

Professor Dr. Martin Stock, Bielefeld

Funktionsgarantie als Gebührengarantie?

Aktuelle Fragen der Rundfunkfinanzierung*

Das BVerfG hat eine Verfassungsbeschwerde einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt gegen ein partielles gesetzliches Werbeverbot zum Anlaß für eine weitere rundfunkrechtliche Grundsatzentscheidung genommen. Darin äußert sich das Gericht deutlicher als bisher über die finanzielle Seite der Bestands- und Entwicklungsgarantie. Danach haben die ARD-Anstalten und das ZDF – sei es bei der heutigen Mischfinanzierung oder bei einer etwaigen künftigen reinen Gebührenfinanzierung – Anspruch auf dasjenige Finanzaufkommen, das zur Erfüllung ihrer verfassungsrechtlich garantierten Funktion erforderlich ist. Das versteht sich vor dem Hintergrund faktischer Umwälzungen und neu aufkommender rechtspolitischer Kontroversen über die Rundfunkfinanzierung im dualen System. Im Zeichen von Marktöffnung und privater Konkurrenz sind die Werbeeinnahmen der Anstalten rückläufig. Um so mehr kommt es darauf an, daß die Gebührenfinanzierung intakt bleibt. In dem Beitrag wird die Ansicht vertreten, daß die Funktionsgarantie vorrangig als Gebührengarantie gefaßt und als solche weiter präzisiert werden sollte. Die Gebührenfinanzierung muß materiell- und daneben auch

organisations- und verfahrensrechtlich weiterentwickelt und von Verfassungen wegen politischen Mißbrauch abgesichert werden. Dahin geht wohl auch das Bestreben der Verfassungsrechtsprechung. Für das BVerfG bleibt aber noch manches zu tun.

I. Der Hessen-Drei-Beschluß des BVerfG – Anlaß und Vorgeschichte

Der Hessische Rundfunk (HR) durfte – bundesweit ein Unikum – in seinem dritten Fernsehprogramm (hessen 3) bis Ende 1992 Wirtschaftswerbung betreiben. Er tat das seit 1985, erlangte dafür 1987 ein vorläufiges staatsvertragliches Privileg und wollte darauf auch nach dessen Ablauf nicht verzichten. Er führte und verlor in dieser Sache nun einen Verfassungsprozeß und zog sich obendrein – auch aus dem

* Zugleich Besprechung des Beschlusses des BVerfG, 6. 10. 1992 – 1 BvR 1586/89 und 487/92 JZ 1993, 255 ff. (in diesem Heft) = AfP 1992, 350 ff. (m. Anm. v. E. Kull) = DVBl. 1992, 1594 ff. = EuGRZ 1992, 606 ff. = NJW 1992, 3285 ff. = ZUM 1992, 619 ff.

Munde von Beobachtern, die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk sonst die Stange halten – manche kritischen Bemerkungen zu¹. Die entstehungsgeschichtlichen Umstände und Besonderheiten der achtziger Jahre in Hessen sind heute schon fast in Vergessenheit geraten. In dem Beschluß des *BVerfG* vom 6. 10. 1992 (Hessen-Drei-Beschluß) werden sie eingangs berührt, und sie sind für das negative Ergebnis wohl nicht ohne Bedeutung. Ein paar Stichworte zur Erinnerung:

1. Ein monopolistisches Motiv

Bis 1983/84 wurden zwischen den beiden medienpolitischen Lagern in Bund und Ländern heftige Auseinandersetzungen über die Einführung privat-kommerziellen Rundfunks geführt. Dann begannen die sozialdemokratisch regierten sog. A-Länder mit jener pragmatischen Kurskorrektur, die auch dort nach und nach zur Entstehung von Privatrundfunkgesetzen führte. In Hamburg und Nordrhein-Westfalen schloß man sich der Kodifikationswelle an, die von den unionsregierten sog. B-Ländern in Gang gesetzt worden war. Hessen indes verfolgte anfangs eine andere, eher wertkonservative und prinzipienstrenge Linie. Es verfocht die Belange des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit besonderer Verve und fand sich noch nicht zu einer umfassenden landesgesetzlichen Kodifizierung des Privatrundfunkrechts bereit. Die Nutzung einer vierten Hörfunkkette, die Veranstaltung von Regionalsendungen und etwaige Lokalrundfunkexperimente sollten vielmehr dem HR obliegen, ohne daß dabei private landesinterne Konkurrenten zugelassen werden sollten. In dem 1986 eingerichteten vierten Hörfunkprogramm (hr 4) verkörperte sich wohl so etwas wie eine beschauliche öffentlich-rechtliche Alternative zu dem potentiellen, vom Gesetzgeber seinerzeit noch hintangehaltenen werbefinanzierten hessischen Privatrundfunk². Mit dem monopolistischen Motiv stimmte die Entscheidung überein, hr 4 durch vermehrte Abschöpfung des Werbemarkts zu finanzieren. Dafür kam allerdings aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen nur das TV-Programm hessen 3 in Frage. Diese zusätzliche Einnahmequelle wurde denn auch erfolgreich erschlossen und angezapft – sehr zum Verdruß der medienpolitischen Gegenseite, die die Werbegelder vorrangig den Privaten zudachte und ihnen auch in Hessen zur Lizenzierung verhelfen wollte³.

2. Der hessische Alleingang – Ende und Abwicklung

Auch in den Verhandlungen über den (ersten) Rundfunkstaatsvertrag stellte die Werbung in hessen 3 einen Hauptstreitpunkt dar. Erst in der Schlussrunde wurde sie i. S. eines Provisoriums anerkannt, mit dem Gedanken eines „bis spätestens 1991“ abzuwickelnden „Ausgleichs“ zugunsten von hr 4 „im Rahmen der Gebührenfinanzierung“ verbunden und

bis dahin in den Länderkonsens einbezogen⁴. Die B-Länder akzeptierten die Werbegarantie für hessen 3 also nur bedingt bzw. befristet, nämlich bis zu einer binnen weniger Jahre vorzunehmenden gebührenrechtlichen Kompensation. Darin drückte sich die Tatsache aus, daß Privatisierung und Dualisierung nun doch bundesweit, auch in Hessen, im Kommen waren. 1988 mußte die ältere Monopolphilosophie dann auch in diesem Land vollends abdanken. Es entstand ein Privatrundfunkgesetz⁵, aufgrund dessen dem HR alsbald kommerzielle Konkurrenz erwuchs. Unter diesen Umständen verlor das finanzielle Arrangement hessen 3/hr 4 zusehends an modellmäßiger Überzeugungskraft und öffentlichem Anklang. Der Wind drehte sich: Nunmehr sollte – entsprechend den Vorrangoptionen des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 und des Art. 7 Abs. 2 RfKStV a. F. – bei hessen 3 werbewirtschaftliche Enthaltsamkeit zugunsten der Privaten Platz greifen. hr 4 sollte bis 1991 zur Gebührenfinanzierung überwechseln und wurde im übrigen bloßer „Platzbesetzung“ verdächtig.

Der RfKStV a. F. wollte diese spezifisch hessische „Altlast“ wohl in der Weise sanieren, daß sie hinfort den Gemeinschaftsaufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland zugeschlagen werden sollte. So wurden bei Vertragsabschluß mancherlei Überlegungen über eine allgemeine Gebührenerhöhung, über Rückflüsse aus dem zweiprozentigen zusätzlichen Anteil an der Rundfunkgebühr gemäß Art. 6 Abs. 1 und 2 RfKStV a. F. (sog. Kabelgrochen) sowie über einen revidierten Finanzausgleich nach Art. 3 Abs. 1 Sätze 2 und 3 RfKStV a. F. angestellt. Darin schien sich eine gewisse bundesstaatliche Solidarität und gemeinsame Folgeverantwortung abzuzeichnen. Die anderen Länder hätten danach via Bundestreue die Folgekosten der älteren, monopolorientierten hessischen medienpolitischen Entwicklungsdoktrin mitzutragen gehabt; diese Kosten wären – auch mit Wirkung über die „Wende“ in Hessen hinaus – gleichsam sozialisiert und dauerhaft in die Gebührenfinanzierung einbezogen worden. Indes zeigte sich bald: Das allgemeine Gebührenaufkommen konnte den gedachten gezielten, im Zeitpunkt der Einstellung der Werbung in hessen 3 fälligen „Ausgleich“ allenfalls teilweise bewirken. Aus dem Zwei-Prozent-Anteil konnte hr 4 keinerlei Nutzen ziehen⁶. Übrig blieb also nur eine Reform des Finanzausgleichs zugunsten des HR. Insofern verlangte Hessen von den anderen Ländern eine Entlastung des HR um 5 Mio. DM. Jedoch war auch das nicht durchsetzbar, vielmehr ließ sich der kühne Kompensationsgedanke von 1987 überhaupt nicht verwirklichen, und Hessen blieb auf seiner „Altlast“ sitzen. Daraufhin schob das Land diese wieder dem HR zu. Hessen ließ die Forderung auf Entlastung des HR im Finanzausgleich gegenüber den an-

¹ Siehe nur U. Kammann, epd/Kirche und Rundfunk Nr. 87 vom 4. 11. 1992, 3 ff.: „ungeniert in die Übervollen gegriffen“, „trotzige Isolierung und bockige Individualhaltung“. Zum sonstigen öffentlichen Echo ebd. 17 f. sowie Funk-Korrespondenz Nr. 44 vom 29. 10. 1992, 13 f.

² Zum Programmprofil von hr 4 („Musik für die mittlere und ältere Generation“, „leichte Klassik“, Volksmusik, Regionalprogramme) und zu Substanz und Zuschnitt der HR-Radioprogramme insgesamt G. Zabka, epd/Kirche und Rundfunk Nr. 89 vom 13. 11. 1987, 3 ff., Nr. 90/91 vom 21. 11. 1987, 3 ff., Nr. 93 vom 28. 11. 1987, 3 ff. und Nr. 95 vom 5. 12. 1987, 5 ff. Siehe auch ARD-Jahrbuch 87, 1987, 151 f. („ruhige Unterhaltungsmusik“ etc.). Im Zuge einer Strukturreform wurde 1989 auch hr 4 zu einem eigenständigen Vollprogramm ausgebaut. Die konventionelle „Musikfarbe“ wurde aber im wesentlichen beibehalten, und das Programm diente auch weiterhin als Vehikel der Regionalmagazine. Siehe ARD-Jahrbuch 90, 1990, 201 ff.

³ Vgl. die Dokumente in Media Perspektiven 1984, 715 ff. und 795 ff., an die sich eine Klage des Landes Rheinland-Pfalz gegen das Land Hessen vor dem *BVerwG* anschloß. Siehe auch R. Ricker, Rundfunkwerbung und Rundfunkordnung, 1985; H.-U. Gallwas ZUM 1986, 1 ff. Zum Programmprofil von hessen 3 H.-W. Conrad, in: ARD-Jahrbuch 91, 1991, 96 ff.

⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 5 Satz 2 des Staatsvertrags zur Neuordnung des Rundfunkwesens vom 1./3. 4. 1987 (u. a. GVBl. Hessen I 166) (RfKStV a. F.) i. V. m. der Protokollerklärung der Regierungschefs zu Art. 3, Media Perspektiven Dok. II/1987, 102 f. Dazu P. L. Giani, in: P. Glotz/R. Kopp (Hrsg.), Das Ringen um den Medienstaatsvertrag der Länder, 1987, 137 ff. Mit dem mühsam gefundenen Kompromiß erledigte sich die erwähnte Mainzer Klage. Siehe R. Ricker NJW 1988, 453, 457.

⁵ Hessisches Privatrundfunkgesetz vom 30. 11. 1988 (GVBl. I 385) (HPRG). Durch diese Vollregelung wurde das hessische Gesetz über die Weiterverbreitung von Satellitenprogrammen vom 30. 1. 1987 (GVBl. I 17) abgelöst. Darin manifestierte sich der Mehrheits- und Regierungswechsel (Börner/Wallmann), mit dem der hessische medienpolitische Alleingang sein Ende fand. Näher B. Scheuerle, Verfassungsrechtliche Aspekte des Hessischen Privatrundfunkgesetzes, 1990, 3 ff. Siehe auch A. Gauland, in: M. Schindehütte/O. Schulz (Hrsg.), Privater Rundfunk in Hessen (Hofgeismarer Protokolle 260), 1989, 7 ff. Aus HR-Sicht B.-P. Arnold, ebd. 18 ff.

⁶ Daraus mußte die jetzt auch in Hessen errichtete Landesmedienanstalt mitamtlich ihren Förderungsaufgaben finanziert werden. Dem HR zukommende Vorwegabzüge und Restmittel wurden durch eine anderweitige landesgesetzliche Zweckbestimmung (Kulturförderung) gebunden. Vgl. § 47 HPRG.

deren Ländern 1988 ausdrücklich fallen, betrieb den Werbeverzicht in hessen 3 aber dennoch weiter und verlängerte lediglich die Übergangsfrist um ein Jahr⁷.

Entsprechende Festlegungen wurden dann auch 1991 in dem neuen Rundfunkstaatsvertrag getroffen⁸. Hessen erklärte dazu jetzt einen Vorbehalt zu Protokoll, in welchem sich Unbehagen und Enttäuschung über das mangelnde Interesse der anderen Länder an hessen 3/hr 4 äußert; an dem Verbotseffekt ändert er allerdings nichts⁹. Der Landesgesetzgeber stimmte der vertraglichen Regelung nolens-volens¹⁰ und tat zugleich einen weiteren bemerkenswerten Schritt, um politische Distanz und Reserve zum Ausdruck zu bringen¹¹. Das gipfelte sodann darin, daß die Hessische Staatskanzlei den – vom amtierenden Ministerpräsidenten mitunterzeichneten – Staatsvertrag im vorliegenden Verfahren insoweit als verfassungswidrig bezeichnete¹². Auch damit blieb Hessen freilich allein¹³.

II. Das gesetzliche Werbeverbot in Karlsruher Sicht

Der HR sah sich durch das kompensationslos gebliebene partielle gesetzliche Werbeverbot in seinem Grundversorgungsauftrag beeinträchtigt und erblickte darin einen Verstoß gegen das Grundrecht der Rundfunkfreiheit. In seinem auf Funktions- und Finanzgarantie nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gestützten Vorbringen treten die landesspezifischen Entstehungsgeschichtlichen Umstände zurück. Auch das *BVerfG* geht auf jene besonderen Umstände nicht explizit ein. Es gelangt zu weitreichenden präzisierenden Aussagen über Verfassungsfragen der Rundfunkfinanzierung, wobei das Grundmotiv dahin geht, den wohlverstandenen-funktionalen Ansatz als Grund und Grenze der Gewährleistungspflicht zu verdeutlichen und dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk auch in puncto Finanzgarantie den Rücken zu stärken. Dennoch

⁷ Vgl. die Erklärung Hessens laut Protokollnotiz Nr. 2 zum Abschluß des Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrags vom 7.–14. 10. 1988, Hessischer Landtag, Drucks. 12/3246, 9. Demgemäß wurde durch das Zustimmungsgesetz zu diesem Vertrag die Einstellung von „Reklamesendungen“ in hessen 3 zum 1. 1. 1993 verfügt, § 3 a Abs. 1 des Gesetzes über den Hessischen Rundfunk (HR-G) i. d. F. des Gesetzes vom 21. 12. 1988 (GVBl. I 406). Hiergegen richtet sich die hiesige Verfassungsbeschwerde zu 1).

⁸ Vgl. § 15 Abs. 2 Satz 1 des Rundfunkstaatsvertrages (RfktStV n. F.), der als Art. 1 in den Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinten Deutschland vom 31. 8. 1991 (u. a. GVBl. Hessen I 370) eingegliedert ist. Nach Art. 7 Abs. 3 Satz 3 des (Gesamt-)Staatsvertrags tritt das jetzt erneuerte generelle Werbeverbot in den Dritten Fernsehprogrammen für Hessen am 1. 1. 1993 in Kraft.

⁹ Vgl. die Protokollerklärung des Landes Hessen zu Art. 1 § 15 Abs. 2, Media Perspektiven Dok. III a/1991, 170, mit Hinweis auf das (sz. bereits anhängige) hiesige Verfassungsbeschwerdeverfahren zu 1). Das versteht sich vor dem Hintergrund des neuerlichen Mehrheits- und Regierungswechsels (*Wallmann/Eichel*). Letzterer akzeptierte die fragliche Regelung, um eine Einigung der Länder über das gesamte umfangreiche Vertragswerk nicht unmöglich zu machen. Gleichzeitig suchte er auf die Ära *Börner* Rücksicht zu nehmen.

¹⁰ Art. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 Sätze 1 und 2 des Ratifizierungsgesetzes vom 13. 12. 1991 (GVBl. I 367). Hiergegen richtet sich die hiesige Verfassungsbeschwerde zu 2).

¹¹ Durch Art. 7 des genannten Ratifizierungsgesetzes wurde § 3 a Abs. 1 HR-G i. d. F. von 1988 gestrichen. (Zu den Gründen sogleich.) Damit entfiel der Gegenstand der Verfassungsbeschwerde zu 1), die daraufhin vom *BVerfG* als unzulässig verworfen worden ist. Siehe den Hessen-Drei-Beschluß, unter A III 1 b und 2 sowie B I. Das mag hier auf sich beruhen.

¹² Vgl. ebd. unter A IV 1 a; § 3 a Abs. 1 HR-Gesetz sei aufgehoben worden, damit die Landesregierung obige Rechtsauffassung vor dem *BVerfG* vertreten könne, ohne mit der hessischen Gesetzeslage zu kollidieren. Inhaltlich berief sich die Staatskanzlei auf ein bundesstaatliches ultra-vires-Prinzip als Grenze des Rechts zum Abschluß von Länderstaatsverträgen. Dazu legte sie ein Gutachten mit weiteren restriktiven Thesen zur Vertragskompetenz vor, siehe ebd. unter b. Jene Argumentation scheint noch der *Börnerschen* Medienpolitik verpflichtet. Unter den heutigen Umständen trägt sie aporetische und isolationistische Züge und geht an den Kernfragen der föderativen dualen Ordnung vorbei. Das *BVerfG* ist ihr denn auch nicht nähergetreten, ebd. unter C I. Dieser Punkt bleibt im folgenden beiseite.

¹³ Alle übrigen Bundesländer hielten die angegriffenen Regelungen für verfassungsmäßig, ebd. unter A IV 2. Die ARD ihrerseits sprang dem HR bei, ebd. unter 3.

wird die Verfassungsbeschwerde zu 2) als unbegründet zurückgewiesen. Hierbei spielen nun wohl ältere und neuere hessische Besonderheiten der Sache nach eine erhebliche Rolle. Das negative Ergebnis scheint auch durch atypische Frankfurter Phänomene und finanzwirtschaftliche Schwierigkeiten beeinflusst. Daraus wird man keineswegs auf einen allgemeinen Trendwechsel in der Verfassungsrechtsprechung schließen können. Auch in Karlsruhe bleibt allerdings noch manches zu tun.

1. Die geschützte öffentliche Funktion des Rundfunks

Der grundrechtsdogmatische Einstieg wird im Hessen-Drei-Beschluß auf gesichertem Boden, nämlich unter Anknüpfung an das FRAG- und das Nordrhein-Westfalen-Urteil, bei der Lehre von der Rundfunkfreiheit als „dienender Freiheit“ genommen. Zuspitzend wird dazu vermerkt, dieses Grundrecht sei seinem Träger nicht „zum Zweck der Persönlichkeitsentfaltung oder Interessenverfolgung“ eingeräumt¹⁴. Schlichte Privatnützigkeit und privatwirtschaftliche Orientierung, etwa im Stil einer Unternehmerfreiheit wirtschaftsrechtlicher Provenienz¹⁵, kann es danach im Rundfunkbereich nach wie vor nicht geben. Vielmehr geht das *BVerfG* von der „herausragenden kommunikativen Bedeutung“ des Rundfunks aus und stellt auf dessen gesollte „Funktion“ ab, wie es sie in langjähriger Rechtsprechung herausgearbeitet hat: Durch ein gegenständlich und meinungsmäßig vielfältiges, informativ-ergiebiges Programmangebot soll individuelle und öffentliche Meinungsbildungsfreiheit – als Voraussetzung von Persönlichkeitsentfaltung und Demokratieverwirklichung – möglich gemacht werden. Einen Fortschritt bedeutet die Klarstellung, im Zentrum der Freiheitsgarantie stehe die Programmautonomie, die sich gegen „jede Indienstnahme des Rundfunks für außerpublizistische Zwecke“ richte. Sie beziehe sich in erster Linie auf Inhalt und Form der Rundfunk-sendungen. Es sei Sache der Anstalten, „aufgrund ihrer professionellen Maßstäbe zu bestimmen, was der Rundfunkauftrag in publizistischer Hinsicht verlangt“¹⁶. Das ist eine Einsicht, wie sie auch schon in der früheren Judikatur angelegt war: Die selbständige, schöpferische Vermittlungsfunktion („Medium und Faktor“) bedingt eine publizistische Eigenständigkeit des Rundfunks, welche auf einer entsprechenden konsequenten Professionalisierung beruhen soll. In diesem Sinn kann von einem Funktionsgrundrecht gesprochen werden, und es bleibt zu hoffen, daß sich auch die sonstige rundfunkrechtliche Diskussion und die allgemeine Grundrechtstheorie dieses Themas endlich einmal gründlicher annehmen.

2. Funktionsgerechte Finanzierung, insbesondere Gebührenfinanzierung

Auf die so zu verstehende öffentliche Funktion des Rundfunks bezieht sich auch die hier in Rede stehende finanzielle Gewährleistungspflicht. Die verfassungsrechtliche Funktionsgarantie wird vom *BVerfG* auch als Finanzgarantie gefaßt, und das Gericht widmet sich verstärkt ihrer rundfunkfinanzrechtlichen Operationalisierung¹⁷. Die Finanzierungsrege-

¹⁴ Vgl. den Beschluß, unter C II 1, weitergeführt ebd. unter 2.

¹⁵ Allgemein *F. Ossenbühl* AöR 115 (1990), 1 ff. m. w. N. In rundfunkrechtlicher Anwendung zuletzt *U. Fink* DÖV 1992, 805 ff.; *Ch. Starck* NJW 1992, 3257, 3260 ff.; *E. Kull*, in: *P. Badura/R. Scholz* (Hrsg.), Festschrift für P. Lerche, 1993, 663 ff.

¹⁶ Vgl. den Beschluß, unter C II 3.

¹⁷ Gewisse Parallelen zum hiesigen Fall zeigen sich in dem Baden-Württemberg-Beschluß *BVerfG*, 24. 3. 1987 – 1 BvR 147, 478/86 *BVerfGE* 74, 297, 341 ff. = JZ 1987, 919, 924 f. (m. Anm. v. *Bullinger*). Daran schließt sich das Nordrhein-Westfalen-Urteil *BVerfG*, 5. 2. 1991 – 1 BvF 1/85, 1/88 *BVerfGE* 83, 238, 310 ff. = JZ 1991, 346, 350 f. (m. Anm. v. *A. Hesse*) an. Weitere Ab-

lung muß nach Art und Höhe „funktionsgerecht“ sein, und sie muß – wie der jetzige neue Schlüsselbegriff lautet – das funktionell „Erforderliche“ treffen¹⁸. Wie von einer Selbstverständlichkeit sprechen die Richter auch von einem aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgenden Recht der Anstalten, die zur Erfüllung ihres Auftrags erforderlichen Mittel zu erhalten¹⁹.

Werbefinanzierung, wie sie für den heutigen Privatrundfunk typusbestimmend ist, wird vom *BVerfG* nicht ohne weiteres als funktionsgerecht beurteilt. Ihr werden nach wie vor „programm- und vielfaltsverengende Zwänge“ zugeschrieben²⁰, d. h. sie enthält in Karlsruher Sicht durchaus auch ein dysfunktionales Potential. Folglich ist eine entsprechende Absicherung und Gegensteuerung notwendig. Auf dem privaten Sektor des dualen Systems mag dafür in gewissem Umfang durch qualitätssteigernde Vorkehrungen gesorgt werden können, wie sie heute den Landesmediengesetzen und den Landesmedienanstalten abverlangt werden. Unabhängig davon – gerade auch für den Fall, daß jene Vorkehrungen an Ort und Stelle nicht greifen und daß daraufhin eine allgemeine Talfahrt droht („Boulevardisierung“, „Konvergenz nach unten“, „Selbstkommerzialisierung“ auch bei ARD/ZDF) – muß den Risiken von Werbefinanzierung jedenfalls auf dem öffentlichen Sektor erfolgreich begegnet werden. Ihnen soll hier eine auf der deutschen rundfunkspezifischen Tradition beruhende, möglichst starke qualitätssichernde Gegenkraft erwachsen. Das betrifft schon die Grundentscheidung über den Finanzierungsmodus: „Die dem öffentlichrechtlichen Rundfunk gemäße Art der Finanzierung ist vielmehr die Gebührenfinanzierung“²¹.

Das Recht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf funktionsgerechte Finanzierung ist also in erster Linie ein Recht auf Gebührenfinanzierung. Wird eine Mischfinanzierung bisherigen Zuschnitts praktiziert, so kann auch das im Ergebnis funktionsadäquat sein, es kann sich sogar autonomiefördernd auswirken und in unsicherer finanzwirtschaftlicher Lage gewisse taktische Vorteile mit sich bringen – immer vorausgesetzt, daß andere Einnahmequellen die Gebührenfinanzierung nicht „in den Hintergrund drängen“²². Auch durch Werbeeinnahmen darf die Gebührenfinanzierung nicht in ihrer das Programmniveau stützenden Wirkung geschwächt oder gänzlich konterkariert werden. Manchmal wird in der Praxis etwas ungenau von zwei kommunizierenden Röhren gesprochen, etwa in dem Sinn, daß eine mangelhafte Gebührenausrüstung ohne weiteres dadurch ausgegli-

chen werden könnte und müßte, daß den Anstalten Mehreinnahmen aus Wirtschaftswerbung und/oder sonstiger unternehmerischer Tätigkeit ermöglicht würden²³. Kleinere Kompensationsgeschäfte solcher Art mögen in der Tat unvermeidlich sein und verfassungsrechtlich angehen. Seine Schranken findet ein derartiger Pragmatismus und Relativismus aber in dem wohlverstandenen, funktional zu begründenden und verfassungsrechtlich verankerten Vorrang der Gebührenfinanzierung, wie er kürzlich auch staatsvertraglich wieder bekräftigt worden ist (§ 11 Abs. 1 RfKStV n. F.). Werbefinanzierung rechtfertigt sich beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk überhaupt nur als begrenzte Hilfslösung. Dieser kommerzielle Finanzierungsmodus entbehrt aller höheren legitimierenden Weihen, er stellt auf dem öffentlichen Sektor eher nur einen Problemfall und möglichen Störfaktor dar und verkörpert etwas im Grunde Funktionsfremdes. Er kann nur so lange und so weit toleriert werden, wie die Anstalten imstande bleiben, den daraus sich ergebenden marktmaßigen Versuchungen zu widerstehen. Das aber setzt eine intakte und dauerhafte, von größtmöglichem Konsens getragene Gebührenfinanzierung voraus.

3. Von der Misch- zur reinen Gebührenfinanzierung?

Mit dem Finanzierungskonsens steht es im politischen Raum nicht zum besten. Die Staatsverträge von 1991²⁴ lassen in puncto Gebühren- und Werbefinanzierung noch manches zu wünschen übrig. Es besteht rechtspolitischer Handlungsbedarf, nur sind die Akteure wieder einmal zerstritten. Einige Anstöße und nähere Maßgaben enthält diesbezüglich der Hessen-Drei-Beschluß. Weiteres mag aus Karlsruhe demnächst verlauten. Schon jetzt läßt sich sagen:

Werbefinanzierung auf dem öffentlichen Sektor hat verfassungsrechtlich ziemlich schlechte Karten; weit besser sind diejenigen der Gebührenfinanzierung. Die Funktionsgarantie auch als Werbegarantie auszudeuten und als solche zu konkretisieren, wird zusehends schwieriger. Einen verfassungskräftigen Anspruch auf Beseitigung bzw. Unterlassung bestimmter einzelner Werbebeschränkungen geltend zu machen, scheint normalerweise wenig aussichtsreich. Zwingende Quantifizierungen von Verfassungen wegen, etwa die prozentuale Festlegung eines aus Werbegeldern mindestens zu bestreitenden Finanzierungsanteils, sind nicht recht vorstellbar. Schon die (partielle) Werbefinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als solche steht verfassungsrechtlich zur Disposition²⁵. Auch mit Konsequenz- und Konsistenzgeboten, die sich an die einmal getroffene politische Grundentscheidung (Mischfinanzierung) anschließen, wird insoweit

klärungen können sich demnächst in dem Vorlageverfahren 1 BvL 30/88 (Kabelgroschen) ergeben, in dem mit einer gebührenrechtlichen Grundsatzentscheidung gerechnet wird. Siehe *BayVGH*, 7. 7. 1988 – 25 B 87.00860 JZ 1989, 242 ff. (m. Anm. v. W. Hoffmann-Riem). Zum Stand der jur. Lit. *H. Bethge* AöR 116 (1991), 521 ff. m. w. N. Im Blick auf Werbefinanzierung jüngst *ders.*, Die Zulässigkeit der zeitlichen Beschränkung der Hörfunkwerbung im NDR, 1992, 58 ff. *Bethge* war im vorliegenden Verfahren Prozeßbevollmächtigter des HR.

¹⁸ Vgl. den Hessen-Drei-Beschluß, unter C II 2, weiter ausgeführt ebd. unter 3.

¹⁹ Vgl. die leistungsrechtliche Subjektivierung ebd. unter C II 2, die ohne weiteres aus dem funktionalen Ansatz hervorgeht. Wie dort eingangs unter 1 anklingt, wäre dergleichen nicht angängig, wenn von einem traditionell-liberalen Grundrechtsverständnis ausgegangen würde. Die gesamte Begründetheitsprüfung zu C II scheint nun nicht an dem sog. Eingriffschema orientiert, sondern sie geht von der Sachfrage aus, ob der Anspruch des HR auf funktionsgerechte Finanzierung auch ein Recht auf Beibehaltung der Werbetätigkeit in hessen 3 einschließt. Das Ganze changiert zwischen Leistungs- und Eingriffsschemen und sieht zudem oft nach Grundrechtsausgestaltung aus – auch in methodologischer Hinsicht eine interessante Angelegenheit.

²⁰ Vgl. ebd. unter C II 2 unter Hinweis auf *BVerfG*, 5. 2. 1991 – 1 BvF 1/85, 1/88 *BVerfGE* 83, 238, 311 = JZ 1991, 346, 350. Siehe auch *D. Grimm* ZUM 1992, 581, 586 ff.

²¹ So betontermäßig der Hessen-Drei-Beschluß, unter C II 2.

²² Vgl. ebd.

²³ Dabei wird bald (so im hiesigen Fall) an die Belassung bereits erschlossener anderweitiger Quellen gedacht, bald an deren weitergehende Freigabe und Nutzung. Auch die neue Erschließung dritter Einnahmequellen ist auf dem öffentlichen Sektor ein vieldiskutiertes Thema. Zur wirtschaftlich-unternehmerischen Dimension etwa *H. Kelm*, Media Perspektiven 1989, 1 ff.; *N. Seidel*, Media Perspektiven 1991, 504 ff. Siehe aber auch *Grimm* ZUM 1992, 587. Allg. etwa *P. Badura*, in: *J. F. Baur* u. a. (Hrsg.), Festschrift für E. Steindorff, 1990, 835 ff.; *W. Berg* GewArch. 1990, 225 ff.; *D. Ehlers* JZ 1990, 1089 ff. Um Werbeexpansion geht es z. B. in dem zuletzt von *Bethge* behandelten norddt. Fall (o. Fn. 17). In größerem Rahmen ähnlich das Begehren von ARD und ZDF nach einer Lockerung der 20-Uhr-Grenze für Fernsehwerbung (§ 15 Abs. 1 Satz 3 RfKStV n. F.). Damit sollen einerseits chronische Schwächen der Gebührenfinanzierung und andererseits gravierende, schnell sich vergrößernde konkurrenzbedingte Einbußen bei den Werbeeinnahmen ausgeglichen werden. Näher *E. Halefeldt*, Funk-Korrespondenz Nr. 44 vom 29. 10. 1992, 4 ff.

²⁴ Der RfKStV n. F. enthält für das duale System und seine beiden Teile zahlreiche allg. Finanzierungsbestimmungen. Dazu *M. Stock* RuF 1992, 189, 199 ff. u. ö. Das Gebührenwesen ist näher geregelt in dem neuen Rundfunkgebührenstaatsvertrag, der als Art. 4 in den Gesamtstaatsvertrag (o. Fußn. 8) eingegliedert ist. Ebd. in Art. 5 findet sich der neue Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag, mit Detailvorschriften zu Gebührenhöhe und Finanzausgleich.

²⁵ Vgl. den Hessen-Drei-Beschluß, unter C II 2.

nicht viel auszurichten sein. Denn Werbefinanzierung hat nun einmal nach der Verfassungsrechtsprechung so gut wie keine positiv faßbaren, selbständigen funktionalen Bezüge. Sie wird beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk eher nur zögernd konstatiert und in beschränktem Umfang geduldet, Rundfunkfreiheit und Rundfunkaufgabe können dadurch auch Schaden nehmen. Unter diesen Umständen wäre es unzulässig, die Möglichkeiten einer „von Einschaltquoten unabhängigen Programmplanung“ weiter zu beschneiden und die Wünsche der „lediglich an redaktionell gestalteten Programmen interessierten Empfänger“ zu übergehen²⁶. Funktionell sinnvolle Schutzvorkehrungen wie die werberechtliche 20-Uhr-Grenze mit verfassungsrechtlichen Argumenten anzugreifen oder hilfsweise auf ausgiebige Sponsorfinanzierung umzuschwenken etc. – das wären gewiß Irrwege. Dadurch könnten die inneren Spannungen und Widersprüche (Finanzrecht kontra Programmauftrag?) weiter zunehmen. Grundsätzlich statthaft und modellmäßig konsequent wäre demgegenüber der Übergang zu einer reinen Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.

Freilich schließt auch letztere Lösung nach der jetzigen Faktenlage und dem Stand der Rechtsprechung beträchtliche Risiken ein. Das *BVerfG* versteht die Funktionsgarantie als Finanzgarantie überhaupt, es blickt auf den Gesamteffekt aller vom Gesetzgeber jeweils gewählten Finanzierungsarten; bei dieser Gesamtgröße setzt es mit seinem Bemühen um funktionale Kriterien an²⁷. Dazu pflegt auch ein Werbeanteil zu gehören. Dieser aber stellt in der funktionalen Analyse so etwas wie einen blinden Fleck dar. Das wirkt sich auch auf das Ganze aus: Die gedachte Gesamtgröße bleibt mehr oder minder kontingent und „weich“, sie ist schwer zu beeinflussen und zu steuern. Auch aus anderen Gründen kann hier nicht auf ganz und gar eindeutige, jeglichen Mißbrauch ausschließende materiellrechtliche Karlsruher Vorgaben gehofft werden.

4. Nicht nur Grundversorgung

Der Grundversorgungsbegriff beispielsweise, der dabei auch wieder mit im Spiel ist, scheint sich in der jetzigen dynamischen Lesart gegen Quantifizierungen prinzipiell zu sträuben. Er deckt sich nun wohl mit dem „klassischen Rundfunkauftrag“ (bei maximaler technischer Reichweite). Minimierenden Auslegungen, spartenmäßigen Beschränkungsversuchen (Ausklammerung und Privatisierung „leichter“ Unterhaltung), allgemeinen Schrumpfs- und Nischendoktrinen etc. wird erneut eine Absage erteilt²⁸. Im übrigen wird noch einmal auf den Ursprung der Grundversorgungsidee im Niedersachsen-Urteil hingewiesen: Es geht dabei lediglich um die

Zulässigkeit gewisser Nachlässe und Erleichterungen für den privaten Rundfunk. Neben jenem (aus heutiger Sicht zunehmend fragwürdigen) Rabatteffekt hat der Grundversorgungsbegriff weiter keine langfristigen strategischen Implikationen. Er ist auch nicht dazu angetan, die finanzielle Gewährleistungspflicht des Staates der Höhe nach zu begrenzen. Der geschützte, finanziell zu garantierende Funktionskreis der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist mit deren heutigen Grundversorgungsaufgaben keineswegs deckungsgleich. Vielmehr kann er darüber auch hinausgehen und sich davon ablösen.

5. Der neue Erforderlichkeitsmaßstab

Das *BVerfG* greift hier auch schon die Frage auf, wie der öffentlich-rechtliche Rundfunk zu finanzieren ist, wenn publizistische Konkurrenz im dualen System zur entscheidenden Antriebskraft wird²⁹. Unter diesem Blickwinkel rückt es nunmehr neben dem Grundversorgungsbegriff den Begriff der „Erforderlichkeit“ in den Vordergrund. Das Gericht greift dafür auf bisher weniger beachtete Wendungen in der früheren Judikatur zurück und wertet den Erforderlichkeitsbegriff in überraschender Weise auf. Es stellt ihn als Maßstab und Limit der Finanzgarantie heraus und sucht ihn anhand funktionaler Gesichtspunkte zu verdeutlichen³⁰. Das ist eine Neuerung, die im Ansatz einleuchtend erscheint. In der Durchführung wird sie allerdings noch einiger Feinarbeit bedürfen.

Der Regelungsbedarf, der anhand des Erforderlichkeitskriteriums gedeckt werden soll, wird in dem Beschluß wie folgt umrissen: Die öffentliche kommunikative Funktion der Rundfunkanstalten liege in den Grundzügen verfassungsrechtlich fest. Die so vorgegebene Zielsetzung werde durch die gesetzliche Aufgabenzuweisung konkretisiert. In diesem Rahmen genossen die Anstalten eine Programmautonomie, die sich in erster Linie auf „Inhalt und Form der Rundfunksendungen“ beziehe, einschließlich des jeweiligen Zeitbudgets. Das betreffe auch die Entscheidung über „Anzahl und Umfang der Programme“. Die Umfangsentscheidung werde deshalb von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als Anstaltsgrundrecht grundsätzlich mitgeschützt. Diese publizistischen Entscheidungen der Anstalten müßten allerdings vom Gesetzgeber nicht unbegrenzt durch entsprechende finanzielle Entscheidungen honoriert werden. Das *BVerfG* sieht den Gesetzgeber hier auch als Sachverwalter eines auf eine möglichst geringe Gebührenbelastung gerichteten finanziellen Empfängerinteresses. Die Heranziehung der Zuhörer und Zuschauer durch eine Geldleistungspflicht sei dem Grunde nach gerechtfertigt, auch in Form der herkömmlichen nutzungsunabhängigen Gesamtgebühren (vgl. § 11 Abs. 2 RfStV n. F.). Der Höhe nach sei das aber nur in dem Maß der Fall, das „zur Funktionserfüllung erforderlich“ und „geboten“ sei. Das Kriterium der Erforderlichkeit erlaube einen angemessenen Ausgleich zwischen Programmautonomie und gesetzgeberisch geltend zu machendem finanziellem Empfängerinteresse³¹.

²⁶ Vgl. diese Wendungen ebd., im Anschluß an die kaum zu überhörenden Warnungen in *BVerfG*, 5. 2. 1991 – 1 BvF 1/85, 1/88 *BVerfGE* 83, 238, 311. Dennoch kommt es in der Anstaltspraxis zu zunehmenden Verstrickungen, etwa wenn das ZDF unter Umgehung des § 13 Abs. 3 Satz 1 RfStV n. F. zwischen Hauptnachrichtensendung und Wetterbericht einen zusätzlichen Werbeplatz einschiebt. Angesichts steigender Kosten und schwindender Werbeerlöse meint man auch solche fragwürdigen Möglichkeiten ausschöpfen zu müssen. Die Resistenzkräfte scheinen da und dort schwächer zu werden.

²⁷ Vgl. den Hessen-Drei-Beschluß, unter C II 2 im Anschluß an *BVerfG*, 24. 3. 1987 – 1 BvR 147, 478/86 *BVerfGE* 74, 297, 342; *BVerfG*, 5. 2. 1991 – 1 BvF 1/85, 1/88 *BVerfGE* 83, 238, 310.

²⁸ Vgl. den Beschluß, unter C II 2 und 3 unter Anknüpfung an das Niedersachsen-Urteil *BVerfG*, 4. 11. 1986 – 1 BvF 1/84 *BVerfGE* 73, 118, 157 ff. = JZ 1987, 293, 295 und die Klarstellungen in *BVerfG*, 24. 3. 1987 – 1 BvR 147, 478/86 *BVerfGE* 74, 297, 324 ff. Anders jüngst wieder Starck NJW 1992, 3262 („nur Mindestversorgung“). Zu den früheren Streitigkeiten ausführlich P. Niepalla, Die Grundversorgung durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, 1990; M. Libertus, Grundversorgungsauftrag und Funktionsgarantie, 1991. Mit öffentlich-rechtlicher Option zuletzt H. Bethge, Media Perspektiven 1992, 624.

²⁹ Vgl. den Beschluß, unter C II 3 a. E. Siehe auch das Wettbewerbsmotiv in Präambel Abs. 2 RfStV n. F. und dazu Stock RuF 1992, 193 ff.: Auf dem Weg zu einem funktionstüchtigen Wettbewerb unter strukturell Ungleichen? Hier liegen die künftigen Kernprobleme.

³⁰ Vgl. den Beschluß, unter C II 3 und 4 unter Rückgriff auf *BVerfG*, 24. 3. 1987 – 1 BvR 147, 478/86 *BVerfGE* 74, 297, 342 = JZ 1987, 919, 924 f.

³¹ Vgl. den Beschluß, unter C II 3. Obige „Rechtfertigung“ geschieht auch im „Gesamtinteresse“ an einem qualifizierten Programmangebot gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Auch das ist zugleich ein Empfängerinteresse. Die hier relevanten Publikumsbelange beschränken sich nicht etwa auf Kosteneinsparung und möglichst billige Versorgung. Letzteres wäre eine Lesart, wie sie gern von Parteigängern des (scheinbar kostenlosen) privaten Rundfunks verwendet wird. Der Gesetzgeber darf sie sich nicht ungeprüft zu eigen machen. Er darf

Im Hessen-Drei-Beschluß wird, wie es scheint, an eine ausbalancierte Verteilung der Definitionsmacht über den nötigen Programmumfang gedacht, wobei das letzte Wort immer wieder beim *BVerfG* liegen soll. Der Erforderlichkeitsbegriff, der hier zum verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriff wird, soll offenbar moderierend wirken, er soll verschiedene denkbare Fehlentwicklungen verhüten. Das Gericht faßt dabei nun auch das duale System im ganzen ins Auge, und zwar jetzt als ein Konkurrenzsystem, welches insgesamt den Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG genügen soll. Unter diesem Blickwinkel zeigen sich die Richter um das künftige Wohlergehen auf dem öffentlichen Sektor besorgt. Sie stellen dort einerseits wettbewerblich veranlaßte endogene Ausuferungsgefahren in Rechnung, andererseits aber auch exogene, vom Gesetzgeber drohende übermäßige Einschränkungen. Der Schutzbereich der Rundfunkfreiheit wird daraufhin bis in jene äußere Zone erstreckt, in der die staatlichen finanziellen Vorentscheidungen über den möglichen Programmumfang fallen. Das Freiheitsrecht der Anstalten wird dort aber unter eine Art verschärften Gesetzesvorbehalt (Ausgestaltungsvorbehalt?) gestellt. Der Finanzierungsetzgeber soll darauf hinwirken, daß die Anstalten dysfunktionale Programmausweitungen unterlassen; sie sollen sich eben nicht ohne weiteres unter das ökonomische Marktgesetz beugen, sondern sie sollen marktmäßig-kommerziellen Gelüsten und Ängsten widerstehen. Der Gesetzgeber soll die Anstalten zu seinem Teil sozusagen in Form halten, er soll auch „die Gefahr der publizistischen Trägheit“³² bannen. Er soll ihnen aber auch nicht so wenig geben, daß sie ihre wohlverstandenen Grundversorgungsaufgaben nicht mehr erfüllen können und gehindert sind, die Privaten auf dem Feld „publizistischer Qualität“ zum Wettbewerb herauszufordern³³.

Der funktionell erforderliche, finanziell zu ermöglichende Programmaufwand stellt bei Lichte besehen eine recht komplexe Größe dar. Dabei ist einerseits eine grundgesetzliche starke Konstante³⁴ maßgeblich, andererseits muß das Kriterium der Erforderlichkeit aber auch „hinreichend anpassungsfähig“ bleiben³⁵. Es muß beispielsweise auf Stand und Entwicklung der Medientechnik Rücksicht nehmen³⁶. Auch muß der öffentlich-rechtliche Rundfunk auf das jeweilige, erfahrungsgemäß oft labile und aggressive „Verhalten der privaten Anbieter“ angemessen reagieren können. Obgleich von Hause aus markttranszendent beschaffen, soll er sich auf Dualismus und Marktrundfunk einstellen und „publizistisch konkurrenzfähig bleiben“³⁷. Der Erforderlichkeitsbegriff verweist demnach auf bestimmte rundfunkspezifisch-materiale Vorstellungen von einer dualen Ordnung, welche gegenwärtig vielleicht im Werden ist. Ob sich der Konkurrenzfaktor

auch nicht zum kritiklosen Vollstrecker irgendwelcher kommerzieller Expansionsinteressen und Roll-Back-Strategien werden. Die nötige „gesetzliche Ordnung“ (ebd. unter C I) ist nach wie vor die „positive Ordnung“ nach *BVerfG*, 16. 6. 1981 – 1 BvL 89/78 *BVerfGE* 57, 295, 320 = *JZ* 1981, 581; *BVerfG*, 5. 2. 1991 – 1 BvF 1/85, 1/88 *BVerfGE* 83, 238, 296, d.h. sie soll den „dienenden“ Charakter der Rundfunkfreiheit mit Rundumwirkung sichern.

³² Vgl. *Grimm* ZUM 1992, 586.

³³ Vgl. *Grimm* ebd. 588.

³⁴ Näher *M. Stock*, *Media Perspektiven* 1991, 133, 136, im Blick auf das Verhältnis von Grundversorgung und Wettbewerb.

³⁵ Vgl. den Hessen-Drei-Beschluß, unter C II 3 a. E.

³⁶ Siehe den Hinweis auf die „technische Entwicklung“, ebd. Dabei geht es um die finanziellen Voraussetzungen angemessenen Reagierens auf technischen Wandel. Neben dieser finanzrechtlichen Fragestellung gewinnt derzeit auch eine entsprechende unmittelbar-technikrechtliche Fragestellung an Bedeutung. Jüngstes Beispiel ist die Verfassungsbeschwerde des WDR gegen den Kapazitätsentzug durch Art. 5 Abs. 1 Nr. 12 des nordrhein-westfälischen 5. Rundfunkänderungsgesetzes vom 22. 9. 1992 (*GVBl.* 346). Ein Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung ist erfolglos geblieben. Siehe *BVerfG*, 15. 12. 1992 – 1 BvR 1534/92.

³⁷ Vgl. *BVerfG* aaO (o. Fußn. 35).

tor darin überhaupt im Zaum halten, funktionsverträglich ausgestalten und zum beiderseitigen Nutzen ins Spiel bringen läßt – das sind Fragen und Probleme, welche heute noch großenteils offen erscheinen. Die Ära der „Neuen Medien“ hat ja auch etwas Abenteuerliches an sich. Um so mehr bedarf sie der begleitenden Karlsruher Obhut und kritischen Supervision, hier anhand des Erforderlichkeitskriteriums³⁸.

6. Operationalisierungsprobleme

Im Hessen-Drei-Beschluß geht es anschließend um Fragen der fallbezogenen Operationalisierung. Der Erforderlichkeitsbegriff umfaßt danach zunächst die öffentliche Grundversorgung. Das ist hier gleichsam der Sockelbetrag, nicht aber der zulässige Höchstbetrag; auch darüber hinausgehende Programmangebote können erforderlich sein und unter den Finanzierungsanspruch fallen³⁹. Mancher Leser wird sich an dieser Stelle an den Baden-Württemberg-Beschluß erinnern, nach dessen formaler kalendarischer Abgrenzung hr 4 klar zur Grundversorgung gehören würde⁴⁰. Indessen findet sich das *BVerfG* zu derartigen detaillierten Festlegungen heute nicht mehr bereit, und es hat dazu bei den jetzigen Prämissen auch keinen Anlaß. Denn nunmehr würde der Befund ausreichen, daß hr 4 – Grundversorgung hin oder her – jedenfalls zum funktionell Erforderlichen gehört.

Allerdings wird auch letztere Feststellung vom Gericht nicht getroffen. Das hat seine Ursache darin, daß die relevante Bezugsgröße jetzt auf einer höheren Stufe angeordnet wird: Für den Finanzierungsanspruch soll es nun auf „das gesamte Programm einer Rundfunkanstalt“ ankommen; in diesem muß die Anstalt die Rundfunkaufgabe in vollem Umfang erfüllen, dafür müssen Gebühren-, Werbe- und sonstige Einnahmen insgesamt ausreichen. Was programmstrukturelle Binnendifferenzierungen (gegenständliche Schwerpunkte, besondere Zielgruppenbezüge) betrifft, so zeigt sich der Beschluß daran nicht weiter interessiert. Zu überlegen wäre wohl, ob auch einer zu weit gehenden marktorientierten Diversifizierung und inneren „Verspartung“⁴¹ ein Riegel vorgeschoben werden muß. Dieses schwierige Thema greift das *BVerfG* aber unter finanzrechtlichem Blickwinkel noch nicht auf. Es überläßt die Struktur- und Verteilungsentscheidungen insoweit im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen der jeweiligen Anstalt und bezieht die Finanzgarantie auf deren Gesamtangebot⁴². Dieser Ansatz könnte sich in verschiedener Hinsicht als zu pauschal erweisen⁴³.

³⁸ Diese Zusammenhänge werden vernachlässigt von *Starck* NJW 1992, 3257 ff., der einer „Normalität“ nach einfachen pressewirtschaftlichen Vorbildern das Wort redet und die Gefahren von Vermarktung und Vermachtung geringer veranschlagt als das *BVerfG*.

³⁹ Siehe oben 4.

⁴⁰ Vgl. den Stichtag der Verkündung des Niedersachsen-Urteils (4. 11. 1986) nach *BVerfG*, 24. 3. 1987 – 1 BvR 147, 478/86 *BVerfGE* 74, 297, 326 = *JZ* 1987, 919, 920, auf den sich der HR hier berufen hatte. hr 4 ist am 6. 10. 1986 gestartet worden, *ARD-Jahrbuch* 87, 151.

⁴¹ Wobei es geschehen kann, daß sich die publizistische und künstlerische Substanz äußerst ungleich verteilt: Hier ein paar anspruchsvolle kulturelle Minderheitenprogramme und Informationsschienen, dort massenattraktive Unterhaltungs- und Serviceprogramme nach kommerziellem Muster, ‚entwertete‘, ‚entmischte‘, ‚durchhörbare‘, ‚Fließprogramme‘ u.ä. Darin wird vielfach eine Entwicklung vom Integrations- zum ‚Segregationsrundfunk‘ und eine Verkümmernung zu Lasten des Programmauftrags erblickt. Siehe etwa *C. Boy*, *Südd. Zeitung* Nr. 241 vom 18. 10. 1991, 23 und *F. Olbert*, *Funk-Korrespondenz* Nr. 86 vom 2. 11. 1991, 3f. (dort zum neuen WDR-Hörfunkprogramm). Sinnvoll sind darum detaillierte Gesamtbeschreibungen wie diejenige von *Zabka* (o. Fußn. 2). Für Konzentration statt Diversifizierung im Fernsehen zuletzt betont *W. R. Langenbacher*, *Das Erste* Jan. 93, 55, gegen *J. Plog*, ebd. 54.

⁴² Siehe den Beschluß, unter C II 4 a, wo der Erste Senat von *BVerfG*, 24. 3. 1987 – 1 BvR 147, 478/86 *BVerfGE* 74, 297, 342, 344 = *JZ* 1987, 919, 924 f. abrickt, soweit dort ein differenzierterer Ansatz (auch Einzelprogramme geschützt) anklingt.

⁴³ Zu prüfen wäre z. B. auch, ob zwischen Hörfunk und Fernsehen unterschieden werden muß. In beiden Bereichen gibt es sodann Gemeinschaftspro-

Das Programmprofil von hr 4 kommt bis hierher nicht genauer ins Blickfeld. Fast hat es den Anschein, als sei Karlsruhe an Wohl und Wehe dieser Radiowelle in concreto gar nicht interessiert. Nachfolgend ändert sich der Eindruck aber doch noch, freilich nur zum Teil. hr 4 dient, wie erwähnt, auch als landesweiter Mantel für die Regionalfenster, und in letzteren scheint es lebendiger zuzugehen als in dem – etwas farblosen, ältlichen – Rahmenprogramm. Das *BVerfG* findet nun verständnisvolle Worte für die Regionalisierung im Rundfunk (gemeint ist vor allem der Hörfunk): Solche Fenster und auch ganze eigens angebotene „Regionalprogramme“ genügen jedenfalls in größeren Flächenstaaten sowie bei Mehrländeranstalten dem Erforderlichkeitskriterium, denn sie trügen den regionalen Unterschieden und den daraus erwachsenden besonderen Identifikations- und Informationsbedürfnissen der Empfänger Rechnung⁴⁴. Auch die territoriale Diversifizierung ist mithin insoweit – ob nun Grundversorgung oder nicht – von der Finanzgarantie mitumfaßt⁴⁵. Die Anstalten haben also finanziell freie Hand, diese möglicherweise zukunftssträchtige Entwicklungslinie weiterzuentwickeln⁴⁶. Mitgeschützt sind allerdings wieder nur regionale Programme bzw. Programmelemente überhaupt, nämlich als (im näheren anstaltsintern disponiblen) Bestandteile der genannten höherstufigen Bezugsgröße. hr 4 selbst und dessen Regionalsendungen können ihren Finanzbedarf auch dadurch nicht separat gesichert sehen.

Es kommt denn auch, wie es nach alledem kommen mußte: Die Werbeerlöse aus hessen 3 spielen bei der vom *BVerfG* praktizierten Gesamtbetrachtung nur eine untergeordnete Rolle (12 von 557 Mio. DM jährlich). Daß damit hr 4 finanziert wird, muß nach den gewählten Prämissen außer Betracht bleiben, d. h. das besondere hessische Arrangement fällt bei dem hiesigen generalisierenden Ansatz durch die Maschen. Die eigentümliche Entstehungsgeschichte erscheint danach gänzlich unerheblich; im Ergebnis wirkt sie sich also keineswegs legitimierend und reizvoll-überzeugend aus. Daß gerade der Wegfall der fraglichen vom HR bisher im Alleingang betriebenen, in den Dritten Programmen sonst nicht üblichen Fernsehwerbung das Finanzvolumen im ganzen unter die Erforderlichkeitsgrenze drücken würde, kann das Gericht nach Lage der Dinge nicht feststellen. Die programmliche Gesamtleistung der Anstalt mag vor allem durch die von ihr geltend gemachte „allgemein schlechte Finanzlage“ (Rückgang der Werbeumsätze, keine volle Kompensation durch andere Einnahmen) beeinträchtigt sein, andererseits könnte es im Hause auch noch Spielräume für mancherlei „kostensparende Maßnahmen“ geben⁴⁷ – nach dem höchst-

gramme, deren Finanzbedarf je für sich, aber anstaltsübergreifend, relevant werden kann. Auf gebührenrechtlicher Ebene spielen ohnehin auch noch größere Bezugsseinheiten eine Rolle, etwa der komplexe Inbegriff nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 RfKStV n. F.

⁴⁴ Vgl. den Beschluß, unter C II 4 b im Anschluß an die im ganzen wohlwollenden, aber noch zögernden, eher zwiespältigen Ausführungen in *BVerfG*, 24. 3. 1987 – 1 BvR 147, 478/86 *BVerfGE* 74, 297, 327 = JZ 1987, 919, 920 (Grundversorgung?).

⁴⁵ Das wird in Westdeutschland genau gelesen werden. Bei der jüngsten Verfassungsbeschwerde des WDR (o. Fußn. 36) geht es um Übertragungskapazitäten für zwei WDR-Regionalfenster.

⁴⁶ Ob für das lokale Programm etwas anderes gilt, wird in dem Beschluß offengelassen. Darin spiegelt sich der Umstand wider, daß eine öffentlich-rechtliche „Lokalisierung“ derzeit – von den Stadtstaaten und dem WDR-Engagement in Dortmund abgesehen – kein aktuelles Thema ist. Privater Lokalrundfunk will unterdessen, bis auf Nordrhein-Westfalen, ebenfalls nicht recht florieren. In dieser Sache ist das letzte Wort wohl noch nicht gesprochen.

⁴⁷ Vgl. den Beschluß, unter C II 5: Programmkürzungen, Übernahmen oder verstärkte Kooperation mit anderen Rundfunkanstalten, sonstige die Grundversorgung nicht beeinträchtigende Rationalisierungsmöglichkeiten. In diesen knappen, bedeutungsschweren Sätzen sind in ersten Kommentaren (o. Fußn. 1) Anspielungen auf innere und äußere Krisenerscheinungen beim HR gesehen

richterlichen Befund ist es jedenfalls nicht das begrenzte gesetzliche Werbeverbot, das den HR nachweislich hindern würde, seine Grundversorgungsaufgaben zu erfüllen und das funktionell Erforderliche zu leisten. Folglich stellt sich die Verfassungsbeschwerde zu 2) als unbegründet dar.

III. Gebührenerrechtliche Konsequenzen und Neuerungen

Über den engeren Anlaß hinaus verdient der Hessen-Drei-Beschluß besondere Beachtung, weil er die Verfassungsrechtsprechung über Fragen der Rundfunkfinanzierung ein Stück weit voranbringt. Im Vordergrund des Interesses steht dabei die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Der Anteil der Werbefinanzierung ist auf dem öffentlichen Sektor allgemein rückläufig, und dagegen kann und will die Judikatur wohl nicht weiter anrennen. Deren heutiges Hauptinteresse scheint vielmehr dem Gebührenwesen zu gelten. Das liegt im dualen System in der Tat in der Logik der Dinge. Entscheidend kommt es dabei auf die Frage an, ob sich die verfassungsrechtliche Funktions- und Finanzgarantie über kurz oder lang auch als profunde Gebührengarantie fassen läßt. Insoweit befinden wir uns beim jetzigen Stand der Rechtsprechung erst auf halbem Wege.

1. Einige Schwierigkeiten mit der Gebührengarantie

Was vom *BVerfG* über das Erforderlichkeitskriterium als Maßstab und Limit der Finanzgarantie gesagt wird, bezieht sich zunächst auf die derzeit übliche Mischfinanzierung auf Anstaltsebene, nämlich auf das Gesamtaufkommen aus Gebühren-, Werbe- und sonstigen Einnahmen, das der jeweiligen einzelnen Rundfunkanstalt zur Verfügung steht. Diese Gesamtgröße hat allerdings, wie gezeigt, eine Art Black-Box-Charakter, soweit sie auch andere als Gebühreneinnahmen umfaßt. Garantiert werden können im Grunde nur letztere. Demnach liegt der Versuch nahe, zwischen den verschiedenen Finanzierungsarten schärfer zu unterscheiden, die zumal von der Werbefinanzierung ausgehenden Störfaktoren und Unklarheiten zurückzudrängen und die Gewährleistungstätigkeit auf die Gebührenfinanzierung zu konzentrieren. Der Sache nach beziehen sich die wesentlichen Aussagen des Hessen-Drei-Beschlusses auch schon primär auf das Gebührenwesen. Diese interessante Perspektive wird aber noch durch diejenige überlagert, die sich ergibt, wenn der Blick auf das heutige vage Gesamtbild gerichtet wird.

Wenn es nun darum geht, die Garantiebemühungen zu verstärken und dabei zu gebührenspezifischen Konkretisierungen zu gelangen, wird man auch nicht ohne weiteres bei der Anstaltsebene als einziger maßgeblicher Bezugsgröße bleiben können. Wie das hessische Beispiel erkennen läßt, kann eine richterliche Gesamtbeurteilung der publizistischen Leistung einer Rundfunkanstalt in ihren sämtlichen Hörfunk- und Fernsehprogrammen nur zu leicht zu überschlägigen Bewertungen führen und im Ungefähren enden. Ob das funktionell Erforderliche in einem Haus insgesamt geschieht, ob es – wenn die Frage verneint wird – wegen Wegfalls eines be-

worden, wie sie im Herbst 1992 viel von sich reden machten. Aufsehen erregte z. B. die Prüfungsmittelteilung (Teil 1) des Hessischen Rechnungshofs über eine außerordentliche Prüfung beim HR vom Okt. 1992, auszugsweise in *epd/Kirche* und *Rundfunk* Nr. 89 vom 11. 11. 1992. Angesichts bevorstehender einschneidender Reformen kam es in der Anstalt zu heftigen Auseinandersetzungen und bitteren Abrechnungen. Siehe nur die Dokumente zu der Personalversammlung vom 30. 11. 1992, *Frankfurter Rundschau* Nr. 293 vom 17. 12. 1992, 20. Schließlich wurde HR-Intendant *Kelm* zum Rücktritt per 30. 4. 1993 gedrängt. Näher *E. Roll*, *Süddt. Zeitung* Nr. 291 vom 17. 12. 1992, 18; *J. Scheitbauer*, *Journalist* 1992, Heft 12, 42 ff.; *F. Hertle* (Interview), *epd/Kirche* und *Rundfunk* Nr. 7 vom 30. 1. 1993, 3 ff.

stimmten, in concreto umstrittenen Finanzierungsanteils nicht geschieht oder ob dafür andere Gründe (Verknappung dritter finanzieller Ressourcen, Mittelverschwendung oder Mißmanagement, innere Unsicherheit, Umstellungsschwierigkeiten, Führungsprobleme etc.) ausschlaggebend sind – das werden häufig Einschätzungsfragen sein, über die sich irgendwie Übereinkunft erreichen läßt, nur wird es dabei nicht eigentlich juristisch-rational zugehen. Die Nachprüfung kann nur zu leicht im Sande verlaufen. Es wird also angezeigt sein, nach differenzierteren, gebührenadäquaten Parametern Ausschau zu halten und das Instrumentarium auch im übrigen zu verfeinern.

2. Medienstrukturelle und grundrechtsdogmatische Vorfragen

Letztlich geht es dabei um essentielle Fragen wie die, wo denn nun eigentlich die Grenze zwischen schützenswertem „qualitativem Wachstum“ und Stagnation bzw. übermäßiger Programmausweitung, zwischen Schlankheit und Auszehrung bzw. Dickleibigkeit etc., kurz: zwischen Entwicklung und Fehlentwicklung verläuft. Die Finanzgarantie soll ja gerade auch eine Entwicklungsgarantie sein, was zunächst einmal einen quantitativ und qualitativ gefaßten, im Lichte des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG präzisierten Entwicklungsbegriff voraussetzt. Anhand dessen wird dann das Verhältnis von Programmautonomie und staatlichem legislatorischem Garantiebemühen weiter zu klären sein. Um die Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ im dualen System zu etablieren und bei Kräften zu halten, Schwächeerscheinungen beizeiten zu diagnostizieren, äußeren und inneren Gefährdungen entgegenzutreten, auch einem drohenden finanziellen Ruin zuvorkommen und das Ganze wieder in flotte Fahrt zu bringen – um alles das zu erreichen, wird die Gewährleistungseffizienz beträchtlich erhöht werden müssen. Man wird versuchen müssen, sich genauer darüber zu verständigen, welcherlei Entwicklung auf dem öffentlichen Sektor funktionsgerecht wäre und welche nicht, wo insoweit die vitalen Antriebe und Nervenpunkte zu suchen sind und was daraus folgt, wenn es dann um angemessene finanz-, insbesondere gebührenrechtliche Parameter und Instrumente geht. Bei günstigem Verlauf könnten wir vielleicht so weit kommen, daß eine etwaige reine Gebührenfinanzierung von Verfassung wegen hinlänglich abgesichert werden könnte. Entsprechendes gilt für den Gebührenanteil der heutigen Mischfinanzierung.

In ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung ist die staatliche Gebührenfestsetzungshoheit im dualen System ein neuralgischer Punkt. Sie ist für einseitige Einflußnahmen, subjektives Irren und Eifern, dolose Bestrebungen, Blockadestrategien etc. in hohem Grad anfällig. Ob sich dem vom Verfassungsrecht aus überhaupt abhelfen und dauerhaft vorbeugen läßt, wird verschiedentlich bezweifelt⁴⁸. Nach dem jetzigen Stand der Verfassungsrechtsprechung kommt es dafür vor allem auf die innere Konsistenz des Erforderlichkeitsmaßstabs an. Nun gibt der Erste Senat selbst in sympathischer Weise zu erkennen, daß er damit noch nicht zufrieden ist. Das Hauptproblem scheint er in der Quantifizierung zu sehen; diese lasse sich aus dem Erforderlichkeitskriterium nicht „stringent ableiten“. Zwar seien insoweit Eingrenzungen wie die oben referierten (Grundversorgung + n, auch regionale Programman-

gebote, das gesamte Programm einer Anstalt als Bezugsgröße) möglich. Gleichwohl bleibe der Bestimmtheitsgrad, den die aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 folgenden Grundsätze vermittelten, relativ gering⁴⁹. Das trifft zur Zeit sicherlich zu, und man wird hoffen dürfen, daß in dieser Hinsicht nächstens noch Fortschritte stattfinden. Im übrigen geht es aber darum, mit den Schwierigkeiten der Operationalisierung zu leben und dennoch eine Rundfunkfinanzierung zu gewährleisten, die der Rundfunkfunktion gerecht wird. Vor allen weiteren Quantifizierungsbemühungen müßte versucht werden, über den Karlsruher Ansatz als solchen mehr Konsens herzustellen: Welches sind eigentlich die genaueren grundrechtsdogmatischen Konturen und die strukturellen Prämissen der Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“? Wie müßte ein Finanzierungsmodus beschaffen sein, welcher dieser Freiheit zu Fortbestand und kraftvoller Entwicklung verhelfen soll, durchaus auf dem Boden des jetzigen dualen Systems?

3. Zum weiteren Klärungsbedarf

Hier bleibt noch viel zu tun, wie auch ein Blick auf erste Kommentierungen des Hessen-Drei-Beschlusses lehrt. Im politischen Raum ist in dem Beschluß etwa eine Bestätigung dafür gesehen worden, daß gewisse von den jeweiligen Kritikern als überflüssig erachtete, abfällig als „Programmflirnfanz“ bezeichnete Entwicklungsschritte auf dem öffentlichen Sektor (genannt wurden das ARD/ZDF-„Frühstücksfernsehen“, der weitere Ausbau von hessen 3 und die Schaffung zusätzlicher Hörfunkketten wie hr 4 und WDR 5) gebühre nmäßig nicht länger abgegolten werden müßten. Der Erforderlichkeitsbegriff wurde dabei mehr oder minder eng ausgelegt, und es wurden erhebliche Kürzungen des heutigen Programmangebots verlangt. Auch wurde in dem Karlsruher Beschluß der Startschuß für eine grundlegende Strukturreform des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erblickt, wobei das „englische System“⁵⁰ auch für Deutschland favorisiert wurde⁵¹.

Ähnlich, aber noch rigoroser und karger wurde aus verfassungsrechtlicher Sicht argumentiert, indem ein restriktiver, gesetzgeberisch streng zu fixierender Grundversorgungs- bzw. Erforderlichkeitsbegriff gefordert wurde⁵², und zwar vor dem Hintergrund eines eher pressenspezifischen, an den Verhältnissen bei privaten Print- und AV-Medien orientierten Grundrechtsverständnisses. Für Entwicklungsentscheidungen in relativer anstaltlicher Autonomie, für offendynamische Leitklauseln und für eine begleitende verfassungsrechtliche Gewährleistungs- und Kontrolltätigkeit bliebe dabei

⁴⁹ Vgl. den Beschluß, unter C II 4 a. A. und c.

⁵⁰ Gemeint sind reine Gebührenfinanzierung auf dem öffentlichen und überwiegende Werbefinanzierung auf dem privaten Sektor. Näher zur britischen Tradition und zu den Deregulierungsmaßnahmen der Regierung *Thatcher S. Hearst, Media Perspektiven* 1991, 170 ff.; *W. Hoffmann-Riem* RuF 1991, 17 ff.; *P. Humphreys*, in: Hans-Bredow-Institut (Hrsg.), Internat. Handbuch für Hörfunk und Fernsehen 1992/93, 1992, D 114 ff. m. w. N. Unter der Regierung Major kann die BBC, wie es scheint, wieder optimistischer in die Zukunft blicken. Siehe den Bericht von *J. König*, epd/Kirche und Rundfunk Nr. 94 vom 28. 11. 1992, 7 ff.

⁵¹ So Unions- und FDP-Stimmen im Okt. 1992, siehe die Nachweise oben Fußn. 1. Um die Jahreswende machten dann auch Überlegungen von sich reden, die Gebührenfinanzierung überhaupt abzuschaffen. Vgl. epd/Kirche und Rundfunk Nr. 1 vom 9. 1. 1993, 12 ff. Zu jenem diffusen Spektrum: *U. Kammann*, ebd. 3 f.; *ders.*, *Journalist* 1993, Heft 2, 10 ff.

⁵² Vgl. *Starck* NJW 1992, 3261 ff., der das Erforderlichkeitskriterium anders herleitet und plazieren will: Die Veranstaltung von Rundfunk durch ARD/ZDF beeinträchtigt die privaten Konkurrenten in deren Rundfunkfreiheit, sie habe insoweit Eingriffscharakter und müsse anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips beschränkt werden. Jene Umkehrung des Kriteriums drückt sich dann auch in einer inhaltlichen Verengung aus. Dagegen *Grimm* ZUM 1992, 584 f.

⁴⁸ Vgl. nur *N. Schneider*, epd/Kirche und Rundfunk Nr. 91 vom 18. 11. 1992, 3, 7. Weniger pessimistisch *Kammann* (o. Fußn. 1), der aber ebenfalls die Größe der Aufgabe betont und auch ein prinzipielles Umdenken im politischen Raum anmahnt.

kaum noch Raum⁵³. Hiernach könnten marktmäßig-werbewirtschaftliche Standards der privaten Seite im dualen System über kurz oder lang insgesamt typusbestimmend werden. Um so mehr müßte der öffentlich-rechtliche Rundfunk befürchten, seine Stellung als „Rundfunk für alle“⁵⁴ nach und nach zu verlieren und auf ein Nebengleis zu geraten. Schließlich würde er womöglich einer Marginalisierung nach US-Muster⁵⁵ anheimfallen. Die staatliche Gebührenfestsetzungshoheit würde sich hiernach als Disziplinierungs- und Schmälerungsinstrument darstellen. Sie wäre dazu angetan, einer einfachen Marktgrundfunkfreiheit zum Siege zu verhelfen, wie sie in Verlegerkreisen seit Jahrzehnten verfochten wird⁵⁶. Man hält dort tatsächlich immer noch an den alten Anmaßungen fest. Man hat alles dies schon oftmals vorgebracht, und es wird dadurch nicht überzeugender.

Immerhin erhellt daraus vollends: Es bedarf heute einer breiten, möglichst intensiven und unvoreingenommenen medienpolitischen und medienrechtlichen Diskussion über die erwähnten Zukunftsfragen, insbesondere über die Finanzgarantie als gebührenrechtlich gewendete Entwicklungsgarantie. Einige Auflockerungen und weiterführende Gesichtspunkte werden auch von benachbarten Wissenschaftsdisziplinen zu erhoffen sein⁵⁷. Wer sich auf die Karlsruher Lehre von der „dienenden Freiheit“ wirklich einläßt, wird auch leichter imstande sein, zu den medienstrukturell wichtigen, den künftigen Dualismus im ganzen und dessen innere Ausbalancierung betreffenden Fragestellungen durchzudringen. So werden sich auch klarere materielle Maßstäbe für die Ausfüllung des Erforderlichkeitsbegriffs gewinnen lassen. Über dessen qualitative und quantitative Aspekte, über Möglichkeiten seiner materiellrechtlichen und sonstigen Operationalisierung, überhaupt über seinen unentbehrlichen normativen Gehalt, über den guten Sinn einer gewissen inhaltlichen Unbestimmtheit, über dennoch bestehenden weiteren Klärungs- und Orientierungsbedarf etc. – über alles das wissen wir noch wenig. Mehr darüber in Erfahrung zu bringen, ist jetzt dringend geboten. Denn wir befinden uns bei Lichte besehen schon auf einer Gratwanderung: Beibehaltung des deutschen gemischten Finanzierungssystems oder Übergang zum „englischen System“? Oder aber endlich doch „Amerikanisierung“ i. S. von Verkümmern und Niedergang des öffentlich-rechtlichen Rundfunks? Welche Handhabung des Erforderlichkeitsbegriffs wäre unter diesen Umständen zu scharf, und welche wäre andererseits zu lasch und würde im Ergebnis auch ihrerseits dysfunktionale Folgen haben? Darüber besagt

⁵³ Vgl. die bei dem Grundversorgungsbegriff ansetzenden Ausführungen Starcks NJW 1992, 3257 ff.: Es gebe ein Übermaß an Karlsruher Dezision und „reinen Machtsprüchen“, und zwar zugunsten des öffentlich-rechtlichen „Expansionsrundfunks“ (Bullinger) und zu Lasten des pressenahen Privatrundfunks.

⁵⁴ Siehe etwa A.-L. Heygster/E. Maseberg (Hrsg.), Das Fernsehen: Programm für alle – Forum für jeden? 1982. Näher M. Stock, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, 1985, 17 u. ö., auch zum rundfunkspezifischen Integrationsbegriff. Letzterer wird in den Anstalten neuerdings wieder gründlicher bedacht, nicht zuletzt im Hinblick auf die deutsch-deutsche innere Vereinigung. Dazu P. C. Hall (Hrsg.), Ein Bild der deutschen Wirklichkeit, 1992. Zuletzt D. Grimm, in: P. Haungs u. a. (Hrsg.), Civitas. Widmungen für Bernhard Vogel zum 60. Geburtstag, 1993, 685, 691 f.

⁵⁵ Dazu W. Möller/H. Wimmersberg, Public Broadcasting in den USA, 1988; H. J. Kleinsteuber, in: Internat. Handbuch (o. Fußn. 50), E 141 ff. m. w. N. Aus britischer Sicht tiefdringend M. Tracey, epd/Kirche und Rundfunk Nr. 96 vom 5. 12. 1992, 3 f. und Nr. 97 vom 9. 12. 1992, 6 ff.

⁵⁶ Näher M. Stock, Koordinationsrundfunk im Modellversuch, 1981, 147 ff. Siehe auch dens., Zur Theorie des Koordinationsrundfunks, 1981, 58 ff., über die grundrechtsdogmatische Umsetzung jener wirtschaftlichen und politischen Intentionen. Als jüngstes Beispiel solcher Art sei genannt W. Möschel, in: G. Wild u. a. (Hrsg.), Festschrift für A.-C. Gaedertz, 1992, 431 ff.

⁵⁷ Zur Bedeutung von unabhängiger Medienforschung und anstaltlicher Forschungsförderung insoweit Stock RuF 1992, 219 f. Näher ders. in: U. M. Krüger, Programmprofile im dualen Fernsehsystem 1985–1990, 1992, 15 ff.

der Hessen-Drei-Beschluß noch nicht genug. Weder der Gewährleistungs- noch der Begrenzungseffekt des Erforderlichkeitskriteriums scheinen danach sonderlich kräftig. Um die Finanzgarantie zu einer hinlänglich robusten, sozusagen wetterfesten Gebührengarantie auszugestalten, bleiben auch weitere Karlsruher Vorgaben notwendig.

4. Die verfahrensrechtliche Dimension

Interessant erscheint unter diesem Blickwinkel die Schlußpointe der allgemeinen Darlegungen des Hessen-Drei-Beschlusses. Dort stellen die Richter zunächst, wie erwähnt, mit einem Unterton des Bedauerns fest, daß die bis dahin entwickelten materiellrechtlichen Maßstäbe einer funktionsgerechten Finanzierung relativ unbestimmt seien. Darauf folgt dann die Forderung, „daß zum Ausgleich das Verfahren der Entscheidungsfindung in einer Weise eingerichtet wird, die ein möglichst grundrechtskonformes Ergebnis gewährleistet“⁵⁸. Damit wird auf verfahrensrechtliche Erweiterungen der Schutzwirkung abgezielt, wie sie (einschließlich der organisationsrechtlichen Dimension) in der aufgeklärten Grundrechtsdoktrin längst zum Allgemeingut gehören⁵⁹. Auch im Rundfunkrecht ist dieser Gedanke seit dem FRAG-Urteil⁶⁰ geläufig; die prozedurale Umsetzung entspricht der Eigenart des Mediengrundrechts in besonderem Maße. Das BVerfG fährt nun an der genannten Stelle fort: Ob dazu (sc. für Grundrechtskonformität im Ergebnis) das gegenwärtig bestehende Verfahren der Gebührenfestsetzung und der Regulierung der anderen Einnahmequellen durch Staatsverträge der Länder ausreiche, sei hier nicht zu entscheiden. Das klingt warnend, es liest sich schon fast wie ein Wink mit dem Zaunpfahl: Die nächste Entscheidung könnte eine weitreichende verfahrensrechtliche Mängelrüge erhalten.

Dies versteht sich vor dem Hintergrund einer seit den achtziger Jahren im Gang befindlichen verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Debatte über eine Reform des Gebührenwesens. Ansätze und Konzepte für organisatorische und verfahrensmäßige Neuerungen gibt es auf diesem Gebiet schon in größerer Zahl⁶¹. Dabei geht es – ähnlich wie im Fall der öffentlichen Frequenzverwaltung⁶² – um eine gesteigerte funktional veranlaßte Distanz zum (Parteien-)Staat, um verschiedene Objektivierungsideen, um breitere Beteiligung, vermehrte Mobilisierung von Sachverstand, Einführung von for-

⁵⁸ Vgl. den Beschluß, unter C II 4 c.

⁵⁹ Statt aller K. Hesse, in: E. Benda u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1983, 79, 100 ff.; E. Denninger, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 1992, 291 ff. In dem Beschluß (o. Fußn. 58) wird auf die Mülheim-Kärlich-Entscheidung BVerfG, 20. 12. 1979 – 1 BvR 385/77 BVerfGE 53, 30, 65 = JZ 1980, 307, 310 li. Sp. und auf das Sondervotum dort 69, 71 ff. = JZ 1980, 311 (Simon/Hauschner) verwiesen.

⁶⁰ BVerfG, 16. 6. 1981 – 1 BvL 89/78 BVerfGE 57, 295, 320.

⁶¹ Siehe H. Bühringer, Media Perspektiven 1985, 1 ff.; dagegen H.-E. Schleyer, ebd. 355 ff. mit Erwidern von Bühringer, 358 f. Dazu M. Stock, Landesmedienrecht im Wandel, 1986, 83 ff. Aus späterer Zeit M. Libertus DÖV 1990, 635 ff.; H. G. Prodoehl, Media Perspektiven 1990, 378 ff.; W. Hoffmann-Riem, in: ders. (Hrsg.), Indexierung der Rundfunkgebühr, 1991, 10, 19 ff. Zu dem Vorlagebeschluß des BayVG (o. Fußn. 17) insoweit H. Bethge, dort 137 ff.; J. Wieland, ebd. 158, 163 ff. m. w. N. Zur Indexierungsdebatte ferner die Tagungsberichte von N. Klute AfP 1991, 515 ff., und T. Vesting DVBl. 1991, 857 ff. Zuletzt H. Gersdorf, Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1991, 339 ff., mit eigenwilligem Votum für die Landesmedienanstalten als gebührenpolitische Dachinstanzen des dualen Systems. Letzere Konstruktion könnte zu Verzerrungen führen.

⁶² Hierzu zuletzt N. Klute RuF 1992, 365 ff. Damit wird sich das BVerfG auf die WDR-Verfassungsbeschwerde (o. Fußn. 36) hin näher beschäftigen müssen. Parallel dazu steht in nächster Zeit die Entscheidung in Sachen Kabelgrossen (o. Fußn. 17) an, an die bei obiger bedeutungsvoller Bemerkung des Hessen-Drei-Beschlusses gern gedacht wird. Es handelt sich dabei einerseits um die technischen, andererseits um die finanziellen Voraussetzungen und Ressourcen realer Rundfunkfreiheit.

malisierten Verhandlungsphasen und konsensualen Elementen u. ä., und vor allem um eine partielle Autonomisierung unter dem Schuttschild des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Freilich hat diese Diskussion bislang nichts gefruchtet. Auch in den Staatsverträgen von 1991⁶³ konnten sich die Länder nicht zu größeren gebührenrechtlichen Innovationen durchringen. Die Gründe dafür sind vielfältig, und sie sind zum Teil lichtscheu. Wer z. B. auf staatlicher Seite daran denkt, den Gebührenhebel zu irgendwelchen Unterwerfungs-, Verdrängungs- oder Strangulierungszwecken zu verwenden, wird schwerlich geneigt sein, ihn aus der Hand zu geben oder auch nur nennenswerte Erschwerungen der Benutzung des gefährlichen Instruments in Kauf zu nehmen. Es kann sich aber auch um fürsorglich-wohlätzig gemeinte Einwirkungsabsichten handeln, etwa darum, daß man exzessive Programmausweitung tunlichst verhüten oder strenge Gesundheitskuren durchsetzen möchte. Wie dem auch sei – hier gibt es eine Art Große Koalition gegen mehr Staatsferne, also bewegt sich erst einmal gar nichts.

Wie das *BVerfG* dazu steht, mag andeutungsweise in den allgemein gehaltenen Ausführungen des Hessen-Drei-Beschlusses über den Gesetzgeber als Sachwalter eines finanziellen Empfängerinteresses⁶⁴ anklingen. Jene Ausführungen dürften gebührenrechtlich relevant sein, und sie gehen wie selbstverständlich vom Fortbestand einer intensiven staatlich-legislatorischen Einwirkung auf die Rundfunkfinanzen aus. Daß damit das bisherige staatliche Finanzregime bereits ein verfassungsrechtliches Plazet erhalten hätte, ist aber nicht anzunehmen. Die Karlsruher Darlegungen zum Erforderlichkeitskriterium laufen, wie gezeigt, eher darauf hinaus, daß eine sorgfältig ausbalancierte mittlere Lösung ansteht, wobei auch die Rundfunkanstalten selbst an der Definitionsmacht teilhaben sollten. In dieser Richtung schlagen dann auch die eben zitierten Schlußbemerkungen zu Buche; sie scheinen auf

zusätzliche verfahrens- und evtl. organisationsrechtliche Sicherungen einer derartigen mittleren Lösung abzielen.

Etwas Staat (als Parteienstaat) wird auf diesem Gebiet auch in Zukunft unentbehrlich sein. Solcher Staatseinfluß liegt aber in Reichweite des Grundrechts der Rundfunkfreiheit, und er erscheint inhaltlich grundsätzlich ambivalent. Originär-politische Dezierionen in Finanzierungsfragen⁶⁵ wollen zur Medienfreiheit als „dienender Freiheit“ m. E. nicht so recht passen. Daß der Gesetzgeber hier in einigem Umfang das Sagen behält, mag nach Lage der Dinge für sinnvoll gehalten werden; selbstverständlich ist es aber keineswegs. Parlamente und Regierungen können sich im Bereich der Bühnenpolitik de facto funktionsadäquat verhalten, sie können sich aber auch funktionsschädlich und lähmend betätigen. Darum wird zu überlegen sein, ob es Mittel und Wege gibt, um auch hier einen neuen Anfang zu machen. Das *BVerfG* wird nun vor der Frage stehen, ob die vorhandenen Vorschläge und Modelle bereits so weit ausgereift sind, daß es etwas Brauchbares an der Hand hat und dem politischen Staat – auch in Gestalt widerspenstiger Länderchefs und machtbesessener Landtage – entsprechende Anstöße zur Selbstbeschränkung geben kann. Mehr auf Kooperation, Konsens und rundfunkspezifische Autonomisierung zu setzen, würde dem heutigen Entwicklungsstand des Rundfunkrechts in der Grundlinie sicherlich besser gerecht werden. Der Letztentscheid müßte, soweit dafür verfassungsrechtliche Maßstäbe vorhanden sind, beim *BVerfG* bleiben. Die Chancen einer grundrechtskonformen Gebührenbemessung lassen sich so immerhin vergrößern. Fortschritte in materiell-rechtlicher und zudem in organisations- und verfahrensrechtlicher Hinsicht sind nach alledem denkbar und wünschenswert. Die Funktionsgarantie endlich auch als profunde Gebührengarantie zu fassen – das wäre sicherlich ein reizvolles Unternehmen.

⁶³ Siehe oben Fußn. 24.

⁶⁴ Siehe oben II 5.

⁶⁵ In diesem Sinn betontermaßen *Bethge* (o. Fußn. 61), 147 ff.