe im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung bei der Vergabe der Sendelizenzen für lokale und regionale Fernsehanbieter im Freistaat Bayern Anwendung finden dürfte, ist ebenfalls nicht gesetzlich vorgesehen<sup>357</sup>.

Demzufolge sind mangels Erfüllung der *Altmark Trans*-Kriterien die untersuchungsgegenständlichen staatlichen Mittel prinzipiell als Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren.

<sup>353</sup> Zu den Voraussetzungen im Einzelnen: EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 93.

<sup>354</sup> ABI. 2005 C 297/4.

<sup>355</sup> So ausdrücklich für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk: *Thum*, Vereinbarkeit der Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit EG-Beihilfenrecht, NVwZ 2007, 521/522; *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2009, S. 68.

<sup>356</sup> *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2009, S. 73 f., wobei er auf S. 74 zum überraschenden Ergebnis der Vereinbarkeit der landesgesetzlichen Regelung mit den *Altmark Trans*-Vorgaben kommt. Eine Prüfung der Kriterien drei und vier wird von ihm nicht vorgenommen.

<sup>357</sup> So im Ergebnis ebenfalls *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung auf S. 74.

## 2. Beeinflussung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Die ebenfalls erforderliche Beeinflussung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten ist gegeben, wenn eine von einem Staat aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im innerunionalen Handel verstärkt<sup>358</sup>. Dies ist bei aus staatlichen Mitteln geleisteten Zahlungen zur Aufrechterhaltung des Betriebs eines Unternehmens gegeben.

Die lokalen und regionalen Fernsehanbieter können nach Ansicht der Mehrheit des Bayerischen Landtags ein gehaltvolles Programm nicht allein aus Werbeeinnahmen erstellen<sup>359</sup>, so dass die staatlichen Unterstützungszahlungen erforderlich sind. Dadurch wird weiterhin die Stellung der Beihilfenempfänger im innerunionalen Handel gestärkt.

## 3. Verfälschung des Wettbewerbs

Eine Verfälschung des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten liegt ähnlich den seitens des Europäischen Gerichtshofs im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit entwickelten *Dassonville*-Kriterien<sup>360</sup> vor, wenn die gewährte Beihilfe tatsächlich oder potentiell in ein bestehendes oder zur Entstehung kommendes Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei Unternehmen eingreift<sup>361</sup>. Ausreichend ist dabei jede Verbesserung der Marktposition<sup>362</sup>. Dabei genügt die Beeinträchtigung eines Teilmarktes eines Mitgliedstaates<sup>363</sup>.

Die Marktposition der lokalen privaten Fernsehanbieter im Freistaat Bayern wird durch die staatliche Förderung verbessert, so dass dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt ist. Dabei ist zu beachten, dass das Bestehen einer zumindest potentiellen Wettbewerbssituation erforderlich ist, was bei einem prinzipiell freien Markt wie dem der lokalen und regionalen Fernsehanbieter im Freistaat Bayern gegeben ist, da der Zugang zum Markt prinzipiell allen Interessenten, welche die Anforderungen erfüllen,

<sup>358</sup> Rs. C-730/79, *Philip Morris*, Slg. 1980, 2671, Rn. 11; Rs. C-303/88, *Italien/Kommission*, Slg. 1991, I-1433, Rn. 27; Rs. C-156/98, *Deutschland/Kommission*, Slg. 2000, I-6857, Rn. 33.

<sup>359</sup> S. BayLandtag, DrS. 16/2341, S. 5.

<sup>360</sup> EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837.

<sup>361</sup> EuGH, Rs. 14/68, *Walt Wilhelm*, Slg. 1969, 1.

<sup>362</sup> *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 7. Aufl. 2010, Rn. 1152.

<sup>363</sup> *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3 Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, S. 247, Rdnr. 675 f.

nach Art. 25 BayMG offen steht. Abs. 4 der Vorschrift schränkt dies nur dann ein, wenn auf einer Frequenz ein Gesamtprogramm unter wirtschaftlich tragfähigen Rahmenbedingungen nicht mit allen Anbietern durchgeführt werden kann.

Die Wirkung der Beihilfe ist nicht nur auf den lokalen oder regionalen Raum beschränkt. Die untersuchungsgegenständlichen Fernsehanbieter werden durch die Beihilfe in die Lage versetzt, auf dem Werbemarkt besser zu agieren und somit auch Werbeeinnahmen von in anderen Mitgliedsstaaten ansässigen Unternehmen zu gerieren, die dem grenznahen Werbemarkt dann nicht mehr zur Verfügung stehen. Beispielsweise könnten Unternehmen aus Österreich oder Tschechien ihre Werbeausgaben zum Teil nach Deutschland umleiten, das entsprechende Budget stünde dann dort ansässigen Rundfunkunternehmen nicht mehr zur Verfügung. Weiters werden die lokalen und regionalen Fernsehanbieter durch die staatlichen Unterstützungszahlungen in die Position versetzt, aufgrund ihrer verbesserten Einnahmesituation grenzüberschreitend tätig zu werden, zum Beispiel könnten sie sich an grenznahen Medienunternehmen anderer Mitgliedsstaaten beteiligen.

#### **4. Zwischenergebnis**

Im Ergebnis sind die Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt, so dass die bayerische Finanzierung der lokalen und regionalen Fernsehanbieter aus staatlichen Mitteln eine Beihilfe im Sinne der Vorschrift darstellt.

#### **5. Rechtfertigungsmöglichkeiten**

Die bayerische Regelung könnte gemäß Art. 107 Abs. 3 AEUV, der Gruppenfreistellungsverordnung 800/2008 oder Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt sein.

##### **a. Rechtfertigung gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV**

Nach Art. 107 Abs. 3 AEUV können von der Kommission verschiedene Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden. Hierbei kommt der Kommission ein weiter Ermessensspielraum zu.

Im Bereich des Rundfunksektors kann Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV Relevanz zeigen<sup>364</sup>. Danach können Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes genehmigt werden, soweit sie nicht die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in einem Maße beeinträchtigen, welches dem gemeinsamen Interesse der Union zuwiderläuft. Der Begriff der Kultur wird vom Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union nicht definiert, bei der Bestimmung ist Art. 167 Abs. 4 AEUV zu beachten, wonach die Union bei ihrer Tätigkeit aufgrund anderer Bestimmungen der Verträge den kulturellen Aspekten Rechnung trägt, um insbesondere die Vielfalt ihrer Kulturen zu wahren und zu fördern<sup>365</sup>.

Bei der Anwendung der Vorschrift des Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV vertreten Kommission und Europäischer Gerichtshof in überzeugender und zuzustimmender Weise einen restriktiven Standpunkt, da die Rechtfertigungsmöglichkeiten als Ausnahmevorschriften dem Sinn und Zweck des Beihilfenverbotes entgegenstehen und insofern eng auszulegen sind<sup>366</sup>. Die Kommission wendet Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV nur an, wenn das Kulturgut eindeutig identifiziert und identifizierbar ist<sup>367</sup>. Weiter eingeschränkt wird dies zum einen dadurch, dass der Kulturbegriff auf den Inhalt und die Art des in Rede stehenden Produkts und gerade nicht auf das Medium oder seine Verbreitung per se anzuwenden ist<sup>368</sup>, und zum anderen durch die erforderliche Abgrenzung der bildungsbezogenen und der demokratischen Bedürfnisse eines Mitgliedstaats von der Förderung der Kultur<sup>369</sup>.

Diese Unterscheidung wird in der Regel seitens der staatlichen Stellen nicht vorgenommen. Weder der bayerische Gesetzgeber noch die Bayerische Landesanstalt für neue Medien nimmt die genannte Unterscheidung vor, da neben

<sup>364</sup> Vgl. Grabitz/Hilf-v. Wallenberg, Das Recht der Europäischen Union, Art. 87 EGV, Rdnr. 184.

<sup>365</sup> Lenz/Borchardt-Kreuschitz, EU-Verträge, 5. Aufl. 2010, Art. 107 AEUV, Rdnr. 60.

<sup>366</sup> EuG, Rs. T-8/06, *FAB Fernsehen aus Berlin GmbH*, Slg. 2009, II-0000, Rdnr. 87.

<sup>367</sup> NN 70/98, Staatliche Beihilfe für die öffentlichen Fernsehprogramme „Kinderkanal“ und „Phoenix“, ABI. 1999 C 238; NN 88/98, Finanzierung eines 24-stündigen werbungsfreien Nachrichtenkanals unter Lizenz der BBC, ABI. 2000 C 78; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABI. 2009 C 257/1), Rn. 34. Siehe auch Grabitz/Hilf-v. Wallenberg, Das Recht der Europäischen Union, Art. 87 EGV, Rdnr. 184 zur Vorgängermittelteilung ABI. 2001 C 320/5, 8, Rdnr. 26 f.

<sup>368</sup> N 458/04, Staatliche Beihilfe für Espacio Editorial Andaluza Holding sl., ABI. 2005 C 131; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABI. 2009 C 257/1), Rn. 34.

<sup>369</sup> NN 70/98, Staatliche Beihilfe für die öffentlichen Fernsehprogramme „Kinderkanal“ und „Phoenix“, ABI. 1999 C 238/3.

der Förderung kultureller Belange ebenfalls die Meinungsbildung der Bevölkerung im Mittelpunkt steht, vgl. Art. 23 Abs. 2 bis 4 BayMG.

Eine Rechtfertigung nach Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV kommt zusätzlich nur in Betracht, wenn die staatliche Förderung ausschließlich der Förderung kultureller Zwecke dient<sup>370</sup>, was vorliegend nicht gegeben ist. Der Ausnahmetatbestand des Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV kann somit in der zu untersuchenden Situation nicht vorliegen.

## **b. Gruppenfreistellungsverordnung**

Ferner könnte eine Rechtfertigung nach der allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung<sup>371</sup>, welche auch Beihilfen für kleinere und mittlere Unternehmen erfasst, gegeben sein. Dort genannte Beihilfen werden von der Kommission als rechtmäßig eingestuft und bedürfen keiner Notifizierung durch die Mitgliedstaaten.

Die privaten Lokalfernsehanbieter dürften die Legaldefinition eines kleineren oder mittleren Unternehmens im Sinne des Anhangs I der VO 800/2008 erfüllen<sup>372</sup>. Dies kann hier jedoch dahingestellt bleiben. Von der Verordnung werden laut Art. 15 VO 800/2008 nur Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen für kleinere und mittlere Unternehmen erfasst und nicht Beihilfen für die Durchführung des Geschäftsbetriebs. Nach Art. 15 Abs. 2 VO 800/2008 dürfte die Beihilfenintensität auch 20% der beihilfefähigen Kosten eines kleinen Unternehmens nicht überschreiten. Die Transferleistungen der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien betragen

<sup>370</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. 2009 C 257/1), Rn. 35.

<sup>371</sup> VO 800/2008 der Kommission vom 6. August 2008 zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag, ABl. 2008 L 214/3.

<sup>372</sup> Gemäß Art. 2 Abs. 1 Anhang I zur VO 800/2008 setzt sich die Größenklasse der Kleinstunternehmen sowie der kleineren und mittleren Unternehmen aus Unternehmen zusammen, die weniger als 250 Personen beschäftigen und die entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. EURO erzielen oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Mio. EURO beläuft. Kleinunternehmen sind laut Abs. 2 der genannten Vorschrift, Unternehmen, die weniger als 50 Personen beschäftigen und deren Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 10 Mio. EURO nicht übersteigt, während Kleinstunternehmen nach Abs. 3 Unternehmen sind, die weniger als 10 Personen beschäftigen und deren Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 2 Mio. EURO nicht überschreitet. Danach dürfte die Mehrzahl der sechzehn privaten lokalen und regionalen Fernsehanbieter in die Kategorie der Klein- bzw. Kleinstunternehmen einzugruppieren sein.

jedoch im Jahre 2009 27,7% der Erträge der privaten lokalen und regionalen Fernsehanbieter<sup>373</sup>.

Ferner können die staatlichen Unterstützungszahlungen nicht als Ausbildungsbeihilfe im Sinne der Art. 38 f. VO 800/2008 angesehen werden. Erforderlich ist, dass die Beihilfe eine allgemeine oder spezifische Ausbildungsmaßnahme im Sinne von Art. 38 Nr. 1, 2 VO 800/2008 darstellt. Ausbildungsmaßnahmen müssen dabei Qualifikationen vermitteln. Die staatlichen Zahlungen werden jedoch nicht geleistet, um Qualifikationen an Beschäftigte zu vermitteln, dies ist wohl nur ein Nebeneffekt der Tätigkeit eines Beschäftigten im Rahmen seiner Tätigkeit bei einem privaten regionalen oder lokalen Fernsehanbieter. Art. 39 VO 800/2008 sieht Grenzwerte vor, die nicht überschritten werden dürfen. Danach ist es erforderlich, dass einem Unternehmen „beihilfefähige Kosten“ für ein Ausbildungsvorhaben entstehen. Abs. 4 der Vorschrift enthält eine abschließende Aufzählung dieser Kosten, dazu gehören unter anderem Personalkosten für die Ausbilder, Reise- und Aufenthaltskosten für die Ausbilder und die Ausbildungsteilnehmer und sonstige Aufwendungen, die unmittelbar mit dem Vorhaben in Zusammenhang stehen. Notwendig wäre mithin ein entsprechendes Vorhaben der Fernsehanbieter, wofür staatliche Mittel ausgekehrt würden. Solche Vorhaben sind jedoch vorliegend nicht ersichtlich, so dass die privaten lokalen und regionalen Fernsehanbieter insoweit nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung 800/2008 fallen.

### **c. Vereinbarkeit der staatlichen Beihilfen mit Art. 106 Abs. 2 AEUV**

Eine besondere Rechtfertigungsmöglichkeit sowohl für die Wettbewerbsvorschriften als auch für die oben bereits angesprochene Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit stellt Art. 106 Abs. 2 AEUV dar.

Gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, nur insoweit, als die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Nach Satz 2 der Norm darf dadurch die Entwicklung des

<sup>373</sup> Siehe oben Fußnote 8.

Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft. Die Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV sind als Ausnahmegesetze eng auszulegen<sup>374</sup>.

#### **aa. Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse**

Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist schillernd und nur schwer greifbar. Bei der Ausfüllung kommt den Mitgliedstaaten der Union ein weiter Ermessensspielraum zu<sup>375</sup>, dennoch ist es ein genuin europarechtlich zu bestimmender Terminus<sup>376</sup>. Eine solche Dienstleistung ist gegeben, wenn sie im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden wird<sup>377</sup>. Ausreichend ist das Interesse eines Teils der Bevölkerung eines Mitgliedstaates oder das Interesse einer Gemeinde<sup>378</sup>.

Nach der stark einzelfallbezogenen Rechtsprechung des Gerichtshofs können nicht nur Rundfunk- und Fernsehanstalten unter Art. 106 Abs. 2 AEUV fallen<sup>379</sup>, sondern der öffentlich-rechtliche Rundfunk kann, soweit er die Versorgung mit qualitativ hochwertigen Fernsehprogrammen betrifft<sup>380</sup>, auch eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstellen<sup>381</sup>. Die in Art. 23 Abs. 2 BayMG enthaltenen Betrauungsgründe sind grundsätzlich als im Interesse der Allgemeinheit liegend anzusehen, so dass das alternativ öffentlich-rechtliche Fernsehen im Freistaat Bayern in den Anwendungsbereich der Ausnahmegesetzgebung fallen könnte.

<sup>374</sup> EuGH, Rs. C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Slg. 1991, I-5889, Rdnr. 27; Lenz/Borchardt-Grill, EU-Verträge, 5. Aufl. 2010, Art. 106 AEUV, Rdnr. 24; Dörr, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und die Vorgaben des Europarechts, MP 2005, 333/335; Thum, Vereinbarkeit der Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit EG-Beihilfenrecht, NVwZ 2007, 521/525.

<sup>375</sup> Siehe das Protokoll Nr. 26 zum Vertrag von Lissabon und Lenz/Borchardt-Grill, EU-Verträge, 5. Aufl. 2010, Art. 106 AEUV, Rdnr. 23.

<sup>376</sup> Grabitz/Hilf-Pernice/Wernicke, Das Recht der Europäischen Union, Art. 86 EGV, Rdnr. 32.

<sup>377</sup> S. Kommission, Mitteilung zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa („Daseinsvorsorgemitteilung“), ABl. 2001 C 17/4, Rdnr. 14.

<sup>378</sup> EuG, verb. Rs. T-528/93, T-542/93, T-543/93 u. T-546/93, *Métropole Télévision*, Slg. 1996, II-649, Rn. 116.

<sup>379</sup> EuGH, Rs. 155/73, *Sacchi*, Slg. 1974, 409, Rdnr. 14-15; Rs. C-260/89, *ERT*, Slg. 1991, I-2925, Rdnr. 10-11.

<sup>380</sup> So ausdrücklich Kommissionsentscheidung Phoenix/Kinderkanal, ABl. 1999 C 238/3; Entscheidung der Kommission BBC News 24, ABl. 2000 C 78/6.

<sup>381</sup> EuG, Rs. T-442/03, *SIV*, Slg. 2008, II-1165, Rdnr. 153, das Merkmal „qualitativ hochwertig“ wurde in der Entscheidung nicht wiederholt.



Im Einzelnen sind dabei seitens der bayerischen Regelung die folgenden Gesichtspunkte zu erfüllen.

### **aaa. Protokoll Nr. 29 zum Vertrag von Lissabon**

Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist das Spezialregelungen enthaltende Protokoll Nr. 29 zum Vertrag von Lissabon zu beachten. Es ist geltendes Primärrecht der EU und konkretisiert die Auslegung von Art. 106 Abs. 2 AEUV<sup>382</sup>, wobei das Protokoll nicht wesentlich vom rechtlichen Gehalt der Vorschrift abweicht. Das Protokoll schafft jedoch ein Spannungsverhältnis dergestalt, dass es auf der einen Seite den Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung des öffentlichen Auftrags betont und es andererseits Art. 106 Abs. 2 AEUV unverändert lässt<sup>383</sup>.

Fraglich ist, ob das Protokoll auch auf den alternativen öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Freistaat Bayern Anwendung findet. Die Ausgestaltung der Rundfunkordnung wird von den unionsrechtlichen Verträgen nicht geregelt und der Ausgestaltung der Mitgliedstaaten nach deren innerstaatlichem Recht überlassen. In diesem Zusammenhang ist an die oben im ersten Teil der gutachterlichen Untersuchung herausgearbeiteten Grundsätze zu erinnern<sup>384</sup>. Das bayerische System wird durch das Bundesrecht dergestalt ausgehöhlt, dass von ihm bestenfalls nur noch eine leere Hülse übrig bleibt und es dem Wesen nach einem unechten dualen System entspricht. Demzufolge ist es bundesrechtlich nur noch dem Namen nach als „öffentlich-rechtlich“ einzustufen. Dies spricht dafür, dass das Protokoll Nr. 29 keine Anwendung auf die lokalen und regionalen Fernsehanbieter im Freistaat Bayern findet und die gesetzlichen Regelungen uneingeschränkt der Regelung des Art. 106 Abs. 2 AEUV unterliegen. Selbst bei der Annahme der Anwendbarkeit des Protokolls Nr. 29 auf die zu untersuchende Fragestellung wären die Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV zu prüfen.

<sup>382</sup> *Stulz-Herrnstadt*, Nationale Rundfunkfinanzierung und europäische Beihilfenaufsicht, 2004, S. 301 ff.

<sup>383</sup> *Dausen-Götz/Martinez Soria*, EU-Wirtschaftsrecht, 25. Aufl. 2010, Rdnr. 114 ff.

<sup>384</sup> Siehe oben C.I.6.

### **bbb. Regelungsgegenstand von Art. 106 Abs. 2 AEUV**

Gegenstand der Regelung des Art. 106 Abs. 2 AEUV ist die Befreiung einer wirtschaftlichen Tätigkeit von den Wettbewerbsregeln aufgrund bestimmter außerökonomischer Ziele<sup>385</sup>. Die Rechtsprechung hat, wie oben bereits genannt wurde, die Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse klassifiziert<sup>386</sup>. Für die privaten Rundfunkveranstalter fehlt eine entsprechende Rechtsprechung.

Für das Erfüllen der Voraussetzungen sind die Mitgliedstaaten jedoch europarechtlich verpflichtet, den Umfang der Privilegierung im Rahmen des Betrauungsakts genau festzulegen. Aufgrund der besonderen Funktion des Rundfunks für die demokratische Gesellschaft und der Notwendigkeit von dessen Staatsfreiheit nimmt die Europäische Kommission für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk einen breiten Toleranzbereich an, solange das Ziel der Pluralismussicherung gewahrt ist<sup>387</sup>. Rein kommerzielle Tätigkeiten sind jedoch nicht erfasst<sup>388</sup>. Die Tätigkeit der untersuchungsgegenständlichen privaten lokalen und regionalen Fernsehsender im Freistaat Bayern ist allerdings nicht rein kommerzieller Natur, da sie seitens der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien mit einem öffentlichen Auftrag betraut wurden.

### **bb. Von den EU-Organen entwickelte Grundsätze**

Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs sind drei Voraussetzungen zu erfüllen, damit die Privilegierung des Art. 106 Abs. 2 AEUV eingreift. Erstens ist es erforderlich, dass die betreffende Dienstleistung eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist und der Mitgliedstaat sie als solche klar definiert hat<sup>389</sup>. Zweitens muss das betreffende Unternehmen ausdrücklich von dem Mitgliedstaat mit

<sup>385</sup> *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 7. Aufl. 2010, Rn. 1174.

<sup>386</sup> EuGH, Rs. 155/73, *Sacchi*, Slg. 1974, 409, Rn. 15; EuGH, Slg. 1991, I-2925.

<sup>387</sup> Entscheidung der Kommission (RAI), ABl. 2004 L 119/1, Rn. 117; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. 2009 C 257/1, Rn. 47.

<sup>388</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. 2009 C 257/1, Rn. 49; Held/Schulz, Europarechtliche Beurteilung von Online-Angeboten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, 2004, S. 58 f.; Thum, Vereinbarkeit der Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit EG-Beihilfenrecht, NVwZ 2007, 521/525.

<sup>389</sup> EuGH, Rs. 172/80, *Züchner*, Slg. 1981, 2021.

der Erbringung der genannten Dienstleistung betraut worden sein<sup>390</sup>. Eine förmliche Rechtshandlung bedarf dabei eines Hoheitsakts der öffentlichen Gewalt<sup>391</sup>. Für den klassischen öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist dies durch § 11 RStV und das Bayerische Rundfunkgesetz geschehen<sup>392</sup>. Die entsprechende Vorschrift für den alternativen öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist Art. 23 Abs. 2 S. 1 BayMG.

Ferner ist in diesem Zusammenhang nach Auffassung der EU-Kommission ein effizientes Kontrollsystem für die Erfüllung der übertragenen Aufgabe erforderlich. Die Kompetenz für den Sicherungsmechanismus liegt gemäß dem Rundfunkprotokoll<sup>393</sup> bei den Mitgliedstaaten der Union. Effizient ist ein Kontrollsystem dabei nur dann, wenn eine externe Aufsichtsinstanz gegeben ist<sup>394</sup>, die von der Geschäftsführung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten unabhängig ist. Eine interne Aufsicht durch die Rundfunkräte wie beim klassischen öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist dabei nicht ausreichend<sup>395</sup>. Die in Art. 24 BayRG kodifizierte Rechtsaufsicht des Staatsministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst kann dies nicht leisten, da sie nur auf die Überprüfung der rechtlichen Vorgaben beschränkt ist. Die darüber hinaus gehende, auch inhaltlich Aspekte berührende Fachaufsicht ist nicht vorgesehen und würde wohl auch gegen das Selbstverwaltungsrecht und den Grundsatz der Staatsferne des öffentlich-rechtlichen Rundfunks verstoßen.

Gleiches gilt für das hier zu untersuchende alternative öffentlich-rechtliche System. Die staatliche Kontrolle findet ebenfalls im Rahmen einer Rechtsaufsicht durch das Staatsministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst, Art. 19 BayMG, statt. Eine darüber hinausgehende staatliche externe Kontrolle der Selbstverwaltungskörperschaft „Landeszentrale“ findet nicht statt. Ihre Unabhängigkeit vom Staat kommt dadurch zum Ausdruck, dass ihre drei Organe,

<sup>390</sup> EuGH, Rs. C-242/95, *GT-Link*, Slg. 1997, 4449.

<sup>391</sup> EuGH, Rs. C-159/94, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 65; Lenz/Borchardt-Grill, EU-Verträge, 5. Aufl. 2010, Art. 106 AEUV Rdnr. 25.

<sup>392</sup> Thum, Vereinbarkeit der Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit EG-Beihilfenrecht, NVwZ 2007, 521/526.

<sup>393</sup> Protokoll Nr. 29 zum Vertrag von Lissabon über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten.

<sup>394</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABI. 2009 C 257/1, Rn. 54

<sup>395</sup> Thum, Vereinbarkeit der Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit EG-Beihilfenrecht, NVwZ 2007, 521/526.

Medienrat, Verwaltungsrat und Präsident (Art. 10 Abs. 2 BayMG), die Anstalt eigenständig führen und die Inhalte des Gesetzes durchführen.

Drittens ist es im Rahmen einer Verhältnismäßigkeit erforderlich, dass die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Verträge die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben verhindert und die Freistellung von den genannten Vorschriften die Entwicklung des Handels nicht in einem dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderlaufenden Ausmaß beeinträchtigt<sup>396</sup>. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Tatbestandsmerkmal der Verhältnismäßigkeit ist wiederum stark kasuistisch geprägt<sup>397</sup>, so dass generelle Aussagen kaum getroffen werden können. Bei der Analyse der Beihilfevorschriften muss allerdings den Gegebenheiten des jeweiligen mitgliedstaatlichen Systems Rechnung getragen werden<sup>398</sup>.

Die vorstehend genannten Kriterien ähneln den oben genannten *Altmark Trans-Voraussetzungen*<sup>399</sup>. Es sind eindeutige Transparenzanforderungen einzuhalten; die betrauten Unternehmen müssen eine klare und angemessene Trennung zwischen öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten und sonstigen Tätigkeiten einschließlich klar getrennter Buchführung vornehmen<sup>400</sup>. Ferner darf keine Überkompensierung durch die staatlichen Mittel erfolgen, was die EU-Kommission anhand des Nettokostenprinzips überprüft. Die staatliche Finanzierung darf danach grundsätzlich die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags auch unter Berücksichtigung anderer direkter oder indirekter Einnahmen aus diesem Auftrag nicht übersteigen. Daher werden bei der Berechnung der Nettokosten der öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen die Nettogewinne aus allen kommerziellen Tätigkeiten berücksichtigt, die mit den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten in Verbindung stehen<sup>401</sup>.

<sup>396</sup> EuGH; Rs. C-159/94, *EDF und GDF*, Slg. 1997, I-5815. Grabitz/Hilf-Pernice/Wernicke, Das Recht der Europäischen Union, Art. 86 EGV, Rdnr. 63 ff.

<sup>397</sup> Grabitz/Hilf-Pernice/Wernicke, Das Recht der Europäischen Union, Art. 86 EGV, Rdnr. 63 ff.

<sup>398</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. 2009 C 257/1), Rn. 41.

<sup>399</sup> Siehe oben C.V.1.c.

<sup>400</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. 2009 C 257/1), Rn. 60. Näheres findet sich in Art. 4 der Richtlinie 2006/111/EG.

<sup>401</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. 2009 C 257/1), Rn. 71.

Unternehmen, die für die Erfüllung eines öffentlich-rechtlichen Auftrags einen Ausgleich erhalten, dürfen in der Regel einen angemessenen Gewinn erzielen<sup>402</sup>. Ferner dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die über die Nettokosten hinausgehende jährliche Überkompensierung in dem Maße einbehalten, wie dies für die Sicherung der Finanzierung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erforderlich ist, wobei die EU-Kommission von einer Marke von zehn Prozent der im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags veranschlagten jährlichen Kosten ausgeht<sup>403</sup>. Die Bedingungen der Verwendung der zulässigen Überkompensierungen müssen von den Mitgliedstaaten festgelegt werden<sup>404</sup>. Diese haben auch geeignete Mechanismen festzulegen, um sicherzustellen, dass es vorbehaltlich der gerade dargestellten Grundsätze zu keiner Überkompensierung kommt<sup>405</sup>.

Insoweit gelten die oben im Rahmen der *Altmark Trans*-Rechtsprechung gemachten Ausführungen hier entsprechend. Art. 23 Abs. 9 und 10 BayMG enthalten die diesbezüglichen allgemeinen Regelungen, die nähere Ausgestaltung überlässt Art. 23 Abs. 12 BayMG der Landeszentrale durch Satzung. Als Anstalt des öffentlichen Rechts dürfte die Bayerische Landeszentrale für neue Medien wohl dem Erfordernis genügen, dass die einzelnen Bedingungen von den Mitgliedstaaten festgelegt werden, da das Europarecht die innerstaatliche Regelungsstruktur unberührt lässt. Ein Gesetzesvorbehalt dürfte ihm nicht zu entnehmen sein.

Die Einzelheiten der Förderung werden in der Fördersatzung<sup>406</sup> näher geregelt. Gemäß § 2 FöS wird grundsätzlich zwischen der technischen Förderung und der Förderung der Programmherstellung unterschieden. Die Förderung der technischen Verbreitung erfolgt grundsätzlich im Wege der Festbetragsfinanzierung, die Förderung der Programmherstellung grundsätzlich im Wege der Fehlbetragsfinanzierung. Förderfähig sind laut § 9 Abs. 2 FöS nur Ausgaben, die unmittelbar bei der Herstellung oder der Verbreitung des Programms entstehen. Die

<sup>402</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. 2009 C 257/1), Rn. 72 mit näheren Ausführungen zur Bestimmung des angemessenen Gewinns.

<sup>403</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. 2009 C 257/1), Rn. 73.

<sup>404</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. 2009 C 257/1), Rn. 75.

<sup>405</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. 2009 C 257/1), Rn. 77.

<sup>406</sup> Siehe oben C.IV.

§§ 10 und 11 FöS konkretisieren die allgemeinen Anforderungen des § 4 FöS. Wichtig ist dabei, dass nach § 11 Abs. 1 S. 3 FöS bei Anbietern, deren Tätigkeit sich auf Herstellung und Verbreitung des Programms nach Art. 23 Abs. 2 bis 4 BayMG beschränkt, also den untersuchungsgegenständlichen lokalen und regionalen Fernsehanbietern, die gesamten Ausgaben des Anbieters zur Berechnung des Umfangs der Förderung heranzuziehen sind und nicht nur die für die Herstellung eines Programms notwendigen Ausgaben im Sinne des § 11 Abs. 1 S. 2 FöS<sup>407</sup>. Die seitens der EU-Kommission verlangte Differenzierung findet in diesem Fall nicht statt. Die genannten Voraussetzungen für eine EU-Kompatibilität des bayerischen Fördersystems sind demzufolge nicht gegeben<sup>408</sup>.

### **cc. Staatsferne und Transparenzgebot**

In diesem Zusammenhang ist auf das Zusammenspiel zweier unabhängig voneinander bestehenden Rechtsprinzipien hinzuweisen, die hier zu einer staatlicherseits kaum zu erfüllenden, geradezu zwickmühlenartigen Gemengelage führen.

Aus dem oben beschriebenen deutschrechtlichen Grundsatz der Staatsferne des Rundfunks ergibt sich, dass der Staat die Mittelverwendung den Rundfunkveranstaltern nicht vorschreiben darf. Das europäische Transparenzgebot verlangt demgegenüber ein genaues staatliches Vorschreiben der Mittelverwendung, damit die Voraussetzungen von Art. 106 Abs. 2 bzw. Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt werden können. Hinsichtlich der Gebührenmittel des gewöhnlichen öffentlich-rechtlichen Rundfunks erscheint das Problem nunmehr bei Erfüllen der in der Rundfunkmitteilung genannten Kriterien für diese Veranstalter gelöst.

<sup>407</sup> § 11 FöS (Förderung der Programmherstellung) lautet: Der Umfang der Förderung wird aus dem Vergleich der für die Erstellung des Programmangebots notwendigen Ausgaben mit den durch die Ausstrahlung des Programmangebots erzielten Einnahmen ermittelt (Bedarf). Alle für die Herstellung des Programms notwendigen Ausgaben sowie alle durch die Programmausstrahlung einschließlich der Werbeblöcke unmittelbar vor Beginn und im Anschluss an das betraute Programmangebot erzielten Einnahmen werden zur Ermittlung des Bedarfs herangezogen. [S.3]. Betätigt sich der Anbieter noch auf anderen Gebieten, dürfen nur die der Programmherstellung und Programmverbreitung zurechenbaren Ausgaben berücksichtigt werden.

<sup>408</sup> Im Jahre 2005 hat die EU-Kommission mitgeteilt, dass sie das deutsche System zur Finanzierung der öffentlichen Rundfunk- und Fernsehanstalten für nicht mit dem Beihilfenrecht vereinbar ansehe. Sie würde den Fall jedoch zu den Akten legen, wenn Deutschland Maßnahmen für mehr Transparenz, Klarheit und Marktwirtschaftlichkeit erließe. Vgl. EuZW 2005, 226.

Der alternative öffentlich-rechtliche Rundfunk bayerischer Prägung erscheint in der gegenwärtigen Ausgestaltung mit keinem der beiden Prinzipien vereinbar zu sein, da der Staat die Mittelverwendung einerseits genau vorschreibt, andererseits aber keine Transparenz im Sinne des EU-Rechts schafft.

#### **d. Ergebnis zur Rechtfertigung**

Eine Rechtfertigung des Verstoßes gegen das in Art. 107 Abs. 1 AEUV normierte Beihilfenverbot der Europäischen Union ist nicht gegeben. Weder Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV, die allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung 800/2008 noch die in Art. 106 Abs. 2 AEUV enthaltene Privilegierung von Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut wurden, werden von der bayerischen Rundfunkordnung in seiner aktuellen Ausgestaltung angemessen beachtet<sup>409</sup>.

#### **6. GATS-Problematik**

Neben dem Beihilfenregime der Europäischen Union sind noch die davon unabhängigen und inhaltlich verschiedenen Regelungen des GATS-Übereinkommens<sup>410</sup> zu beachten. Das internationale Dienstleistungsabkommen ist sowohl für die Bundesrepublik Deutschland als auch für die Europäische Union verbindlich. Im Rahmen des GATS wird an einem eigenen Subventionsregime gearbeitet<sup>411</sup>, wobei die Arbeiten bislang noch nicht zum Abschluss gekommen sind. Dabei wird seitens des Schrifttums die Möglichkeit gesehen, dass die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als unzulässige Subventionierung gewertet werden könnte<sup>412</sup>, da der Subventionsbegriff vom GATS bislang nicht definiert wird und wohl eher weit bestimmt werden wird. Weitergehende Aussagen können zu diesem Zeitpunkt noch nicht getroffen werden.

<sup>409</sup> Zu diesem Ergebnis kommt unter Verwendung vorsichtiger Formulierungen auch *Wieland*, Lokalrundfunkfinanzierung in Bayern, 2009, S. 76.

<sup>410</sup> General Agreement on Trade in Services, BGBl. 1994 II, S. 1643.

<sup>411</sup> *Degenhart*, Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus nationaler und internationaler Sicht: Der Rundfunkauftrag als Grundlage und Grenze. AfP 2005, 493/494.

<sup>412</sup> *Hesse*, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2004, Rdnr. 7.89; ähnlich: *Fechner*, Medienrecht, 10. Aufl. 2009, Rdnr. 7.97.

Dienstleistungserbringer mit ausschließlichen Rechten werden von Art. VIII GATS in den Pflichtenkreis eines Mitglieds eingebunden, so dass das betreffende Mitglied Vorkehrungen treffen muss, dass das Verhalten dieser Unternehmen mit Art. II GATS und den spezifischen Verpflichtungen des betreffenden Mitglieds in Art. XVI (Marktzugang) und XVII (Inländerbehandlung) GATS vereinbar ist. Art. II GATS ist die allgemeine, für alle Mitglieder geltende Meistbegünstigungsklausel des GATS, während spezifische Verpflichtungen erst nach der Umsetzung durch weitere Vereinbarungen zwischen den Mitgliedern bedürfen<sup>413</sup>. Solche Vereinbarungen sind für die Bundesrepublik Deutschland nicht gegeben, demzufolge verbleibt es bei der Anwendung von Art. II GATS<sup>414</sup>.

Art. II GATS statuiert ein Meistbegünstigungsgebot, wonach ein Mitglied Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern aus einem anderen Mitgliedsstaat sofort und bedingungslos die gleiche Behandlung gewähren muss wie gleichartigen inländischen Dienstleistungserbringern<sup>415</sup>. Eine Diskriminierung dieser Art wird durch die bayerischen Regelungen nicht vorgenommen. Folglich verstößt die vorliegend zu untersuchende bayerische Rundfunkordnung nicht gegen das GATS-Übereinkommen.

## **7. Ergebnis zum europäischen Wettbewerbsrecht**

Die staatliche Finanzierung der lokalen und regionalen Fernsehanbieter im Freistaat Bayern ist mit dem europäischen Wettbewerbsrecht nicht vereinbar, da es eine nicht zu rechtfertigende verbotene Beihilfe im Sinne der Vorschrift des Art. 107 Abs. 3 AEUV darstellt, insbesondere sind die Voraussetzungen von Art. 106 Abs. 2 AEUV, hinsichtlich des Vorliegens einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, nicht erfüllt.

<sup>413</sup> *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, 2. Aufl. 2009, Rdnr. 439.

<sup>414</sup> Vgl. zum ganzen: Herrmann/Weiß/Ohler-Ohler, Welthandelsrecht, 2. Aufl. 2007, § 18 Rdnr. 835.

<sup>415</sup> Herrmann/Weiß/Ohler-Ohler, Welthandelsrecht, 2. Aufl. 2007, § 18 Rdnr. 853.



## **D. Zusammenfassung und Thesen**

Abschließend sollen die gefundenen Ergebnisse noch einmal überblicksartig zusammengefasst und thesenartig dargestellt werden.

### **I. Zusammenfassung**

Die vorliegende Untersuchung hat aufgezeigt, dass das bayerische System hinsichtlich der Veranstaltung lokaler und regionaler Fernsehprogramme schweren rechtlichen Bedenken gegenübersteht.

Art. 111a BV ist kaum mit der höherrangigen Vorschrift des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu vereinbaren und verstößt gegen die in Art. 10 EMRK enthaltenen Verbürgung der Meinungsfreiheit. Die Vorschrift stellt bestenfalls noch eine „leere Hülse“ dar, deren Inhalt höherrechtlich determiniert wird und die aus Gründen der Nachvollziehbarkeit geändert werden sollte. Die einfachgesetzliche Umsetzung ist überdies nicht mit den europarechtlich garantierten Grundfreiheiten der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit zu vereinbaren.

Entgegen der Eigenannahme der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien und vereinzelter Stimmen im Schrifttum ist die Versorgung des lokalen und regionalen Versorgungsgebiets durch private lokale und regionale Fernsehanbieter nicht als Grundversorgung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, wie sie vom Bundesverfassungsgericht herausgearbeitet wurde, und § 11 RStV anzusehen. Der Grundversorgungsauftrag richtet sich nur an den klassischen öffentlich-rechtlichen Anbieter, den Bayerischen Rundfunk, und nicht an die privaten Anbieter. Letztere können verschiedene Grundbedingungen des Grundversorgungsauftrags zurzeit auch nicht erfüllen, da sie nur siebzig von Hundert der Fernsehsender eines Versorgungsgebiets erreichen und als privatrechtliche Gesellschaft auch insolvent werden können.

Das bayerische System weist ferner nicht die notwendige Staatsferne auf, da die Finanzierung der privaten lokalen und regionalen Fernsehanbieter an eine öffentliche Aufgabe geknüpft wurde, welche wiederum von der öffentlichen Anstalt Landeszentrale überprüft und durchgeführt wird.

Keine rechtlichen Bedenken begegnet die Aufgabenvermischung der Landeszentrale als Genehmigungs-, Aufsichts- und Rechtsetzungsbehörde, da sie nicht als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung anzusehen ist.

Demgegenüber bestehen schwerwiegende Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der staatlichen Finanzierung im Hinblick auf das europarechtliche Beihilfenverbot. Die den lokalen und regionalen Fernsehanbietern gewährten staatlichen Zahlungen stellen eine Beihilfe im Sinne des Europäischen Unionsrechts dar, für die keine Rechtfertigungsmöglichkeiten gegeben sind. Insbesondere sind weder die Voraussetzungen der *Altmark Trans*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes noch die vergleichbaren Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des Art. 106 Abs. 2 AEUV seitens des bayerischen Gesetzgebers erfüllt.

## II. Thesen

1. Im Freistaat Bayern besteht aufgrund von Art. 111a BV entsprechend der jeweiligen Ansicht entweder ein unechtes duales oder ein alternativ öffentlich-rechtliches Rundfunksystem für die lokalen und regionalen Fernsehanbieter.
2. Den privaten lokalen und regionalen Rundfunkanbietern steht das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu, so dass von Art. 111a BV nur noch eine leere Hülse verbleibt, die zur Klarstellung geändert werden sollte.
3. Art. 111a BV steht nicht im Einklang mit Art. 10 EMRK, welcher nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte öffentlich-rechtliche Rundfunkmonopole untersagt.
4. Als Bundesrecht brechen Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 10 EMRK gemäß Art. 31 GG das bayerische Landesrecht. Art. 142 GG ist in der zu untersuchenden Situation nicht anwendbar.
5. Art. 111a BV verstößt in Verbindung mit der in Art. 23 BayMG vorgenommenen Konkretisierung gegen die europäische Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Gemäß dem Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts könnten auch nichtbayerische Anbieter von lokalen und regionalen Programmen einen Anspruch auf Zulassung geltend machen.
6. Die Veranstaltung von lokalem und regionalem Fernsehen durch die Landeszentrale ist nicht als Grundversorgung anzusehen. Grundversorgung ist nach der älteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf lokaler und regionaler Ebene weder nötig noch möglich.
7. Der Grundversorgungsauftrag auf lokaler und regionaler Ebene ergibt sich nunmehr aus § 11 Rundfunkstaatsvertrag und richtet sich grundsätzlich nicht an die privaten lokalen und regionalen Fernsehsender, sondern an den klassischen öffentlich-rechtlichen Rundfunk.
8. Die Versorgung von nur siebzig von Hundert der lokalen und regionalen Bevölkerung ist für die Erfüllung des allgemeinen Grundversorgungsauftrags nicht ausreichend. Bedenken begegnet auch die „kann“-Bestimmung des Art. 23 Abs. 2 S.1 BayMG, wonach nicht zwangsläufig sichergestellt ist, dass die bestehende Vielfalt der Meinungen im jeweiligen Versorgungsgebiet durch qualitätvolle Fernsehprogramme in gleichgewichtiger Weise zum Ausdruck gebracht werden kann.

9. Der Grundsatz der Staatsferne des Rundfunks wird durch die Finanzierungsstruktur des Art. 23 Abs. 7 BayMG verletzt. Der Landeszentrale werden hinsichtlich der Betrauung und der zu fördernden Fernsehanstalten eindeutige gesetzliche Vorgaben gemacht, so dass ihr kein eigenständiger Regelungsspielraum mehr verbleibt.
10. Die Landeszentrale als Aufsichtsgremium ist ausreichend staatsfern organisiert.
11. Die Aufgabenvermischung der Landeszentrale als Genehmigungs-, Aufsichts- und Legislativbehörde ist rechtlich unproblematisch.
12. Die den privaten lokalen und regionalen Fernsehanbietern gewährten staatlichen Mittel sind eine verbotene staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Die Voraussetzungen der *Altmark Trans*-Rechtsprechung werden von ihnen nicht erfüllt. Der Rechtfertigungsgrund des Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV greift nicht ein.
13. Die Mittelgewährleistung erfüllt nicht die Voraussetzungen der Ausnahmegründe des Art. 106 Abs. 2 AEUV. Die notwendige staatliche Kontrollinstanz ist wegen des Grundsatzes der Staatsferne des Rundfunks nicht gegeben.
14. Ein Verstoß gegen die Subventionsregelungen des GATS ist zum momentanen Zeitpunkt noch nicht gegeben.