

Dieser Artikel stammt von Dr. Wieland Bosman und wurde in 12/2003 unter der Artikelnummer 8658 auf den Seiten von jurawelt.com publiziert. Die Adresse lautet www.jurawelt.com/artikel/8658.



Dr. Wieland Bosman*, Mainz

Verfassungsrechtliche Aspekte eines Werbeverbots für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk

Der vorliegende Beitrag wurde in der Erstveröffentlichung publiziert in ZUM 2003, S. 444-453.

I. Einführung

Mit der Herausbildung und dauerhaften Etablierung einer durch den Dualismus von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk geprägten Rundfunkordnung gewinnen zunehmend Fragen der Finanzierung dieser beiden Rundfunk-Teilsysteme an Bedeutung. Diese Fragen entzündeten sich primär an den asynchronen Finanzierungsstrukturen des öffentlich-rechtlichen und des privaten Rundfunks. Während sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk, d.h. die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten und das ZDF von jeher primär aus dem Aufkommen der Rundfunkgebühr¹, daneben aber in nicht unerheblichem Maße auch aus Einnahmen, die durch die Veranstaltung von Werbeprogrammen erzielt werden, finanziert², bestreitet der private Rundfunk seine Budgets entsprechend seiner landesgesetzlichen Ausgestaltung faktisch ausschließlich aus Werbeeinnahmen. Es liegt in der Logik dieses unterschiedlichen Regelungsansatzes, dass das Quantum zulässiger Werbezeit im öffentlich-rechtlichen Rundfunk deutlich restriktiver bemessen ist als im privaten Rundfunk. Nach § 15 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) beträgt die Gesamtdauer der Werbung im Ersten Fernsehprogramm der ARD und im Programm "Zweites Deutsches Fernsehen" jeweils höchstens 20 Minuten werktätlich im Jahresdurchschnitt³. Nicht vollständig genutzte Werbezeit darf höchstens bis zu 5 Minuten werktätlich nachgeholt werden. Die Dauer der Fernsehspotwerbung darf innerhalb eines Zeitraums von einer Stunde 20 vom Hundert nicht überschreiten. Nach 20.00 Uhr sowie an Sonntagen und im ganzen Bundesgebiet anerkannten Feiertagen dürfen Werbesendungen nicht ausgestrahlt werden. In weiteren bundesweit verbreiteten Fernsehprogrammen von ARD und ZDF (3sat, Phoenix, Kinderkanal) sowie in den Dritten Fernsehprogrammen findet

* Der Verfasser ist als Rechtsanwalt beim Zweiten Deutschen Fernsehen tätig. Der Beitrag gibt seine persönliche Rechtsauffassung wieder.

¹ vgl. § 12 Abs.1 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) i.d.F. des 6. Rundfunkänderungsstaatsvertrags vom 20./21. Dezember 2001; die näheren Einzelheiten sind im Rundfunkgebührenstaatsvertrag sowie im Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag (abgedruckt bei Bauer/Ory, Recht in Hörfunk und Fernsehen, Band 1, Kap. 4.4 und 4.5, Loseblatt, Stand 7/02) geregelt.

² Das Verhältnis von Rundfunkgebühren- zu (Netto-)Werbeeinnahmen betrug im Jahr 2000 bei den in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten ca. 93:7, beim ZDF ca. 86:14; Quelle: ARD-Jahrbuch 2001, S. 200; ZDF Jahrbuch 2001, S. 234

³ Nach § 15 Abs.5 Satz 1 RStV sind die Länder zudem berechtigt, den Landesrundfunkanstalten der ARD bis zu 90 Minuten werktätlich im Jahresdurchschnitt Werbung im Hörfunk einzuräumen. Das gemeinsam von ARD und ZDF getragene Deutschlandradio ist dagegen gem. § 29 Deutschlandradio-Staatsvertrag i.V.m. § 9 Abs.1 Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag werbefrei.

Werbung nicht statt. Ebenso findet gem. § 18 RStV Fernsehverkauf (Teleshopping, mit Ausnahme von Teleshopping-Spots) im öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht statt.

Dagegen liegt der zulässige Umfang von Werbeprogrammen im privaten Rundfunk derzeit gem. § 45 RStV bei 20 vom Hundert, die der Spotwerbung bei 15 vom Hundert der täglichen Sendezeit, d.h. auch an Sonn- und Feiertagen und nach 20.00 Uhr. Die Veranstaltung von Fernsehverkauf ist zulässig.

Die Gesamteinnahmen aus Werbung beliefen sich im Jahr 2000 bei der ARD auf ca. DM 590 Mio.⁴, beim ZDF auf ca. DM 346 Mio.⁵ Die Werbeeinnahmen allein der privaten Fernsehveranstalter bewegten sich dagegen im Jahr 2000 in einer Größenordnung von ca. DM 8.5 Milliarden.⁶

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass mit dem Aufkommen privaten Rundfunks und der landesgesetzlichen Ausgestaltung seiner auf eine überwiegende Werbefinanzierung ausgerichteten Funktionsbedingungen zwischen öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk nicht nur ein publizistischer Wettbewerb um die besten Programminhalte und die höchste Zuschauerakzeptanz, sondern auch ein Konkurrenzkampf um die Finanzierungsgrundlagen entbrannt ist. Dieser Konkurrenzkampf hat sich angesichts dramatisch sinkender Werbebudgets der werbetreibenden Wirtschaft seit dem Jahr 2001 massiv verschärft. Er wird einerseits marktkonform auf der Ebene der Werbeakquisition, andererseits verstärkt aber auch mit dem Ziel ausgetragen, das geltende Rundfunkfinanzierungssystem strukturell zu verändern. So wird insbesondere die aus Rundfunkgebühren- und aus Werbeeinnahmen bestehende Mischfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks hinterfragt und z.B. mit Blick auf die Regelung in Großbritannien vorgeschlagen, für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ein vollständiges Verbot der Werbefinanzierung zu erlassen und ihn allein auf Einnahmen aus Rundfunkgebühren zu verweisen. Rechtliche Relevanz erlangen solche Vorschläge spätestens dann, wenn sie von gesetzlich installierten Expertengremien wie der Monopolkommission unter wettbewerblichen Gesichtspunkten aufgegriffen und nachhaltig befürwortet

⁴ ARD-Jahrbuch 2001, S. 200

⁵ ZDF Jahrbuch 2001, S. 234

⁶ Media Perspektiven, Basisdaten 2001, S. 19

werden.⁷ Entsprechende gesetzgeberische Aktivitäten sind zudem nicht mehr auszuschließen, seit die Länder der Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) im Jahr 1999 einen Prüfauftrag über die möglichen Auswirkungen eines Wegfalls der Werbe- und Sponsoringeinnahmen auf die Höhe der Rundfunkgebühr erteilt haben.⁸

Derartige Überlegungen unterstellen, dass es ohne Weiteres in der Regelungsmacht des Rundfunkgesetzgebers liegt, Strukturveränderungen der Rundfunkfinanzierung normativ festzulegen, insbesondere die Werbefinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks einer einfachgesetzlichen Disposition zu unterwerfen. Eine solche Regelungs- und Dispositionsmöglichkeit des einfachen Gesetzgebers steht jedoch unter dem Vorbehalt ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit.

Im Folgenden ist deshalb - ausgehend von einer Beschreibung von Begriff und Funktion der Rundfunkwerbung – zu untersuchen, welchen verfassungsrechtlichen Bindungen und Beschränkungen der Rundfunkgesetzgeber bei der einfachgesetzlichen Regelung von Werbevorschriften für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk unterliegt. Hierbei ist insbesondere auch eine Auseinandersetzung mit der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erforderlich, nach der einerseits der aus Rundfunkgebühren und Werbung bestehenden Mischfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks eine besondere freiheitssichernde Funktion zugeschrieben wird⁹, andererseits eine gesetzliche Beschränkung und auch ein Ausschluss der Werbung generell¹⁰ bzw. in regionalen und lokalen Programmen¹¹ für zulässig erachtet wird, während schließlich die Grundsatzfrage eines Schutzes der Wirtschaftswerbung im Rundfunk durch die Rundfunkfreiheit allgemein ausdrücklich offen gelassen wird¹². Dieses bereits in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst angelegte Spannungsverhältnis gilt es im Folgenden zu beleuchten. Aufbauend auf den dort

⁷ vgl. ausführlich Zwölftes Hauptgutachten der Monopolkommission 1996/1997, Bundestags-Drucksache 13/11291 vom 17.7.1998, S. 307, Tz. 536; siehe auch Dreizehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 1998/1999, S.446 ff.

⁸ Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz vom 14./15. April 1999

⁹ BVerfGE 83, 311f.; 87, 200; 90, 91

¹⁰ BVerfGE 87, 200; in der Literatur erachtet z.B. Degenhart im Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Stand 9/2002, Art.5 Abs.1 und 2, Rdn. 813 ein vollständiges Werbeverbot für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk für zulässig; befürwortet wird es von Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, S. 214 ff.

¹¹ BVerfGE 74, 342; differenzierend Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Rundfunkstaatsvertrag, Kommentar Loseblatt, Stand 7/2002, § 15 Rdn.6

¹² BVerfGE 74, 341 f.

gefundenen Ergebnissen lassen sich dann Aussagen darüber treffen, welche verfassungsrechtlichen Möglichkeiten der Disposition über die Werbung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk dem Landesgesetzgeber offen stehen.

II. Der Begriff der Werbung

Gemeinsame gesetzliche Regelungen für die inhaltliche und formale Gestaltung der Werbung im privaten wie im öffentlich-rechtlichen Rundfunk finden sich in § 7 RStV, Regelungen nur für den privaten Rundfunk in den §§ 43 bis 45 b RStV und Regelungen nur für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den §§ 14 bis 18 RStV. Hierbei handelt es sich zunächst um die Kodifizierung des Grundsatzes der Trennung von Werbung und Programm und seiner Konkretisierung durch die Regelungen über die Kennzeichnungspflicht, die Block- und Unterbrecherwerbung sowie über das Verbot der Beeinflussung des übrigen Programms durch Werbung und Werbetreibende, das Schleichwerbeverbot sowie das Verbot des Einsatzes unterschwelliger Werbetechniken. Daneben enthält der Rundfunkstaatsvertrag weitere rundfunkgesetzliche Werbevorschriften, deren Zielsetzung jenseits der Statuierung des Trennungsgebots liegt. Hierzu zählen neben den bereits genannten Regelungen über zeitliche Werbebeschränkungen etwa das Verbot des Ausnutzens der Unerfahrenheit von Kindern und Jugendlichen, das Verbot der Irreführung sowie das Verbot, Verhaltensweisen zu fördern, die die Gesundheit oder Sicherheit der Verbraucher sowie den Schutz der Umwelt gefährden.¹³ In allen diesen Einzelregelungen wird der Inhalt des Begriffs "Werbung" nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Seit dem Inkrafttreten des Vierten Rundfunkänderungsstaatsvertrags enthält § 2 Abs.2 Nr.5 RStV nunmehr allerdings die zuvor häufig vermisste¹⁴ Legaldefinition. Hiernach ist in fast wörtlicher Übereinstimmung mit der EG-Fernsehrichtlinie „Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die im Rundfunk von einem öffentlich-rechtlichen oder privaten Veranstalter entweder gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern....“.

¹³ vgl. auch Engels/Giebel, ZUM 2000, 269 ff.

¹⁴ Schwarz/Eichler, AfP 1996, 228 ff.

Aus der Gesamtsystematik der gesetzlichen Regelungen und der zitierten Legaldefinition wird deutlich, dass mit „Werbung“ im Sinne des Rundfunkstaatsvertrags primär Wirtschaftswerbung gemeint ist. Hierbei handelt es sich um eine Werbeform, die dadurch gekennzeichnet ist, dass privaten Interessenten gegen Zahlung eines Entgelts Sendezeit zur Verfolgung wirtschaftlicher Zielsetzungen überlassen wird¹⁵.

Als Werbeform sui generis ist die Eigenwerbung der Rundfunkveranstalter einzuordnen. Ihre Aufnahme in die Legaldefinition des § 2 Abs.2 Nr.5 RStV ist nur bedingt systemgerecht, da es sich hierbei nicht um die entgeltliche Überlassung von Sendezeit an Dritte, sondern um eine unentgeltliche Programminformation der eigenen Zuschauer in der Form eigengestalteten Programms handelt. Als Konsequenz hieraus wird diese Form der Werbung gem. § 15 Abs.4 und § 45 Abs.3 RfSV weder für den öffentlich-rechtlichen noch für den privaten Rundfunk auf das zeitliche Quantum zulässiger Werbezeit angerechnet.

Andere als wirtschaftliche Zielsetzungen, seien sie religiöser, weltanschaulicher, politischer oder sonstiger ideeller Art dürfen im Rahmen des Werbeprogramms nicht propagiert werden¹⁶. Das System des Rundfunks basiert auf der im Verfassungsrecht gründenden und rundfunkgesetzlich konkretisierten Vorgabe einer an Vielfaltsgesichtspunkten ausgerichteten Programmgestaltung. Nach der Rechtsprechung des BVerfGs fordert Art.5 Abs.1 Satz 2 GG vom Rundfunkgesetzgeber u.a. die Gewährleistung einer positiven Ordnung, welche sicherstellt, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet¹⁷. Dieser Gewährleistungspflicht ist der Rundfunkgesetzgeber für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk u.a. dadurch nachgekommen, dass er im ZDF-StV ebenso wie in den Rundfunkgesetzen der in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten ein binnenplurales System von Regelungen für die Programmgestaltung und Programmverantwortung geschaffen hat. Dieses System geht von dem Grundsatz aus, dass die Entscheidung

¹⁵ Hahn/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, Erster Teil, § 7 Rdn. 14 m.w.N. (Ladeur); Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (FN 11), § 7 Rdn.3 ff.; Hesse, Rundfunkrecht, 2.Aufl.1999, S.101; Herrmann, Rundfunkrecht, 1994, S. 342; Bethge, Media Perspektiven 1983, 690 ff.; Kühn, ZUM 1986, 373; unklar Heidelberg, Verfassungsfragen der Finanzierung von Privatfunk durch Werbung, 1988, S.21

¹⁶ vgl. § 7 Abs.8 Satz 1 RStV

¹⁷ BVerfGE 57,320; 73, 152 f.; 74, 324

für die Programmgestaltung in Händen des Intendanten liegt¹⁸, der seinerseits von einem binnenplural mit Repräsentanten gesellschaftlich relevanter Gruppen besetzten kollegialen Organ, dem Fernseh- bzw. Rundfunkrat, kontrolliert wird¹⁹. Die durch die Besetzung des Fernseh- bzw. Rundfunkrates vermittelte gesellschaftliche Repräsentanz ist das auch aus verfassungsrechtlicher Sicht geeignete anstaltsorganisatorische Mittel zur Gewährleistung von Meinungsvielfalt²⁰. Ausnahmen von diesem Grundsatz bilden drittverantwortete Sendungen der Bundesregierung und der Landesregierungen²¹ sowie politischer Parteien und Kirchen²². Für Inhalt und Gestaltung dieser Drittsendungen ist jeweils derjenige verantwortlich, dem die Sendezeit zugebilligt worden ist²³. Causa für diese Privilegierung ist die besondere verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien²⁴ und Kirchen²⁵ bzw. die große Aktualität und Akzeptanz des Mediums Rundfunk im Falle des regierungsamtlichen Verlautbarungsrechts. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis würde unzulässig relativiert, wenn es denselben oder weiteren Gruppen gestattet wäre, zur Verfolgung nicht wirtschaftlich ausgerichteter Ziele zusätzliche Sendezeit im Werbeprogramm gegen Entgelt zu erwerben. Derartige Aktivitäten könnten allein dem Zweck dienen, das plural ausgerichtete Gefüge der Meinungsvielfalt im Interesse singulärer Gruppen einseitig meinungsbildend zu verändern und damit eine verfassungsrechtlich verankerte Grundvoraussetzung der Organisation des Rundfunks zu unterlaufen²⁶. Der in den rundfunkgesetzlichen Vorschriften verwendete Begriff der "Werbung" bezeichnet damit primär Wirtschaftswerbung.

Wirtschaftswerbung ist Werbung für Unternehmen und deren Produkte oder Dienstleistungen, sofern diese Produkte oder Dienstleistungen auf dem Markt frei erhältlich sind. Nicht erforderlich ist das Bestehen eines Konkurrenzverhältnisses zu anderen Unternehmen. Wirtschaftswerbung kann daher auch von Unternehmen, die

¹⁸ vgl. etwa § 27 ZDF-StV

¹⁹ vgl. Hesse (FN 15), S.153 ff.

²⁰ BVerfGE 73, 171

²¹ vgl. etwa § 10 ZDF-StV; zu Begriff und verfassungsrechtlicher Einordnung vgl. im Einzelnen Bielstein, Rundfunksendezeiten für amtliche Verlautbarungen, 1992, S. 18 ff.

²² vgl. etwa § 11 ZDF-StV

²³ vgl. etwa § 12 ZDF-StV

²⁴ Art.21 GG

²⁵ Art.140 GG

²⁶ vgl. Bethge, Rechtsfragen der Wahlwerbung in Hörfunk und Fernsehen, in : Becker (Hrsg.),Wahlwerbung politischer Parteien im Rundfunk, 1990, 37 ff.; Ring, Parteienwahlwerbung als Finanzierungsmittel des Privatrundfunks ?, ebd., S. 61 ff.

eine faktische oder auf Gesetz beruhende Monopolstellung innehaben, betrieben werden. Auch in diesen Fällen können wirtschaftliche Entscheidungen von Kunden, wenn auch z.T. nur über den Umfang der Nutzung von Monopoleleistungen, beeinflusst werden. Nicht mehr vom Begriff der Wirtschaftswerbung gedeckt sind dagegen von Unternehmen veranlasste Werbeinhalte, die nicht dem Absatz von Wirtschaftsgütern, sondern primär der Beeinflussung gesellschaftlicher oder politischer Diskussions- und Entscheidungsprozesse, und sei es auch nur zur Verbesserung der unternehmerischen Rahmenbedingungen, dienen sollen²⁷. Die Unzulässigkeit dieser Form von Werbung ergibt sich in gleicher Weise wie die Unzulässigkeit von Werbung für weltanschauliche, politische oder religiöse Zielsetzungen aus dem verfassungsrechtlich geforderten Gebot der Meinungsvielfalt im Rundfunk. Diese Meinungsvielfalt darf nicht durch eine anderen als wirtschaftlichen Zwecken dienende Instrumentalisierung des Werbeprogramms aus der Balance gebracht werden.

III. Funktion der Werbung

Die Veranstaltung von Werbeprogrammen ist für den öffentlich-rechtlichen wie für den privaten Rundfunk primär Mittel zum Zweck der Finanzierung der Programmtätigkeit. Unterschiede bestehen insoweit, als Werbung nach § 12 Abs.1 RStV für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Verhältnis zur Rundfunkgebühr lediglich eine nachrangige Finanzierungsquelle darstellt, während sich der private Rundfunk gem. § 43 Satz 1 RStV vorrangig durch Einnahmen aus Werbung finanziert²⁸. Hierin liegt auch die Rechtfertigung für die im Verhältnis zum privaten Rundfunk deutlich restriktiveren Regelungen des Werbeumfangs für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Diese Differenzierungen im Regelungsansatz verstoßen solange nicht gegen den Gleichheitssatz, wie eine Gebührenfinanzierung privaten Rundfunks ausgeschlossen ist²⁹. Dies ist derzeit gem. § 43 Satz 2 RStV der Fall.

²⁷ vgl. Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (FN 11), § 7 Rdn. 66 m.w.N.

²⁸ Zur grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer vorrangigen Werbefinanzierung des privaten Rundfunks vgl. BVerfGE 73, 178 f.

²⁹ Zur Kritik an Art.6 Abs.1 Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag a.F.(nunmehr § 40 Abs.1 RStV), wonach ein Anteil von 2% der Rundfunkgebühr für die Zulassungs- und Aufsichtsfunktionen der Landesmedienanstalten, die Förderung offener Kanäle und die Förderung von landesrechtlich gebotener technischer Infrastruktur und von Projekten für neuartige Rundfunkübertragungstechniken verwendet werden können vgl. Schmidt, Die Rundfunkgebühr in der dualen Rundfunkordnung, 1989, S. 10 ff.

Neben dem Primärzweck der Finanzierung der Rundfunkstätigkeit gewährleisten die Werbeeinnahmen speziell für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zusätzlich aber auch ein Element der Staatsfreiheit. Anders als die Rundfunkgebühr, deren Ausgestaltung und Höhe letztlich durch staatlichen Rechtssetzungsakt festgelegt wird, unterliegt die Einnahmenerzielung durch Werbung im Rahmen der Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags und der Bedingungen des Werbemarkts der Anstaltsautonomie.

Schließlich kommt dem Werbeprogramm als Bestandteil des Gesamtprogramms auch eine rechtlich relevante programminhaltliche Komponente zu, da auch im Werbeprogramm meinungsbildende Inhalte transportiert werden.

Dieser differenzierten Funktionalität ist bei dem nachfolgenden Versuch einer verfassungsrechtlichen Qualifizierung der Rundfunkwerbung besondere Beachtung zu schenken.

IV. Werbung im Verfassungsgefüge der Rundfunkfreiheit

1. Wirtschaftswerbung und Rundfunkfreiheit

Die Werbung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk gewährleistet neben ihrer gesetzlich festgelegten primären Finanzierungsfunktion auch ein Element der Staatsfreiheit und ist darüber hinaus als notwendiger Reflex ihrer Primärfunktion Bestandteil des Programmangebots. Diese komplexe Funktionalität der Werbung wirft Fragen nach ihrer verfassungsrechtlichen Qualität und Einbeziehung in den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auf. Ein Werbeverbot müsste zudem ggf. mit dem Ausgestaltungs- bzw. Schrankensystem des Art.5 GG kompatibel sein.

a) Schutzbereich

Erste und wesentliche Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist die Erfüllung des Programmauftrags. Zu diesem Zweck sind die Rundfunkanstalten vom Landesgesetzgeber konstituiert und mit dem Recht der Selbstverwaltung

ausgestattet worden³⁰. Innerhalb dieses Rahmens entfaltet der öffentlich - rechtliche Rundfunk seine Funktion als Medium und Faktor der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung³¹. In der Wahrnehmung dieser Funktion liegt seine primäre, für die freiheitliche demokratische Grundordnung schlechthin konstituierende Bedeutung³². Schutz und Optimierung dieser Funktion ist wesentlicher Inhalt der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, wie die entsprechende Judikatur des Bundesverfassungsgerichts nachhaltig belegt³³.

Von dieser primären Programmfunktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, deren inhaltliche Strukturen maßgeblich durch die Pflicht zu Ausgewogenheit und Meinungsvielfalt sowie durch gesellschaftlich-pluralistische Kontrolle bestimmt werden, ist die Wirtschaftswerbung zu unterscheiden. Sie wird der werbetreibenden Wirtschaft nach marktrelevanten Kriterien durch Überlassung von Sendezeit außerhalb des von den Rundfunkanstalten autonom gestalteten und ihnen als eigene Sachaussage zugeordneten Programms ermöglicht. Wesentliches und gesetzlich vorgegebenes Motiv für die Ausstrahlung des Werbeprogramms ist damit nicht die Erfüllung des Programmauftrags, sondern die fiskalische Nutzung des Mediums zum Zwecke der Erzielung von Einkünften³⁴. Vor diesem Hintergrund ist die Frage der verfassungsrechtlichen Zuordnung der Wirtschaftswerbung zum Schutzbereich der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs.1 Satz 2 GG zu beleuchten.

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet den Staat im Sinne einer Funktionsgewährleistungsgarantie, den organisatorischen und verfahrensmäßigen Rahmen für die autonome und staatsfreie Wahrnehmung des Programmauftrags durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu gewährleisten. Wesentlicher Bestandteil dieser Funktionsgewährleistungsgarantie ist die Verpflichtung, eine

³⁰ Herrmann (FN 15), S.255 ff.; Hesse (FN 15), S. 126 ff.; Bethge, Media Perspektiven 1983, 691

³¹ So das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung seit BVerfGE 12, 260

³² BVerfGE 35, 221; 57, 323; 59, 266

³³ vgl. die sog. Fernsehurteile BVerfGE 12, 205 (Erstes Fernsehurteil); 31, 314 (Mehrwertsteuerurteil); 57, 295 (FRAG-Urteil); 73, 118 (Niedersachsen-Entscheidung); 74, 297 (Baden-Württemberg-Beschluss); 83,238 (WDR-Urteil); 90,60 (Gebührenurteil), vgl. auch BVerfGE 59, 231 (Freie Mitarbeiter); 60, 53 (FDP-Beschluss); 87,181 (Hessen-3-Beschluss); 97, 228 (Kurzberichterstattung)

³⁴ Bethge, Media Perspektiven 1983, 691

funktionsgerechte Finanzierung sicherzustellen³⁵. Die wirtschaftliche Existenzmöglichkeit des öffentlich - rechtlichen Rundfunks ist somit integraler und essentieller Bestandteil der Rundfunkfreiheit³⁶.

Verfassungsrechtlich nicht unmittelbar vorgegeben ist dagegen die Art und Weise, in der der Staat seiner Verpflichtung zur funktionsgerechten Finanzierung nachzukommen hat³⁷. Die finanzielle Funktionsgewährleistungsgarantie bezieht sich im Grundsatz zunächst lediglich auf eine Finanzausstattung, die die Wahrnehmung des gesetzlichen Programmauftrags sicherstellt, nicht dagegen auf die Zuweisung bzw. Beibehaltung einer bestimmten einzelnen Finanzierungsmodalität³⁸.

Die dem Staat hierdurch eröffnete legislative Dispositionsbefugnis besteht jedoch nicht unbeschränkt. Zu beachten bleibt zunächst insbesondere die nicht disponible Verpflichtung, dem öffentlichrechtlichen Rundfunk keine notwendige Einnahmequelle zu entziehen, ohne den hierdurch verursachten Einnahmeverlust durch Zuweisung anderer Finanzierungsmöglichkeiten zu kompensieren. In diesem Sinne umfasst der Schutzbereich der Rundfunkfreiheit auch die Wirtschaftswerbung mit der Maßgabe, dass ein kompensationsloser Wegfall der Wirtschaftswerbung einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG begründen würde³⁹.

Darüber hinaus bietet der Verfassungsgrundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks einen weiteren Ansatzpunkt für die Begründung einer verfassungskräftigen Position der Wirtschaftswerbung. Dieser das gesamte Rundfunkrecht prägende Verfassungsgrundsatz fordert ein staatliches Funktionsverbot im Rundfunk. Die in Art.5 Abs. 1 Satz 2 GG verankerte Rundfunkfreiheit dient nach ständiger Rechtsprechung des BVerfGs der Gewährleistung freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung⁴⁰, die ihrerseits wiederum Bedingung für das Funktionieren des

³⁵ BVerfGE 73, 158; 83, 298; vgl. auch Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (FN 11), § 11 Rdn. 6 ff.; Schneider/Radeck, Verfassungsprobleme der Rundfunkfinanzierung aus Werbung, 1989, S. 87 f.; Oppermann/Kilian, Rechtsgrundsätze der Finanzierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der dualen Rundfunkverfassung der Bundesrepublik Deutschland, 1989, S. 87 f.; Bethge, Media Perspektiven 1983, 693; Fuhr/Krone AfP 1984, 142; Stern, Funktionsgerechte Finanzierung der Rundfunkanstalten durch den Staat, 1968, 15 ff.

³⁶ A. Hesse, ZUM 1987, 554; Bachof, Verbot des Werbefernsehens durch Bundesgesetz ?, 1966, 26 f.

³⁷ BVerfGE 74, 342

³⁸ A. Hesse (FN 15), S.187; Fuhr/Krone, AfP 1984, 143; Badura, Rundfunkfreiheit und Finanzautonomie, 1986, 72

³⁹ BVerfGE 74, 341 f.; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (FN 11), § 15 Rdn.6; Bethge, Rundfunkfreiheit und öffentlich-rechtlicher Organisationsvorbehalt, 1987, 131

⁴⁰ BVerfGE 73, 152 m.w.N.

grundlegenden demokratischen Prinzips ist, wonach sich die gesamtstaatliche Meinungsbildung vom Volk in Richtung zu den Staatsorganen hin zu vollziehen hat⁴¹. Diese Meinungsbildung vollzieht sich in einem Kommunikationsprozess, in welchem dem Rundfunk die Aufgabe eines "Mediums" und "Faktors" zukommt : Ihm obliegt es, in möglicher Breite und Vollständigkeit zu informieren; er gibt dem Einzelnen und den gesellschaftlichen Gruppen Gelegenheit zu meinungsbildender Artikulation und ist selbst auch an dem Prozess der Meinungsbildung umfassend beteiligt⁴². Die Wahrnehmung dieser Aufgabe erfordert - wie einschlägige historische Erfahrungen belegen - die Freiheit des Rundfunks von staatlicher Beherrschung oder Einflussnahme⁴³. Das Prinzip der Staatsfreiheit gilt grundsätzlich für alle Tätigkeits- und Organisationsbereiche des Rundfunks einschließlich der Rundfunkfinanzierung.⁴⁴ Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG mehrfach betont, dass der im Wesentlichen aus Rundfunkgebühren und Werbeeinnahmen bestehenden Mischfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks eine eigenständige rundfunkfreiheitssichernde Bedeutung zukommt.⁴⁵ Angesichts der Festlegung von Ausgestaltung und Höhe der Rundfunkgebühr durch staatlichen Rechtssetzungsakt gewinnt hierbei die im Rahmen der Anstaltsautonomie betriebene Wirtschaftswerbung innerhalb des bestehenden Finanzierungssystems des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ein eigenes verfassungsrechtliches Gewicht.

Schließlich kommt auch der programminhaltlichen Komponente der Werbung rundfunkverfassungsrechtliche Bedeutung zu. Entgegen einer früheren in Literatur und Rechtsprechung verbreiteten Auffassung, wonach Werbung nicht dem Schutzbereich des Art. 5 GG unterfalle, weil sie lediglich der Beeinflussung des Käufers mit dem Ziel, ihn kaufbereit zu machen, diene und damit keinen integralen Meinungs- und Informationswert aufweise⁴⁶, ist richtigerweise davon auszugehen,

⁴¹ BVerfGE 20, 56

⁴² BVerfGE 73, 152

⁴³ BVerfGE 12, 262; 31, 329; 57, 320; 73, 183; 74, 324; 83, 323; 90, 88; zu den aus dem Verfassungsgebot der Staatsfreiheit des Rundfunks abzuleitenden Folgerungen vgl. Jarass, Die Freiheit des Rundfunks vom Staat, 1981; Gersdorf, Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1991; Knothe, Die neuen Institutionen des Rundfunkstaatsvertrags zwischen Rechtsaufsicht und Staatsfreiheit, 2000, S. 95 ff.; Schürmann, AfP 1993, 435 ff.

⁴⁴ Badura (FN 38), S.60 m.w.N.

⁴⁵ BVerfGE 83, 310f.; 87, 200; 90, 91; vgl. auch Bullinger, ZUM 1985, 129 f.; Kresse, WRP 1985, 540; Badura (FN 38), S. 22; A. Hesse, ZUM 1987, 554; Schneider/Radeck (FN 35), 1989, 75 f.

⁴⁶ BVerfGE 2, 178 f.; vgl. auch BVerfGE 35, 332; Lerche, Rechtsprobleme des Werbefernsehens, 1965, S.12 ff.; Bachof (FN 36), S. 34; Schmidt, Die Rundfunkgewährleistung, 1980, S.85 f.

dass die Werbung in ihrer programmlichen Erscheinungsform einen eigenständigen Informationswert besitzt und der Meinungsbildung dient. Diese informatorische Komponente der Werbung ist untrennbar mit der primär bezweckten Animationswirkung verknüpft. Das Werbeprogramm vermittelt dem Zuschauer nicht lediglich Kaufanreize, sondern gibt gleichzeitig über das dargestellte Güterangebot Aufschluss über die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Landes sowie über die einschlägigen Werbevermittlungstechniken und bildet hierdurch eine zumindest komplementäre meinungsbildende Informationsquelle⁴⁷.

Das Werbeprogramm unterfällt damit dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG⁴⁸, der zu dienen eine der wesentlichen Funktionen der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist⁴⁹. Im Grundsatz bestätigt wird dieses Ergebnis auch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art.10 EMRK.⁵⁰

Die Wirtschaftswerbung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk unterfällt damit dem Schutzbereich der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG insoweit, als sie

- programminhaltlich zumindest komplementär der Meinungsfreiheit dient,
- innerhalb des dualen, von Rundfunkgebühren und Werbeeinnahmen bestimmten Finanzierungssystems ein Element der Staatsfreiheit gewährleistet und
- als Teil dieses Finanzierungssystems nicht kompensationslos wegfallen darf.

b) Schrankensystematik

Soweit die Wirtschaftswerbung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk damit in dem aufgezeigten Rahmen verfassungskräftigen Schutz genießt, bedürfen alle

⁴⁷ vgl. Hahn/Vesting (FN 15), § 7 Rdn. 6 m.w.N.(Ladeur);

Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (FN 11), § 7 Rdn.11; Lerche, Grundrechtsfragen eines gemeinschaftsrechtlichen Verbots mittelbarer Werbung, 1990, S. 55 ff. m.w.N.; A. Hesse, ZUM 1987, 549 m.w.N.; Ackermann, WRP 1998, 668 f.; Arndt, JZ 1965,337; Braun, WRP 1982, 512; für Werbung in der Presse vgl. Hoffmann-Riem, ZUM 1996, 1 ff.

⁴⁸ vgl. Kresse, WRP 1985, 536 ff. sowie die Nachweise bei Kollek, Rechtsfragen der Rundfunkfinanzierung, 1987, S.106 Fußnote 134

⁴⁹ A. Hesse, ZUM 1987, 550; Stender-Vorwachs, „Staatsferne“ und „Gruppenferne“ in einem außenpluralistisch organisierten privaten Rundfunksystem, 1988, S.251

⁵⁰ vgl. Lerche (FN 46), S. 58; Ullmann, GRUR 1996, 949 f.; Frowein, AfP 1986, 198 f.; A. Hesse, ZUM 1987, 580; Kresse, WRP 1985, 541; Winter, Werberecht, in: Fuhr/Rudolf/Wasserburg, Recht der Neuen Medien, 1989, S. 377

einfachgesetzlichen Restriktionen dieser Wirtschaftswerbung, insbesondere eine vollständige Abschaffung, ihrerseits einer aus der Verfassung ableitbaren Legitimation.

Eine derartige Legitimation ergibt sich nicht bereits aus dem verfassungs-ummittelbaren Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG. Hiernach finden die Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG ihre Schranken u.a. in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze. Allgemeine Gesetze sind nach der Rechtsprechung des BVerfGs solche Gesetze, die "nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten", sondern die vielmehr "dem Schutz eines schlechthin ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützende Rechtsgutes dienen"⁵¹. Danach sind nur solche Beschränkungen der Rechte und Gewährleistungen des Art. 5 Abs. 1 GG hinzunehmen, die sich unbeabsichtigt quasi als Reflex eines anderen Rechtsgüterschutzes ergeben. Konkret heißt dies, dass die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG ihre Schranken nur in solchen Gesetzen finden können, die nicht final gegen bestimmte Kommunikationsinhalte und Kommunikationsformen gerichtet sind⁵². Diesem Kriterium entsprechen die vorhandenen Werbebeschränkungen ebenso wenig wie ein mögliches generelles Werbeverbot. Abgesehen davon, dass sich Werbebeschränkungen ausschließlich im Schutzbereich der Rundfunkfreiheit auswirken, richten sie sich gezielt u.a. gegen bestimmte meinungsrelevante Werbeinhalte und programmliche Vermittlungsformen⁵³. Damit ist eine verfassungsrechtliche Legitimation einfachgesetzlicher Werbebeschränkungen unter dem Gesichtspunkt des Art. 5 Abs. 2 GG nicht möglich.

Rechtfertigung können Werbebeschränkungen auf der Ebene der Verfassung jedoch dann erfahren, wenn sie entweder als Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit⁵⁴ oder als Resultat eines verhältnismäßigen Ausgleichs kollidierender Verfassungsrechtsgüter⁵⁵ anzusehen sind.

⁵¹ BVerfGE 7, 209 f.; 28, 185 f.; 28, 292; 39, 367; 50, 240 f.; 62, 230; 71, 215

⁵² vgl. Bosman, Rundfunkfreiheit und Programmgrundsätze, 1985, S. 37 ff.; ders., ZUM 1989, 8

⁵³ i.E. ebenso Schneider/Radeck (FN 35), S.62 ff.; A. Hesse, ZUM 1987, 552 f.; dieser Aspekt wird in BVerfGE 74, 343 nicht hinreichend gewürdigt; vgl. auch Ricker/Müller-Malm, AfP 1988, 206 f.

⁵⁴ vgl. Hahn/Vesting(FN 15), § 7 Rdn. 7 (Ladeur); Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 97 ff.; A. Hesse (FN 15), S.71 f.

⁵⁵ Bosman, ZUM 1989, 9 m.w.N.

c) Gesetzesvorbehalt

Eine solche Ausgestaltung bzw. ein solcher Kollisionsausgleich hat durch Gesetz zu erfolgen. Die aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG resultierende Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung der Rundfunkfreiheit unterliegt entsprechend der „Wesentlichkeitstheorie“ des BVerfGs⁵⁶ in formaler Hinsicht dem Vorbehalt einer gesetzlichen Regelung. Das zur Gewährleistung der Rundfunkfreiheit Wesentliche muss das Parlament selbst bestimmen; es darf die Entscheidung darüber nicht der Exekutive überlassen. Ebenso wenig darf die Gewährleistung der Rundfunkfreiheit einer Regelung durch Satzung der Veranstalter oder vertraglichen Regelungen anheim gegeben werden.⁵⁷ Die Frage, ob vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund die Regelung der Rundfunkfinanzierung - und damit auch die Regelung der Werbung beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk - dem Gesetzesvorbehalt unterfällt, ist vom BVerfG bislang zwar ausdrücklich offen gelassen worden.⁵⁸ Angesichts der dargestellten Funktion der Wirtschaftswerbung und der damit in Zusammenhang stehenden vielfältigen verfassungsrechtlichen Implikationen erscheint eine gesetzliche Regelung jedoch als unabweisbar.⁵⁹

2. Verfassungsrechtliche Bedingungen für ein Werbeverbot

Vor dem Hintergrund der angestellten Überlegungen zu Schutzbereich und Schrankensystematik des Art. 5 GG bestünde eine verfassungsrechtliche Legitimation für ein Werbeverbot also nur dann, wenn dieses Werbeverbot als ausgestaltende gesetzliche Sicherung der Rundfunkfreiheit selbst erforderlich wäre oder aber der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen kollidierenden Verfassungsrechtsgütern diene.

Wie dargestellt, unterfällt die Wirtschaftswerbung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk insoweit dem Schutzbereich der Rundfunkfreiheit, als sie als Teil des derzeitigen dualen, von Rundfunkgebühren und Werbeeinnahmen bestimmten Finanzierungssystems nicht kompensationslos wegfallen darf, innerhalb dieses

⁵⁶ BVerfGE 33, 303 ff.; 47, 78; 49, 126 f.

⁵⁷ BVerfGE 57, 324

⁵⁸ BVerfGE 57, 324

⁵⁹ vgl. Hahn/Vesting (FN 15), § 11 Rdn.11(Radeck/Meyer/Goerlich); Badura (FN 38), S. 48 : Bullinger, ZUM 1985, 127 ff.; Winter (FN 50), S. 373 f.

Finanzierungssystems ein Element der Staatsfreiheit gewährleistet und programminhaltlich zumindest komplementär der Meinungsfreiheit dient.

Bei der Frage, inwieweit demgegenüber die gesetzgeberische Pflicht zur gewährleistenden Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit oder der Schutz anderer Verfassungsrechtsgüter zu einer so intensiven Beschränkung der Verfassungsposition der Rundfunkwerbung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk führen könnte, dass sogar ein vollständiges gesetzliches Verbot verfassungsrechtlich legitimiert wäre, muss zwischen den drei geschützten Elementen der Wirtschaftswerbung differenziert werden.

a) Meinungsfreiheit

Wie dargestellt, kommt der Wirtschaftswerbung zwar grundsätzlich eine meinungsbildende Funktion zu, die dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG unterfällt. Diese meinungsbildende Funktion der Wirtschaftswerbung ist im Verhältnis zur ebenfalls und zentral verfassungsrechtlich geschützten meinungsbildenden Funktion des gesellschaftlich-pluralistisch abgesicherten übrigen Programms jedoch nur komplementär, da Reflex ihrer Primärfunktion als rundfunkspezifisches Finanzierungsinstrument. Von daher ist die Wirtschaftswerbung in Inhalt und Umfang immanent insoweit beschränkt, als sie ihrerseits nicht die primäre Programmfunktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks unzulässig beeinträchtigen darf.

Die primäre Programmfunktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wäre dann unzulässig tangiert, wenn die Wirtschaftswerbung ihrem Umfang wie ihrer Darstellungsform nach wesentliche meinungsrelevante Inhalte des übrigen Programms verdrängen oder in ihrer Aussage verändern würde. Der Verminderung dieser Einflussfaktoren dienen aber zunächst bereits die gesetzliche Beschränkung des Umfangs der Wirtschaftswerbung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk sowie das gesetzliche Gebot der Trennung von Werbung und Programm.⁶⁰

Gleichwohl kann nicht verkannt werden, dass Teile der Hauptprogramme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zumindest mittelbar durch werbliche Interessen beeinflusst sind. So bietet das Vorabendprogramm des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, das nicht ohne Grund mit dem Begriff „Werberahmenprogramm“ belegt wird, überwiegend unterhaltende Sendeformate, die auf eine möglichst große

⁶⁰ vgl. hierzu Bosman, ZUM 1990, 546 ff.; Platho, ZUM 2000, 47 ff.

Zuschauerakzeptanz angelegt sind. Mit dieser Ausrichtung auf Massenattraktivität – die im übrigen nicht automatisch mit geringem Anspruch oder Niveau verknüpft sein muss – folgt das Programm faktischen Zwängen. Das Vorabend- und frühe Abendprogramm trifft regelmäßig auf die im Tagesverlauf größte Zahl von Zuschauern, so dass sich in diesem Zeitrahmen korrelierend mit der Zuschauerreichweite die höchsten Entgelte für den Verkauf von Werbezeit im Rundfunk erzielen lassen. Durch die gesetzliche Grenzziehung auf 20.00 Uhr für Werbung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist dieser Zeitrahmen jedoch allein auf den Vorabend verengt, d. h. im wesentlichen auf die Zeit von 17.00 bis 20.00 Uhr. Dies hat unvermeidlich zur Folge, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk in dieser kurzen tageszeitlichen Spanne den wesentlichen Teil seiner Werbeerlöse erzielen muss. Dies kann aber naturgemäß nur im Rahmen eines massenattraktiven Programmumfelds geschehen und schließt dementsprechend nicht-massenattraktive Programmgenres und insbesondere auch die Platzierung von Minderheitenprogrammen in dieser Zeit weitgehend aus.

Angesichts dieses Befundes allein lässt sich ein Werbeverbot unter dem Aspekt der Sicherung der Meinungsfreiheit aber noch nicht begründen. Es wäre unverhältnismäßig, da mit dem Vorabendprogramm ein zwar akzeptanzstarker, aber nur relativ schmaler Zeitkorridor betroffen ist, das gesetzliche Gebot der Trennung von Werbung und Programm eine von Zuschauern nicht erkennbare Vermischung der Programmkategorien weitgehend verhindert und weniger eingreifende Maßnahmen, etwa eine Erweiterung des Zeitkorridors bei gleichzeitiger Beibehaltung des zulässigen Werbequantums, denkbar erscheinen.

b) Staatsfreiheit

Wie dargestellt, kommt der überwiegend aus Rundfunkgebühren und Werbeeinnahmen bestehenden Mischfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks eine eigenständige rundfunkfreiheitssichernde Bedeutung zu. Angesichts der Festlegung von Ausgestaltung und Höhe der Rundfunkgebühr durch staatlichen Rechtssetzungsakt gewinnt hierbei die im Rahmen der Anstaltsautonomie betriebene Wirtschaftswerbung innerhalb des bestehenden Finanzierungssystems des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ein eigenes verfassungsrechtliches Gewicht.

Die Festlegung der Rundfunkgebühr durch staatlichen Rechtsetzungsakt und das zu diesem Rechtsetzungsakt führende Verfahren wiesen auf der Grundlage des Staatsvertrags zur Neuordnung des Rundfunkwesens vom 1./3. April 1987 und des nachfolgenden Staatsvertrags über den Rundfunk im vereinten Deutschland vom 31. August 1991 eine Staatsnähe auf, die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der staatlichen Gebührenfestsetzung hatte aufkommen lassen⁶¹ oder doch zumindest Anlass für Reformüberlegungen boten⁶². Diese Bedenken und Überlegungen wurden nachhaltig durch das sog. Gebührenurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Februar 1994 bestätigt, in dem das damalige Verfahren zur Festsetzung der Rundfunkgebühr u.a. aus Gründen zu großer Staatsnähe in wesentlichen Teilen für verfassungswidrig erklärt wurde.⁶³ Seither ist das Verfahren zur Festsetzung der Rundfunkgebühr in den §§ 1 bis 7 des Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrags zwar verfassungskonform neu geregelt worden, gleichwohl bestehen gewisse staatliche Einflussfaktoren formaler wie informeller Art fort.⁶⁴ Das BVerfG sieht u.a. im Zusammenhang mit der Rundfunkfinanzierung neben manifesten Gefahren unmittelbarer staatlicher Lenkung auch subtilere Mittel indirekter Einwirkung, mit denen sich staatliche Organe Einfluss auf das Programm verschaffen oder Druck auf die im Rundfunk Tätigen ausüben können.⁶⁵

Demgegenüber ist die Wirtschaftswerbung im Rahmen der Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrags dem Bereich der Anstaltsautonomie zugewiesen und damit der staatlichen Einflussphäre weitgehend entzogen. Die durch diese staatsfreie Finanzierungskomponente erzeugte zusätzliche staatsfreiheitssichernde Funktion der Wirtschaftswerbung⁶⁶ wird vom Bundesverfassungsgericht auch in seinem Gebührenurteil nochmals ausdrücklich in allgemeiner Form bestätigt⁶⁷ und gilt damit auch nach den in Umsetzung dieses Urteils erfolgten Korrekturen des Gebührenfestsetzungsverfahrens grundsätzlich fort⁶⁸. Sie trägt innerhalb des

⁶¹ vgl. insbesondere den Vorlagebeschluss des VGH München, ZUM 1988, 536

⁶² vgl. Oppermann/Kilian (FN 35), S.107 ff. m.w.N.

⁶³ BVerfGE 90, 60

⁶⁴ vgl. Hoffmann-Riem (FN 54), S. 247; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner (FN 11), § 12 Rdn. 12

⁶⁵ BVerfGE 90, 88 f.

⁶⁶ BVerfGE 83, 310 f.; 87, 200; vgl. auch Berg, Media Perspektiven 1995, 94 ff.; Voß, Media Perspektiven 1994, 50 ff.; Bethge, Media Perspektiven 1983, 690 ff.; Bullinger, ZUM 1985, 129 f.; Kresse, WRP 1985, 540; Badura (FN 38), S.22; A. Hesse, ZUM 1987, 554; Schneider/Radeck (FN 35), 1989, 75 f.

⁶⁷ BVerfGE 90, 91

⁶⁸ vgl. Hoffmann-Riem (FN 54), S. 247; a.A. Ricker/Schiwy (FN 10), 1997, S. 203 Fußnote 321; kritisch Engel, Medienordnungsrecht, 1996, S. 128 f.

bestehenden Finanzierungssystems des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zur Verfestigung der verfassungsrechtlichen Bestandskraft der Wirtschaftswerbung bei. Vor dem Hintergrund der Staatsfreiheit erschiene ein Werbeverbot für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk damit zwar nicht undenkbar, es würde aber zumindest eine weitere Reduzierung potentieller staatlicher Einflussfaktoren auf Ausgestaltung und Höhe der Rundfunkgebühr voraussetzen. Zu denken wäre hierbei etwa an ein politikfernes, indexgestütztes Gebührenfestsetzungsverfahren, das auf einmal fixierter gesetzlicher Grundlage zu quasi automatisierten turnusmäßigen Anpassungen der Gebührenhöhe auf der Basis allgemeiner und medienspezifischer Preisindizes führen könnte.⁶⁹

c) Kompensationsverpflichtung

Wie dargestellt, besteht im Rahmen der verfassungsrechtlich begründeten Finanzgewährleistungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks die nicht disponible Verpflichtung, dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk keine notwendige Einnahmequelle zu entziehen, ohne den hierdurch verursachten Einnahmeverlust durch Zuweisung anderer Finanzierungsmöglichkeiten zu kompensieren. Im Falle der Realisierung eines Werbeverbots wäre unter den gegebenen rechtlichen und politischen Bedingungen eine Kompensation allein durch eine adäquate Erhöhung der Rundfunkgebühr denkbar. Diese müsste sich in einer Größenordnung von ca. € 1.50 bewegen.⁷⁰

Die Kompensationsmöglichkeit durch Erhöhung der Rundfunkgebühr ist nach der Rechtsprechung des BVerfGs allerdings durch Gesichtspunkte des Informationszugangs und der angemessenen Belastung der Rundfunkteilnehmer immanent beschränkt.⁷¹ Die Höhe der Rundfunkgebühr darf für den Rezipienten nicht prohibitiv wirken und muss in einem adäquaten Verhältnis zum Leistungsangebot stehen. Bei der Bestimmung einer solchen Relevanzschwelle wäre neben einer Bewertung des Umfangs des Programmangebots insbesondere der Umstand zu berücksichtigen, dass sozialen Gesichtspunkten der Rezipienten von jeher bereits

⁶⁹ BVerfE 90, 103; vgl. auch Prodoehl, Media Perspektiven 1990, 384 ff.; A. Hesse (FN 15), S. 185 f.

⁷⁰ In ihrem 12. Bericht vom Dezember 1999 hat die KEF festgestellt, dass zum Ausgleich eines Wegfalls von Werbung und Sponsoring bei ARD und ZDF eine Gebührenerhöhung von DM 3,02 erforderlich wäre. Ein Wegfall nur des Sponsoring erforderte eine Gebührenerhöhung von DM 0,18, vgl. Elftes Kapitel, Tz. 431 ff.

⁷¹ BVerfGE 90,104

durch einkommensabhängige gesetzliche Befreiungstatbestände entsprochen wird.⁷² Hilfreich ist zusätzlich auch eine vergleichende Betrachtung der Gebührenhöhen in anderen europäischen Ländern. Hierbei ergibt sich, dass sich die deutsche Rundfunkgebühr mit € 16,15 pro Monat zwar im oberen Bereich der europäischen Skala bewegt,⁷³ hierfür aber auch die signifikant größte Anzahl gebührenfinanzierter Hörfunk- und Fernsehprogramme zur Verfügung stehen.

Vor diesem Hintergrund dürfte es rechtlich zulässig sein, den durch ein Werbeverbot eintretenden Einnahmeausfall im Wege einer entsprechenden Erhöhung der Rundfunkgebühr in voller Höhe auszugleichen.

V. Fazit

Damit ist als Ergebnis festzuhalten, dass ein Werbeverbot für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nur durch formelles Gesetz und nur unter der materiellen Voraussetzung verfassungsrechtlich zulässig wäre, dass

- das Werbeprogramm die Integrität des redaktionellen Programms unzulässig tangiert und kein milderes Mittel zur Abhilfe geeignet ist,
- als Ausgleich für den Wegfall der Mischfinanzierung ein staats- und politikfernere Verfahren der Festsetzung der Rundfunkgebühr, z.B. durch Indexierung, installiert wird und
- eine vollständige Kompensation der Werbeausfälle durch eine entsprechende Erhöhung der Rundfunkgebühr erfolgt.

Läge diese Voraussetzung vor, wäre z.B. der Schutz der Werbefinanzierung privater Rundfunkveranstalter oder der Presse ein verfassungsrechtlich legitimes Motiv für ein gesetzliches Werbeverbot im öffentlich-rechtlichen Rundfunk.⁷⁴ Ein verfassungsrechtliches Gebot erwächst hieraus allerdings nicht.⁷⁵

⁷² § 6 Abs.1 Nr.1 RfGebStV, vgl. im einzelnen Hahn/Vesting (FN 15), Zweiter Teil, § 6 (Siekmann); die Befreiungsquote liegt bei ca. 8%

⁷³ Die Rundfunkgebühr in der Schweiz und in Österreich liegt höher, die Rundfunkgebühr in Großbritannien geringfügig niedriger und die Rundfunkgebühr in Frankreich und Italien deutlich niedriger als in Deutschland.

⁷⁴ BVerfGE 87, 181; Degenhart (FN 10), Rdn. 813

⁷⁵ BVerfGE 83, 312