

Besprechungsaufsatz

Professor Dr. Martin Stock, Bielefeld

Privatfunk als „öffentlich-rechtlicher Rundfunk“? Ein bayerisches Verfassungsproblem*

1. Eine neue Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs

a) Die bayerische medienrechtliche Judikatur ist vielfältig und ergiebig. Letztlich hat der *BayVerfGH* sie um die Entscheidung vom 23. 11. 1990 bereichert. Auf den ersten Blick ist dies ein Routinefall aus dem Privatrundfunkrecht:

Zu den Aufgaben der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM) nach dem Medienerprobungs- und -entwicklungsgesetz (MEG) i. d. F. vom 8. 12. 1987 (GVBl. S. 431) gehört der Aufbau werbefinanzierter lokaler Hörfunkstationen. Im Gebiet von Rosenheim bewarben sich um die knappen drahtlosen Frequenzen zahlreiche kommerzielle Anbieter. Einige von ihnen gelangten zu Vereinbarungen mit der zuständigen Kabelgesellschaft, welche von der BLM nach Art. 26 Abs. 1 MEG genehmigt wurden. Andere Interessenten blieben erfolglos, so auch ein örtliches Unternehmen

(Radio KA/9), das sich mit dem Ablehnungsbescheid nicht zufriedengab. Es verfolgte sein Begehren mit dem Widerspruch weiter und wandte sich auch gegen die den erfolgreichen Konkurrenten erteilten Genehmigungen. Dieses widerspenstige Unternehmen konnte sich vor den Verwaltungsgerichten im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die BLM durchsetzen. Gegen die diesbezüglichen Beschlüsse des VG und des VGH München erhob die Münchener Landesmedienanstalt Verfassungsbeschwerde zum *BayVerfGH*. Damit drang sie letztlich durch.

Bis hierher ist das nichts sonderlich Neues und Bemerkenswertes. Es scheint sich um eine Lizenzierungsstreitigkeit in Form einer rundfunkrechtlichen Konkurrentenklage zu handeln, wie sie im Privatrundfunkrecht in den letzten Jahren ähnlich auch andernorts vorgekommen ist¹.

* Zugleich Besprechung der Entscheidung des *BayVerfGH* vom 23. 11. 1990 - Vf. 116-VI-89, JZ 1991, 663ff. (in diesem Heft) = BayVBl. 1991, 143ff. = DVBl. 1991, 329ff. Vorausgegangen war die Eilentscheidung des *BayVerfGH* vom 2. 2. 1990, *VerfGH* 43, 21ff. (einstweilige Anordnung).

¹ Etwa *OVG Lüneburg* DVBl. 1986, 1112ff.; *VGH Mannheim* NJW 1990, 340ff.; *OVG Koblenz* NVwZ 1990, 1087f.; *BVerfG* (3. Kammer des Ersten Senats) DVBl. 1991, 309f. Der Beschluß des *VGH München* vom 29. 11. 1989, gegen den sich im vorliegenden Fall die Verfassungsbeschwerde der BLM richtete, ist abgedruckt BayVBl. 1990, 179ff. mit Anm. *Jäde*. Gegen die stattgebende Entscheidung des *BayVerfGH* hat die Radio KA/9 erfolglos Verfassungs-

b) Das *Landesverfassungsgericht* belehrt uns indes, daß dem nicht so ist. Vielmehr habe man es mit einem Konflikt zu tun, der den Zugang zu dem von der Landesmedienanstalt selbst veranstalteten „öffentlich-rechtlichen Rundfunk“ betreffe. Das Gericht erblickt in der BLM das maßgebliche Grundrechtssubjekt nach Art. 111a BV, mit der Folge, daß sich die Rechtsposition der Privaten als überaus schwach darstellt – weit schwächer als in den anderen Bundesländern. Hiernach fehlt nicht mehr viel, und die Anbieter nach dem MEG haben nur noch einen bescheidenen Zuliefererstatus. Ihr Gewicht ist gering. Um so größer ist andererseits dasjenige der Anstalt. Deren Legitimation geht sehr weit, denn ihre Aufgabe ist sehr anspruchsvoll: Das von der BLM getragene und verantwortete Programmangebot soll demjenigen der bisherigen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, z. B. des Bayerischen Rundfunks (BR), in der Qualität ungefähr gleichkommen. Damit knüpft der *BayVerfGH* an frühere Entscheidungen an, und er läßt auch wiederum Zweifel erkennen, ob denn Sein und Sollen im Lande wirklich übereinstimmen. Dies ist nun ein ganz besonderes bayerisches Phänomen. Es ist ein Spezifikum, das auch außerhalb des Freistaats kritisches Interesse verdient.

2. Der Verfassungsvorbehalt „öffentlich-rechtlicher Trägerschaft“

a) Es geht hier um den älteren, über den Volksentscheid von 1973 in die Landesverfassung eingegangenen Vorbehalt „öffentlich-rechtlicher Trägerschaft“ (Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV). Abgekürzt ausgedrückt, besagt der Vorbehalt folgendes: Das Staatsvolk – jedenfalls das von 1973 – will in Bayern keinen privat-kommerziellen Rundfunk. Das ist damals zum Verfassungsinhalt geworden².

Dies ist allerdings eine Angelegenheit, in der das Landesparlament schon seit längerem dazu neigt, andere Wege zu gehen. Zwischen Repräsentanten und Repräsentierten scheint sich hier eine beachtliche Kluft aufgetan zu haben. Der historische Volkswille in Gestalt der Verfassungsnorm wird in der CSU-Medienpolitik nicht mehr ohne weiteres nachvollzogen und als letztes Wort anerkannt. Man zeigt sich auf Relativierung und Revision bedacht. Eine an sich wünschenswerte, einfache politische Lösung mag aus jener Sicht eine Verfassungs(rück)-änderung sein. Dafür bekommt man aber im Landtag keine Zweidrittelmehrheit zusammen, und man scheut offenbar das dann fällige (Art. 75 Abs. 2 Satz 2 BV) erneute Referendum. So ist denn hilfswiese immer wieder an eine kassatorische Gerichtsentscheidung gedacht worden³. Indes hat sich der *BayVerfGH* nicht bereitgefunden, Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV für verfassungswidrig⁴ zu erklären⁵. Auch das *BVerfG* war und ist davon weit entfernt⁶. Unter diesen

beschwerde zum *BVerfG* erhoben, Nichtannahmebeschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 19. 2. 1991 – 1 BvR 1548/90 – (unveröffentlicht).

² Näher *Crone*, in: Lerg/Steininger (Hrsg.), *Rundfunk und Politik 1923–1973*, 1975, S. 439 ff.; *Montag*, *Privater oder öff.-rechtl. Rundfunk?* 1978, S. 179 ff.; *von Gottberg*, *Initiativen zur Errichtung kommerziellen Rundfunks*, 1979, S. 367 ff.; *Maassen*, *Der Kampf um den Rundfunk in Bayern*, 1979, S. 79 ff.; *Bausch*, *Rundfunkpolitik nach 1945*, 1980, S. 630 ff.

³ Siehe nur *Schmitt Glaeser*, *Kabelkommunikation und Verfassung*, 1979, S. 228 ff.

⁴ Als Prüfungsmaßstäbe zieht die Bayer. Judikatur neben Art. 5 Abs. 1 GG gewisse als höherrangig bewertete „Fundamentalnormen“ der BV heran. Siehe die erste rundfunkrechtliche Grundsatzentscheidung des *BayVerfGH* vom 30. 6. 1977, *VerfGH* 30, 78, 88 ff. = NJW 1977, 2309 ff.

⁵ Vgl. *VerfGH* ebd. 95 ff. Ablehnend *Scheuner*, AfP 1977, 367 ff. Anders *Stock*, *Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht*, 1985, S. 317 ff. Der *BayVerfGH* ist bis heute auf der 1977 eingeschlagenen Linie geblieben. Siehe etwa die wichtige Entscheidung vom 21. 11. 1986, *VerfGH* 39, 96, 138 ff. = AfP 1987, 394 ff. = BayVbl. 1987, 77 ff. und 110 ff. = DVbl. 1987, 296 ff. Darauf wird in der hier besprochenen Entscheidung Bezug genommen, unter V.1.a).

Umständen hat die Rechtsentwicklung in Bayern jene eigentümliche und unklare, kompromißhaft-changierende Richtung genommen, wie sie sich in dem 1984 zustande gekommenen MEG ausdrückt.

b) Mit dem MEG wollten dessen Urheber wohl herausfinden, wieviel normative Kraft der verfassungsrechtliche Vorbehalt öffentlich-rechtlicher Trägerschaft noch entfalten könne. Man gedachte auszuloten, ob und inwieweit bei der Nutzung alter und neuer Medientechniken für privates Engagement Raum sei. Diesbezüglich wollte man sich dem bundesweiten Trend auch in Bayern so weit wie möglich anschließen, und man wollte ihn von dem Medienstandort München aus mit vorantreiben. Die grundsätzliche Ob-Frage solcher partieller Privatisierungen meinte man 1984 schon definitiv bejahen zu können. Experimentellen Charakter sollte das Gesetz wohl nur hinsichtlich einiger Modalitätenfragen haben⁷. Dabei ging es vor allem um das Steuerungspotential der BLM. Im Rahmen des vom Gesetzgeber gewählten, im näheren ambivalenten und vielschichtigen öffentlich-privaten Mischmodells sollten der BLM bestimmte Schlüsselfunktionen zukommen. Damit – so hofften die Gesetzesväter – könne den Anforderungen des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV Genüge getan werden. In SPD- und Gewerkschaftskreisen wurde das anders gesehen. Daraus erwuchsen die Verfassungsrechtsstreitigkeiten, die zu der Entscheidung des *BayVerfGH* vom 21. 11. 1986⁸ geführt haben.

In dieser Grundsatzentscheidung legt das Gericht die genannte Verfassungsnorm bemerkenswert streng aus: Privatfunk und ein duales System dürfe es in Bayern nicht geben. Ein öffentlicher Medienträger gemäß Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV müsse rechtlich und tatsächlich ausreichende Möglichkeiten der Einflußnahme auf das Programm haben und dieses – über bloße Beaufsichtigung oder Kontrolle hinaus – selbst betreiben und verantworten. Zur Herstellung des Programms könne er sich auch Dritter bedienen. Dabei müsse jedoch ein hohes Anspruchsniveau – ungefähr nach bisherigen öffentlich-rechtlichen Standards – gewahrt und überall durchgesetzt werden. Ob das Leistungsvermögen der BLM diesen Erfordernissen entspreche, wird in der Entscheidung bezweifelt. Schließlich ringen sich die Richter zu der Einschätzung durch, „jedenfalls bis zum Vorliegen gegenteiliger Erkenntnisse im Rahmen der Erprobung“ sei das gewählte Mischmodell „hinnehmbar“. Die angegriffenen Regelungen werden im Ergebnis überwiegend als verfassungsmäßig erachtet, freilich nur unter Rückgriff auf das Institut der verfassungskonformen Auslegung und auf einen verfassungsrechtlichen Versuchsbonus⁹.

c) Versuchsthema mußte hiernach auch die Frage sein, ob die reale Gestaltungskraft der BLM – an den Anforderungen der Verfassungsrechtsprechung gemessen – wirklich ausrei-

⁶ Siehe etwa das 1981 ergangene 3. Rundfunkurteil *BVerfGE* 57, 295, 321 ff. = JZ 1981, 581 ff. m. Aufsatz *Scholz* JZ 1981, 561 ff. Auch in seinem 6. Rundfunkurteil vom 5. 2. 1991, abgedruckt JZ 1991, 346 ff. m. Anm. *A. Hesse* = EuGRZ 1991, 46 ff., hat das *BVerfG* den landesrechtlichen Gestaltungsspielraum wieder stark betont. Näher *Stock*, *Media Perspektiven* 1991, 133 ff. In dem Kammerbeschluss vom 19. 2. 1991 (FN 1) wird Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV denn auch ohne weiteres als verfassungsmäßig erachtet.

⁷ Siehe *Stock* (FN 5), S. 395 ff. und zu dem Versuchsbonus nach *BVerfGE* 57, 295, 324 ebd. S. 355 ff. Ausführlich zuletzt *Horn*, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, 1989, S. 64 ff., 324 ff.

⁸ Oben FN 5. Aus der begleitenden Lit.: *Obermayer*, ZUM 1985, 461 ff.; *Bethge*, ZUM 1986, 255 ff.; *ders.*, ebd. S. 357 ff.; *ders.*, *Rundfunkfreiheit und öff.-rechtl. Organisationsvorbehalt*, 1987. Anders *Lerche*, in: *Rüthers/Stern* (Hrsg.), *Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat*, 1984, S. 245 ff.; *Ring/Rothmund*, *Media Perspektiven* 1985, S. 39 ff.; *Schmitt Glaeser*, ZUM 1985, 523 ff.; *ders.*, ZUM 1986, 330 ff.; *Steitner*, ebd. S. 559 ff.; *ders.*, *Rundfunkstruktur im Wandel*, 1988. Siehe auch *Degenhart*, AfP 1987, 371 ff.

⁹ Vgl. *VerfGH* 39, 96, 137 ff.

che. Der Versuch läuft demnächst ab¹⁰. Also muß die bayerische medienrechtliche Gretchenfrage jetzt von neuem gestellt und (hinfort ohne den Versuchsbonus) beantwortet werden. Nunmehr steht eine Dauerreglung an, in der aus den seit 1984 gemachten Erfahrungen die Konsequenzen zu ziehen sein werden. Bei der Auswertung des Experiments sollte auch die einschlägige verfassungs- und verwaltungsgerichtliche Judikatur berücksichtigt werden. Die Gerichte hatten es öfters mit Problemlagen und Konfliktfällen zu tun, in denen entsprechende Lerneffekte angelegt sind. Vor diesem Hintergrund gewinnt auch die hier besprochene jüngste Entscheidung des *BayVerfGH* an Bedeutung.

3. Grundrechtsdogmatische Besonderheiten

a) Die neue Entscheidung betrifft rivalisierende Zugangsinteressen im lokalen Bereich und knüpft insoweit an die Leitentscheidung des *BayVerfGH* vom 27. 5. 1987¹¹ an. Wichtig ist zunächst die grundrechtsdogmatische Weichenstellung: Die BLM ist Trägerin des Grundrechts der Rundfunkfreiheit¹², wohingegen Private nach der Verfassungslage in Bayern nicht als Träger dieses Grundrechts – nun i. S. einer Rundfunkunternehmerfreiheit – in Betracht kommen¹³. Das Übergewicht der BLM drückt sich dann auch in der einfachgesetzlichen Ausgestaltung durch das MEG in der verfassungskonformen Auslegung des *BayVerfGH* aus. Daraus folgt das Ergebnis wie von selbst: Durch die – eher anbieterfreundlichen – verwaltungsgerichtlichen Eilentscheidungen¹⁴ wird die BLM in ihrer Rundfunkfreiheit verletzt.

b) Soweit hiermit einer Landesmedienanstalt eine rundfunkspezifische Grundrechtsfähigkeit zuerkannt wird, entspricht das einem bundesweiten aktuellen Trend und verdient ohne weiteres Zustimmung¹⁵. Eine bayerische Besonderheit liegt indes darin, daß die Münchener Landeszentrale auf dem quasi-privaten Sektor allem Anschein nach das *alleinige* Grundrechtssubjekt sein soll. Ihre öffentlich-rechtlich organisierte Rundfunkfreiheit soll nach unten (zur Anbietersphäre hin) exklusiven Charakter haben und ihr „ebenso“ zustehen wie den herkömmlichen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Das Gericht spricht gar von einem „neuen Modell

öffentlich-rechtlichen Rundfunks“, für das das MEG eine zeitlich begrenzte Erprobung vorsehe. In Bayern dürfe sich, so wird nochmals eingeschärft, kein duales Rundfunksystem mit öffentlich-rechtlichen und privaten Trägern entwickeln¹⁶.

Im Verhältnis zum Bayerischen Rundfunk und zu ARD/ZDF insgesamt stellt sich die BLM hiernach als prinzipiell gleichartige, womöglich auch an der öffentlichen Grundversorgungsaufgabe teilnehmende¹⁷ Schwesteranstalt dar. Das heißt andererseits auch: Im Verhältnis zu den sonstigen Landesmedienanstalten ist die BLM eine andersartige Einrichtung – vielleicht ein *aliud*, das in deren Kreis eigentlich gar nicht hineingehört¹⁸? Private Veranstalter, wie sie unter den Fittichen der BLM faktisch längst auch in Bayern etabliert sind, darf es dort – so der *BayVerfGH* – nach Verfassung und MEG überhaupt nicht geben. Es darf also auch keine Privatrundfunkaufsicht geben, vielmehr muß der öffentliche Medienträger alles dies überwölben und in sich selbst aufnehmen. In dem faktisch-privaten Bereich, gerade auch im Zulassungswesen, fehlt es darum an effizienten subjektiven Rechten.

4. Das Zugangsregime beim Lokalfunk

a) Die Prädominanz der BLM macht sich in dem hier besprochenen Beschluß u. a. in den Ausführungen über eine rügefähige einheitliche, alle jeweiligen Bewerbungen betreffende „Gesamtentscheidung“ nach Art. 26 Abs. 1 MEG bemerkbar. *VG* und *VGH München* hatten sich diesbezüglich offenbar an sonst im Privatrundfunkrecht geläufigen Gesichtspunkten orientiert, so an der Vorstellung, bei knappen Ressourcen sollte tunlichst ein in sich ausbalancierter, von vornherein sämtliche Belange aufgreifender planerisch-koordinierender Gesamttakt Platz greifen; abgelehnte Bewerber könnten sich insoweit auf Doppelwirkungen berufen. Der *BayVerfGH* seinerseits äußert sich zu der hier gebotenen rechtlichen Konstruktion nicht im einzelnen. Er möchte jedoch, wie es scheint, aus Art. 111 a BV den Grundsatz herleiten, ein etwaiger Individualrechtsschutz eines nicht berücksichtigten Bewerbers im Eilverfahren könne sich jedenfalls nicht auf die entsprechenden innerhalb des Bewerberfelds auftretenden Interdependenzen erstrecken und den fraglichen „öffentlich-rechtlichen Rundfunkbetrieb“ im ganzen verzögern¹⁹.

Der Gerichtshof will wohl für das MEG-Mischmodell an Strukturprinzipien festhalten, wie sie für das überkommene sog. Integrationsmodell kennzeichnend sind. Anders als das neuere sog. Koordinationsmodell, das für anderweitige Landesmediengesetze Pate gestanden hat, kennt das integrative Rundfunkmodell auf der programmlichen Einzugs- und Zugangsseite grundsätzlich keine individuellen subjektiven Rechte. Soweit sich die BLM an das ältere Modell hält, kann sie also weiterer Verrechtlichung leichter trotzen und zur Anbieterseite hin ihre eigene, öffentlich-funktional zu verstehende Freiheitssphäre hervorkehren. Auch die Kontrolldichte der Verwaltungsrechtsprechung wird dann geringer sein.

¹⁰ Unter VI.2.b) aa).

¹¹ In dem genannten Abschnitt (FN 16) geht es um die Frage, ob eine Verzögerung des Lokalfunkbetriebs im Sendebereich Rosenheim mit Rücksicht auf eine (überlokale) öff. Grundversorgung durch BR-Programme hinnehmbar sei. Der *VGH* hatte das bejaht. Nach dem *VerfGH* ist dagegen für Abstufungen i. S. des bisherigen Grundversorgungsbegriffs in Bayern kein Platz; die BLM dürfe hinter herkömmlichen Anstalten wie dem BR nicht „zurückgesetzt“ werden. Auf überlokale Ebenen übertragen, könnte das realiter einer (Teil-)Privatisierung der Grundversorgung gleichkommen. Anders wohl nach *VerfGH* 39, 96, 144.

¹² Siehe aber die Analogie nach Art. 15 Satz 2 des Rundfunkstaatsvertrags vom 1./3. 4. 1987 (u. a. GVBl. Bayern S. 249), die ein enges Verwandtschaftsverhältnis ausdrückt. So auch durchweg die Länderpraxis, widerspiegelt in: DLM-Jahrbuch 89/90, hrsg. von den Landesmedienanstalten, 1990. Zu den Faktizitäten in Bayern *Helstern* (FN 11), S. 55ff. m. w. N.

¹³ Vgl. die etwas unübersichtlichen Darlegungen unter VI.2.a) und b) cc).

¹⁰ Das MEG tritt am 1. 12. 1992 bis auf zwei Abschnitte außer Kraft (Art. 39 Abs. 2 MEG).

¹¹ *VerfGH* 40, 69 ff. = BayVBl. 1987, 527 ff. = DVBl. 1987, 1219 ff. = NJW 1987, 2995 ff. Zu jenem weitläufigen Münchener Fallkomplex (Jazzbüro Ruland) gehören u. a. auch der Beschluß des *VGH München* vom 19. 1. 1987, ZUM 1988, 145 ff., die Entscheidung des *BayVerfGH* vom 23. 1. 1987, ebd. 150 f., der Beschluß des *VGH München* vom 18. 8. 1987, ebd. 417 ff. = AfP 1988, 288 ff. und die Entscheidung des *BayVerfGH* vom 4. 12. 1987, ZUM 1989, 236 ff. Dazu *Merten*, in: Becker (Hrsg.), Beiträge zum Medienprozessrecht, 1988, S. 59 ff.; *Helstern*, in: Presse- und Informationsamt der Landesregierung N.-W. (Hrsg.), Rundfunkaufsicht, Bd. I, 1989, S. 55, 92 ff. Siehe auch den Beschluß des *VGH München* vom 27. 8. 1987, AfP 1988, 292 ff. = BayVBl. 1988, 17 ff. = DVBl. 1988, 590 ff., zu einem Aschaffenburger Zugangskonflikt. Alles dies harret noch einer gründlicheren Evaluation.

¹² Wofür der *VerfGH* auf Art. 111 a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 BV abstellt. So im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung (Antragsberechtigung der BLM) der hier besprochene Beschluß, unter V.1.a) mit Hinweis auf *VerfGH* 40, 69, 73. Zustimmung *Bornemann*, BayVBl. 1991, 129, 130.

¹³ So bereits *VerfGH* 39, 96, 137 ff. Anders zur Grundrechtssituation auf der Anbieterseite zuletzt *Barth*, Die Rundfunkunternehmerfreiheit und ihre Auswirkungen auf das Bayerische Medienerprobungs- und -entwicklungsgesetz, 1990, S. 50 ff. Der Autor sucht sich über die erwähnte Judikatur hinwegzusetzen und spricht sich für höhere Deregulierungsgrade aus.

¹⁴ In Ansatz und Durchführung einleuchtend zur Einwirkung des Art. 111 a BV auf § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO der hier besprochene Beschluß, unter VI.2. Ähnlich auch schon *VerfGH* 40, 69, 75, dort zu § 123 VwGO.

¹⁵ Dabei wird sonst auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG abgehoben, der im Privatrundfunkrecht den Inbegriff von Veranstaltern und koordinierender autonomer Landesachanstalt umfaßt. Näher *Stock*, AfP 1989, 627, 633 f.; *Hesse*, Rundfunkrecht, 1990, S. 166 ff. und zur Sondersituation in Bayern S. 200 ff. Eingehend *Wagner*, Die Landesmedienanstalten, 1990, S. 31 ff., 96 ff. Differenzierend zuletzt *Hoffmann-Riem*, Personalrecht der Rundfunkaufsicht, 1991, S. 73 ff.

b) Dieses Grundmotiv klingt auch in den Überlegungen des *BayVerfGH* zur Interessenabwägung an. Auf der Anbieterseite konstatiert der *Verfassungsgerichtshof*, wohl in realistischer Sicht der Dinge, schlichte „erwerbswirtschaftliche Interessen“. Dergleichen dürfe indes für die Entscheidungen der Landeszentrale keineswegs ausschlaggebend sein: „Öffentlich-rechtlicher Rundfunk ist gemeinnützig.“ Dazu wird auf frühere skeptische Bemerkungen über ein „Einschaltquotensyndrom“, über abträgliche Auswirkungen von Werbefinanzierung auf die Programmqualität und über generelles Marktversagen auf einem etwaigen „Rundfunkmarkt“ verwiesen. Der BLM wird statt dessen eine anspruchsvolle eigene Programmgestaltungsaufgabe, ungefähr nach Art der öffentlich-rechtlichen Tradition, zugeschrieben. Den so bestimmten öffentlich-anstaltlichen Belangen wird ein höheres Gewicht beigelegt, als es die Verwaltungsgerichte getan hatten. Folglich soll die BLM bei der Anbieterauswahl einen „sehr weiten Ermessensspielraum“ haben²⁰.

c) Konstruktion und Gedankengang bleiben in diesen Abschnitten knapp. Der *Verfassungsgerichtshof* beläßt es öfters bei Andeutungen und erschöpft die medienrechtliche Fallsubstanz nicht. Dazu bestand wohl auch kein Anlaß. Denn hier handelt es sich nur um die Aufhebung von Eilentscheidungen, mit denen die Verwaltungsgerichte der BLM vorübergehend in den Arm gefallen waren. Festzuhalten ist immerhin folgendes:

VG und *VGH München* hatten die Belange des abgelehnten privaten Bewerbers höher bewertet und daraufhin erst einmal die „Gesamtentscheidung“ blockiert. Dadurch sieht der *BayVerfGH* die Landesmedienanstalt in ihrem Steuerungs- und Gestaltungsvermögen beeinträchtigt, was die Lokalfunkentwicklung im Gebiet von Rosenheim betrifft. Der Gerichtshof legt Art. 111 a BV, als Grundrecht der Anstalt verstanden, eine entsprechende Abwehrfunktion bei. Er bejaht damit implizit eine mittelbare Drittwirkung des Anstaltsgrundrechts gegen die Anbieter – ein Fall von (Rundum-)Grundrechtsschutz autonomisierter öffentlicher Gewalt, welcher älterem Grundrechtsdenken befremdlich erscheinen wird. Für den Grundrechtseingriff, den er in den beiden von der BLM mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Beschlüssen erblickt, sieht der Gerichtshof offenbar keine Schrankendekung, etwa durch ein kollidierendes Anbietergrundrecht. Mit hin nimmt er einen Grundrechtsverstoß an.

5. Vom Modellversuch zur Dauerregelung

a) Die gewagte Argumentation des *BayVerfGH* zielt darauf ab, das Steuerungspotential der BLM gebührend herauszustellen und abzusichern. Dabei soll es sich wohl gemerkt um einen bloßen Modellversuch handeln: Das experimentelle „neue Modell öffentlich-rechtlichen Rundfunks“, das im MEG angelegt sei, müsse auch wirklich erprobt werden können. Den Richtern ist bei alledem aber nicht ganz wohl. Das geben sie ungewöhnlich deutlich mit folgenden Bemerkungen zu erkennen: Es brauche hier nicht entschieden zu werden, ob dieses Modell nach den bisher gesammelten Erfahrungen tatsächlich allen Anforderungen einer öffentlich-rechtlichen Trägerschaft genüge. Zweifel in dieser Richtung habe das Gericht bereits in seiner Entscheidung vom 21. 11. 1986 angedeutet. Solange Rundfunk auf der Grundlage des MEG erprobt werden dürfe, sei er als „öffentlich-rechtlicher Rundfunk“ anzusehen²¹.

²⁰ Vgl. ebd. unter bb) mit Hinweis auf *VerfGH* 39, 96, 159 und *VerfGH* 40, 69, 76. Letztere Leitentscheidung hat die hiesige Argumentation stark beeinflusst. Siehe auch *Bornemann* (FN 12), 130 ff.

²¹ So unter VL2.b) aa) mit Hinweis auf *VerfGH* 39, 96, 144, 158 f. Auch dort steht schon die Besorgnis im Vordergrund, die BLM könne sich als zu schwach

Das hat weitreichende Konsequenzen. Es bedeutet nämlich auch: Der Versuch muß als solcher ernstgenommen und sorgfältig ausgewertet werden. Endet die Probezeit und ergibt sie, daß das öffentlich-private Mischmodell den vom *BayVerfGH* formulierten Anforderungen nicht genügt, so stellt es sich fortan (ex nunc) als verfassungswidrig dar. Für private Initiative und marktorientierte Beteiligung im Rundfunkwesen gibt es dann nicht etwa größere²², sondern kleinere oder überhaupt keine nennenswerten Spielräume mehr. Ein neben dem Bayerischen Rundfunk agierender öffentlicher Medienträger nach Art. 111 a Abs. 2 Satz 1 BV seinerseits muß dann nicht schwächer, sondern stärker werden. Er muß künftig nahezu omnipotent und tatsächlich BR-ähnlich sein. Denn wir haben es nicht mit einem Regulierungs-, sondern mit einem Deregulierungsexperiment zu tun. Wenn es scheitert, bleibt in Bayern von Verfassungs wegen eben nur ein öffentlich-rechtlicher Rundfunk möglich, welcher diesen klangvollen Namen wirklich verdient.

b) Die Vorarbeiten für ein neues bayerisches Mediengesetz haben mittlerweile begonnen, freilich ohne den großen Atem, den sie nach dem eben Gesagten eigentlich haben müßten²³. Manches spricht für die Annahme, daß das bisherige Lokalradiokonzept des MEG hinter den vom *BayVerfGH* bezeichneten Anforderungen weit zurückbleibt. Zudem scheint es seine praktische Bewährungsprobe nur zum kleineren Teil bestanden zu haben²⁴. Die Gründe dafür sind vielfältig, sie sind zumal medienökonomischer Art. An die tieferliegenden, strukturellen Probleme wird man nicht recht herankommen, wenn man – wie es die zitierte Rechtsprechung nahelegen mag – hauptsächlich auf die Interventionsbefugnisse der BLM abstellt und vor allem die sog. externe Steuerung zu intensivieren sucht²⁵.

Dadurch könnte im übrigen eine Schwierigkeit zunehmen, die sich schon bisher bemerkbar gemacht hat: Die Kleinen werden in einer schwachen Rechtsposition gehalten, sie werden öffentlich dominiert und angeleitet, und zwar mit einem Instrumentarium, das nicht sonderlich subtil und erfolgreich erscheint. Wie aber stellt sich die BLM zu den Großen? Läßt sie ihnen gegenüber mehr Milde und Nachsicht walten? Kann sie sich ihnen gegenüber funktionell behaupten und durchsetzen? Gibt es hier wachsende Unterschiede?

6. Ein klares Wort des Verwaltungsgerichtshofs

a) Aufhorchen läßt ein Beschluß des *VGH München* vom 15. 5. 1990²⁶, der das Leistungspotential der BLM auf Landes-

erweisen, um dysfunktionale Marktkräfte in Schach zu halten und das nötige Maß an öffentlicher Steuerung (auch als Gegensteuerung) zu bewirken.

²² So aber die Intention von *Barth* (FN 13), S. 136 ff., der den bisherigen liberalisierenden Kurs als erfolgreich erachtet und ohne weiteres fortzusetzen empfiehlt. Dadurch mag dann der Vorbehalt öff.-rechtl. Trägerschaft nach und nach gänzlich entleert und irgendwie überspielt werden.

²³ Für Spätsommer 1991 ist seitens der Staatsregierung ein Regierungsentwurf angekündigt, welcher wohl eine Art Stückwerkstechnik praktizieren und sich auf die eine oder andere Korrektur geringerer Reichweite beschränken wird. Die SPD hat eigene „Eckpunkte“ vorgelegt. Dazu der Bericht von *Gustedt*, epd/Kirche und Rundfunk Nr. 3 vom 16. 1. 1991, 3 ff. Zuletzt Süddt. Zeitung Nr. 114 vom 18. 5. 1991, 23.

²⁴ Aus der diesbezüglichen Diskussion: *Heim/Heyn*, Media Perspektiven 1989, 38 ff.; *Helstern* (FN 11), S. 107 ff.; *Schmitz*, epd/Kirche und Rundfunk Nr. 16 vom 1. 3. 1989, 3 ff.; *ders.*, ebd. Nr. 17 vom 4. 3. 1989, 6 ff.; *Holtz-Bacha*, Medium 1990, Heft 1, 16 ff.; *Stumberger*, Journalist 1990, Heft 1, 39 ff.; *Gardein/Larsen*, Publizistik und Kunst 1991, Heft 5, 28 ff.

²⁵ Statt dessen bieten sich medienstrukturell wirksame Vorkehrungen an, wie sie sich in N.-W. in Gestalt des Zwei-Säulen-Modells finden. Dazu *Stock*, Neues Privatrundfunkrecht, 1987, S. 37 ff.; *ders.*, JuS 1991, demnächst. Das Modell ist nach dem 6. Rundfunkurteil des *BVerfG* (FN 6) zur Sicherung der Rundfunkfreiheit im lokalen Bereich grundsätzlich geeignet. In Bayern müßte seine öff.-rechtl. Komponente ggf. weiterentwickelt werden.

²⁶ DVBl. 1990, 936 ff., betr. Ausweitung der Sendemöglichkeiten für Anbieter eines landesweiten TV-Fensterprogramms im Rahmen des (auch) terrestrisch

und (mittelbar) Bundesebene sehr kritisch bewertet; richtig gelesen, enthält er auch bohrende Fragen an den bayerischen Reformgesetzgeber.

Der 25. Senat²⁷ des *Verwaltungsgerichtshofs* wirft zunächst die Frage auf, ob die BLM „ihr“ terrestrisches Fernsehen mit der Ausstrahlung des von RTL plus bundesweit verbreiteten privaten Programms überhaupt rechtmäßig (verfassungsmäßig) betreibe. Er neigt zu der Ansicht, die Anstalt ermangele eines maßgeblichen realen Einflusses, und ihre öffentlich-rechtliche Trägerschaft stelle nur eine „lebensfremde Fiktion“ dar. Die BLM werde sich aber „anhaltend“ auf ihre Rundfunkfreiheit nur dann berufen können, wenn sie dem Anspruch von Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV genüge. Dafür müsse sich ihre Tätigkeit wesentlich von der der sonstigen Landesmedienanstalten unterscheiden. Eine substantielle Trägerschaft i. S. des *BayVerfGH* erfordere mehr als eine bloße Genehmigungs- und ggf. repressiv einschreitende Aufsichtstätigkeit. Auch das organisatorische und technische Engagement, mit dem die BLM derzeit „mehr als ausgelastet“ scheine, reiche dafür nicht aus. Ein programmliches Konzept der Anstalt, das dem Begriff der Trägerschaft sachlichen Gehalt geben könnte, sei dem Senat indes aus den früheren und jetzigen Rechtsstreitigkeiten nicht ersichtlich. Darauf hinzuweisen, sei gerade auch im Blick auf den Versuchscharakter des MEG-Modells und sein mögliches Scheitern angezeigt. Nach diesen deutlichen Warnungen läßt der Senat die Frage der Verfassungsmäßigkeit als im vorliegenden Fall unerheblich offen.

b) Auch als nichtbayerischer Zeitgenosse und medienrechtlicher Beobachter wird man sich darüber wundern, daß die BLM Art. 111a BV auf überlokalen Ebenen so großzügig handhabt. Man wird sich von Zeit zu Zeit die Frage stellen, die sich offenbar auch der *VGH München* gestellt hat: Wie kann es zugehen, daß ein und dasselbe nationale kommerzielle TV-Programm in den anderen Bundesländern als private Veranstaltung behandelt und als solche bei terrestrischer Ausstrahlung – ggf. unter Gewährung von Nachlässen nach dem 4. Rundfunkurteil²⁸ – lizenziert und beaufsichtigt wird, wohingegen es in Bayern unter dem öffentlich-rechtlichen Mantel der BLM verschwindet, d. h. der Rechtsform nach von ihr selbst betrieben und verantwortet wird? Wie erklärt sich, daß diese zusätzliche und den Sollwerten nach anspruchsvolle, nämlich formell und materiell öffentliche Trägerfunktion für die Privaten faktisch so gut wie folgenlos bleibt? Woran liegt es, daß die Programmqualität dadurch nicht erkennbar gefördert wird? Sollte auch die BLM eher nur „Dekor“ und „Kontrollatrappe“ sein²⁹? Genügt sie den (landes)verfas-

verbreiteten Hauptprogramms von RTL plus. Die Einzelheiten sind hier ohne Interesse.

²⁷ Der auch sonst klare Worte liebt. Er hat vor allem mit seinem Vorlagebeschluß vom 7. 7. 1988 betr. Gebührenfestsetzungshoheit des Staates Aufsehen erregt, JZ 1989, 242 ff. mit Anm. von *Hoffmann-Riem* = AfP 1988, 294 ff. = DVBl. 1989, 115 ff. Daraus mag dann in Bälde das 7. Rundfunkurteil des *BVerfG* hervorgehen. Siehe auch *Renck-Laufke*, BayVBl. 1991, 237 f.

²⁸ *BVerfGE* 73, 118, 154 ff., als Möglichkeit i. wes. auch im 6. Rundfunkurteil (FN 6) beibehalten.

²⁹ Vgl. *Beitge*, Rundfunkfreiheit (FN 8), S. 102 unter Hinweis auf *Bullinger* und *Hoffmann-Riem*. Näherhin sind zwei Fragenkreise zu unterscheiden: 1. Leidet die BLM ebenso wie die anderen Landesmedienanstalten an Funktionsschwäche, was die Aufsicht über den bundesweiten Privatrundfunk betrifft? Das ist wohl zu bejahen und hat seine Ursache vor allem in den heutigen Schwierigkeiten föderativer Koordinierung und Kooperation. Siehe etwa *Hartstein/Ring/Kreile*, Rundfunkstaatsvertrag, 1989, Art. 12 Rdnrn. 1 ff.; *Thaenert*, in: DLM-Jahrbuch 89/90 (FN 18), S. 31 ff.; *Wagner* (FN 15), S. 132 ff. Insoweit hat z. B. *Ring* bei seinem Amtsantritt als BLM-Präsident Stärkungen des Potentials aller Anstalten gefordert, nach *epd/Kirche* und Rundfunk Nr. 3 vom 13. 1. 1990, 11. 2. Die BLM müßte jedoch nach dem oben Gesagten darüber noch ein gutes Stück hinausgehen. Sie müßte – jedenfalls für Bayern – aus dem privaten einen realer „öffentlich-rechtlichen Rundfunk“ machen. Letzteres ist hier das entscheidende Problem.

sungsrechtlichen Anforderungen auch auf den höheren Ebenen nicht? Muß der Modellversuch also insgesamt als mißlungen beurteilt werden? Darüber wird sich der Landesgesetzgeber nun Rechenschaft geben müssen.

7. Bayerisches Rundfunkrecht – wohin?

a) Wie es die Bayern künftig mit ihrem rigorosen Verfassungsartikel halten, welche rechtsbegrifflichen Anstrengungen und legislatorischen Gratwanderungen sie noch unternehmen, wie sie ihr Landesmediengesetz schließlich revidieren und neufassen, wie sie ihren Lokalfunk konsolidieren werden – das sind Fragen, welche außerhalb Bayerns wenig Beachtung finden. Wer genauer hinsieht, wird indes bald bemerken: Es handelt sich um ein Verfassungsproblem, das durchaus reizvoll erscheint. In manchem weist es auch exemplarische Züge auf. Denkbar ist zunächst folgender Lösungsversuch:

Im Umgang mit dem öffentlich-rechtlichen Organisationsvorbehalt zeigt man sich beschlagen und findig. Man will, wie in München hinter vorgehaltener Hand gern gesagt wird, auch im Medienrecht „schlitzohrig“ sein. Man möchte also den Modellversuch mit dem MEG tunlichst als gelungen erweisen und betreibt die Evaluation ohne größeren Eifer. Man stellt oberflächliche Analysen an, beschönigt die gemachten Erfahrungen, übertüncht die wahren Verhältnisse und bestätigt der BLM daraufhin ein ansehnliches, gleichwertig-„öffentlich-rechtliches“ programmliches Gestaltungsvermögen. Man mag auch geneigt sein, die Meßlatte von vornherein tiefer zu legen, als es *VerfGH* und *VGH* tun – um so leichter wird man dem Versuchsmodell dann ein Eignungsattest ausstellen, um so glatter wird man es in eine entsprechende harmlos-liberale Dauerlösung überführen können. Oder man macht sich die strengen Anforderungen der Rechtsprechung verbal zu eigen, verwendet jene Formeln aber mehr rituell und symbolisch und setzt unterdessen den alten, schwächlichen Kurs fort. Dergestalt könnte die bayerische Praxis schließlich vollends – öffentlich-rechtliche Trägerschaft hin oder her – in das marktorientierte private Rundfunkwesen einmünden, wie es sich in den anderen alten Bundesländern ohnehin darbietet.

Im Ergebnis hätte dieser Weg sicherlich manche Vorteile. Dadurch könnten z. B. dirigistische Tendenzen und Rechtsschutzdefizite, wie sie auf lokaler Ebene bisher zu gewärtigen sind, leichter hintangehalten bzw. korrigiert werden. Letzteres scheint die bayerische Verwaltungsrechtsprechung auch jetzt schon zu bezwecken, wenn sie ihren realistischen Standpunkt einnimmt und das MEG eher anbieterfreundlich auslegt, fast wie ein normales Privatrundfunkgesetz. Bundesweit wiederum läßt sich die Zusammenarbeit um so einfacher an, je mehr man sich von den einheimischen verfassungsrechtlichen Bindungen löst und die Zügel lockert. Allerdings haftet solchem pragmatischem Vorgehen doch etwas Mißliches an, und das ist von den Gerichten sehr deutlich zum Ausdruck gebracht worden: Wie, wenn sich die öffentlich-rechtliche Trägerschaft vollends als Fiktion erweist und als barockes Ritual darstellt? Wie, wenn Sein und Sollen offenkundig auseinanderklaffen? Kann es denn angehen, daß von Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV endlich nur noch eine leere Hülse übrig bleibt?

b) So wird man mit dem Verfassungsrecht denn auch nicht umgehen können. Privatfunk ist eben kein „öffentlich-rechtlicher Rundfunk“. Juristischer Akrobatik zuzuschauen und sie kritisch zu kommentieren, hat nun zwar einen gewissen Informations- und Unterhaltungswert – damit ist der Kritiker aber dem Dilemma, das sich hier abzeichnet, noch nicht entgangen. Deregulierung läßt die Verfassung nicht zu. Welcher andere,

regulatorische Weg in Bayern in Betracht käme und praktisch gangbar wäre, ist jedoch nicht ohne weiteres auszumachen. Dies sieht nach einer Zwickmühle aus. Noch einmal zur Erinnerung:

Das hiesige Verfassungsproblem ist auch ein Demokratieproblem. Der historische Volkswille von 1973 hat sich gegen jeglichen Marktrundfunk gekehrt, und er hat sich in der Landesverfassung dauerhaft niedergeschlagen. Parlamentsmehrheit, Regierung und Medienanstalt suchen darum heute wie beschrieben herumzukommen. Die dritte Gewalt aber, insbesondere das Verfassungsgericht, mahnt erste und zweite Gewalt pflichtgemäß zu verfassungsmäßigem Verhalten. Das ist ihres Amtes und kann einen guten Sinn haben. Daß das Volk eigentlich keinen kommerziellen Rundfunk braucht und will – das ist doch wohl immer noch eine interessante und eindrucksvolle, heute ganz selten gewordene ältere Botschaft. Man sollte sie sorgsam hören und bedenken.

Freilich lassen sich die Uhren auch im Medienrecht nicht anhalten. Das Volk hat inzwischen auch in Bayern eine Reihe von fragwürdigen Bedarfsweckungsaktionen und Scheinversuchen – wozu m.E. auch das MEG gehört – über sich ergehen lassen müssen. Nach den Einschaltquoten zu urteilen, hat das Staatsvolk von ehemals sich zum Teil bereits in ein williges, marktmäßig konsumierendes Publikum des Privatfunks verwandelt. Ob ein heutiges plebiszitäres Votum über Privatisierungsfragen noch ebenso ausgehen würde wie 1973, erscheint ungewiß. Lediglich auf die ältere reine Lehre zu setzen, wäre im übrigen in dem heutigen Umfeld aussichtslos. Bayern als öffentlich-rechtliche Insel der Bewahrung, mitten

im Meer von Kommerzialisierung, Internationalisierung, Banalisierung etc.³⁰ – so ginge es eben auch nicht mehr. Mit einer engräumig-defensiven, normativistischen Orientierung wäre nichts mehr auszurichten. Art. 111 a Abs. 2 Satz 1 BV sollte allerdings dennoch ernstgenommen und bis auf weiteres beibehalten werden. Vielleicht läßt er sich in einem evolutionären Sinn handhaben und demnächst wieder stärker ins Spiel bringen.

Man wird also gut beraten sein, sich auf die Entwicklung in den anderen Ländern einzustellen, daran teilzunehmen und sie so weit wie möglich im Geiste der eigenen Verfassung zu beeinflussen. Dafür gibt es wohl größere Möglichkeiten und mehr potentielle Verbündete, als es auf den ersten Blick den Anschein hat. Wie wäre es z. B. mit einer neuen Allianz mit Nordrhein-Westfalen, das ja im Medienrecht ebenfalls hochgesteckte Ziele verfolgt? Die „nach wie vor offene bayerische Rundfunkfrage“³¹ ist so gewendet auch eine bundesweite Frage. Heute wird man sich auch leichter tun, mahnende Stimmen wie diejenigen der bayerischen Gerichte wirklich zu beachten und zu beherzigen. Mit dem Auslaufen des MEG hat Bayern jetzt Gelegenheit, zu einer gründlichen Reform zu gelangen, wie sie im Landes- und Bundesverfassungsrecht in den Grundzügen vorgezeichnet ist. Was noch fehlt, ist die entsprechende politische Potenz und schöpferische Phantasie. Kann man die dafür nötige Kraft in München nicht aufbringen?

³⁰ Statt aller *Hoffmann-Riem*, Erosionen des Rundfunkrechts, 1990.

³¹ Vgl. *Bethge*, Rundfunkfreiheit (FN 8), S. 6.