

Universität Rostock | Juristische Fakultät
Richard-Wagner-Str. 7, 18055 Rostock

Landtag Nordrhein-Westfalen
Ausschuss für Kultur und Medien
Platz des Landtags 1
40221 Düsseldorf

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME
16/1666**

A12

**Gerd-Bucerius-Stiftungspro-
fessur für Kommunikations-
recht und Öffentliches Recht**

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf

Sitz Möllner Straße 10
18109 Rostock
Fon +49(0)381 498-8330
Fax +49(0)381 498-8332
Mail [hubertus.gersdorf@
uni-rostock.de](mailto:hubertus.gersdorf@uni-rostock.de)

Berlin/Rostock, 1. Mai 2014

Schriftliche Stellungnahme

zur Anhörung von Sachverständigen des Ausschusses für Kultur und Me-
dien des Landtags Nordrhein-Westfalen am 8. Mai 2014 zu dem

**Gesetz zur Änderung des Landesmediengesetzes Nordrhein-Westfalen und
des Telemedienzuständigkeitsgesetzes – 14. Rundfunkänderungsgesetz
Gesetzentwurf der Landesregierung, Drucksache 16/4950 – Im Folgenden:
LMG-Entwurf NRW**

I. §§ 10a, 10b, 11 LMG-Entwurf NRW: Zuständigkeit der Ministerpräsi- dentin oder des Ministerpräsidenten für die Zuordnungsentscheidung

Der nach wie vor vorgesehenen staatlichen Zuständigkeit für die Zuordnung ter-
restrischer Übertragungskapazitäten begegnen unter dem Gesichtspunkt der
Staatsfreiheit des Rundfunks (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) prinzipiell verfassungs-
rechtliche Bedenken. Nur für den Bereich der Zuordnung *analoger* terrestrischer
Frequenzen ist die staatliche Zuständigkeit hinnehmbar, weil gem. § 10 Abs. 2
LMG-Entwurf NRW dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk künftig keine weite-
ren analogen terrestrischen Übertragungswege zugeordnet werden dürfen. Damit
ist ausgeschlossen, dass der Staat eine Auswahlentscheidung im Hinblick auf
konkrete öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten trifft, die mit dem Grundsatz
der Staatsfreiheit des Rundfunks unvereinbar wäre. Anders liegen die Dinge bei

der Zuordnung *digitaler* terrestrischer Übertragungskapazitäten für den Regelbetrieb (§ 10a LMG-Entwurf NRW) oder zu Pilotzwecken (§ 10b LMG-Entwurf NRW), weil insoweit der Ministerpräsidentin oder dem Ministerpräsidenten programmbezogene, einzelne Rundfunkveranstalter betreffende Handlungs- und Beurteilungsspielräume eingeräumt sind (vgl. § 10 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1, § 10b Abs. 3 LMG-Entwurf NRW), was mit dem Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks unvereinbar ist. Im Einzelnen:

Zutreffend wird in der Gesetzesbegründung an anderer Stelle darauf hingewiesen, dass die „Entscheidung darüber, welcher private Medienanbieter welche Übertragungskapazitäten nutzen können soll, ... aus Gründen der Staatsferne durch die LfM zu treffen“ ist (Drs. 16/4950, S. 92). Nicht nachvollziehbar ist, warum im Verhältnis zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk andere Maßstäbe gelten sollen. Staatliche Stellen dürfen im Verhältnis zum öffentlichen Rundfunk keine Entscheidungsbefugnisse eingeräumt werden, die sie im Verhältnis zum privaten Rundfunk nicht besitzen und von Verfassungs wegen auch nicht besitzen dürfen. Die Zuteilung von Übertragungskapazitäten gehört zu den Grundvoraussetzungen des Gebrauchs der Rundfunkfreiheit (vgl. BVerfGE 90, 60, 93). Gerade wegen dieser Abhängigkeit lässt sich die Zuordnungsentscheidung als besonders wirksames Mittel zur indirekten Einflussnahme auf den Rundfunk einsetzen. Daher ist dieses Verfahren strikt staatsfrei zu organisieren. Staatlichen Stellen dürfen keine Handlungs-, Ermessens- oder Beurteilungsspielräume eingeräumt werden, die eine inhaltliche Bewertung des Programms notwendig machen oder deren Ausfüllung mittelbar Auswirkungen auf den Programminhalt hat. Deshalb hat das Bundesverfassungsgericht die nordrhein-westfälische Regelung über die Frequenzvergabe beanstandet, weil sie der Landesregierung bei der mit der Frequenzvergabe verbundenen Auswahl zwischen konkreten Bewerbern und deren Programmangebot freie Hand ließ (vgl. BVerfGE 83, 238, 323; siehe auch BVerfGE 90, 60, 89). Umgekehrt hat es das Bundesverfassungsgericht im Nordrhein-Westfalen-Urteil ausdrücklich für zulässig erachtet, wenn die „konkreten Zuordnungsentscheidungen“ in die Hände staatlicher Stellen gelegt werden, solange und soweit der Gesetzgeber die Zuordnungskriterien in einer dem Vorbehalt des Gesetzes genügenden Weise geregelt hat (vgl. BVerfGE 83, 238, 324).

Für den Bereich der Zuordnung *analoger* terrestrischer Übertragungskapazitäten ist diesen Vorgaben durch § 10 Abs. 2 LMG-Entwurf NRW entsprochen. Nach dieser Vorschrift soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk bei der Zuordnung analoger terrestrischer Übertragungskapazitäten künftig grundsätzlich nicht mehr

zum Zuge kommen, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk zur Verwirklichung des ihm obliegenden Grundversorgungsauftrages über die ihm zum 31. Dezember 2013 zur Verfügung stehenden Frequenzen hinaus keine weiteren Übertragungskapazitäten benötigt. Nur für den (unwahrscheinlichen) Fall, dass die LfM für den privaten Rundfunksektor keinen Bedarf anmeldet, können dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk Übertragungskapazitäten zugeordnet werden. Aufgrund des prinzipiellen Ausschlusses des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von neuen Frequenzen kann es zu einer Zuordnungsentscheidung im Hinblick auf konkrete öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten nicht kommen, die mit dem Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks nicht vereinbar wäre.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die systembezogene Entscheidung des Gesetzgebers nach § 10 Abs. 2 LMG-Entwurf NRW nicht gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit verstößt. Zwar bindet der Grundsatz der Staatsfreiheit auch den Gesetzgeber, was das Bundesverfassungsgericht für den Bereich der rundfunkrechtlichen Frequenzverwaltung ausdrücklich festgestellt hat (BVerfGE 83, 238, 323 f.). Unzulässig ist jedoch nur die Einräumung von staatlichen Handlungs-, Ermessens- oder Beurteilungsspielräumen, die sich auf konkrete Veranstalter und bestimmte Programme beziehen. Deshalb hat das Bundesverfassungsgericht die nordrhein-westfälische Regelung über die Frequenzvergabe beanstandet, weil sie der Landesregierung bei der mit der Frequenzvergabe verbundenen Auswahl zwischen konkreten Bewerbern und deren Programmangebot freie Hand ließ (vgl. BVerfGE 83, 238, 323; siehe auch BVerfGE 90, 60, 89). Anders liegen jedoch die Dinge, wenn nicht „zwischen konkreten Bewerbern um die frei werdende Übertragungsmöglichkeit sowie deren Programmangebot“ auszuwählen, sondern „allein abstrakt über die öffentlich-rechtliche oder private Nutzung einer Frequenz“ zu befinden ist (BVerfGE 83, 238, 323). Solche den öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunk als Ganzen betreffenden, also systembezogenen Entscheidungen sind dem Staat unter dem Gesichtspunkt der Staatsfreiheit des Rundfunks nicht versagt. Vielmehr ist der Gesetzgeber in Wahrnehmung seines ihm nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG obliegenden Gestaltungsauftrages verpflichtet, solche systembezogenen Entscheidungen zu treffen.

Demgegenüber verstoßen die gesetzlichen Regelungen über die Zuordnung *digitaler* terrestrischer Übertragungskapazitäten für den Regelbetrieb (§ 10a LMG-Entwurf NRW) oder zu Pilotzwecken (§ 10b LMG-Entwurf NRW) gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit. Denn bei der Auswahlentscheidung werden der Ministerpräsidentin oder dem Ministerpräsidenten programmbezogene, einzelne

Rundfunkveranstalter betreffende Handlungs- und Beurteilungsspielräume eingeräumt (vgl. die maßgeblichen gesetzlichen Verteilungskriterien in § 10 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 LMG-Entwurf NRW [„umfassende Versorgung mit einem vielfältigen Programmangebot] und in § 10b Abs. 3 LMG-Entwurf NRW [„ausgewogene Verteilung“]). Die Begriffe „vielfältiges Programmangebot“ und „ausgewogene Verteilung“ sind unbestimmte Rechtsbegriffe, die dem Staat Handlungs- und Beurteilungsspielräume eröffnen, die er sub specie des Prinzips der Staatsfreiheit des Rundfunks bei der Vergabe knapper Übertragungskapazitäten zwischen einzelnen Rundfunkveranstaltern nicht besitzen darf.

II. § 10 Abs. 2 LMG-Entwurf NRW: Ausschluss des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von neuen analogen terrestrischen Frequenzen

§ 10 Abs. 2 LMG-Entwurf NRW beruht auf der Annahme, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk seinen ihm obliegenden Grundversorgungsauftrag mit den ihm zum 31. Dezember 2013 zur Verfügung stehenden analogen terrestrischen Frequenzen erfüllt. Mit Blick auf die tatsächliche Frequenzsituation in NRW dürfte sich diese Entscheidung prinzipiell in dem Spielraum halten, welcher der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG besitzt. Gleichwohl ist zu bedenken, dass der Grundversorgungsauftrag nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht statisch, sondern dynamisch angelegt ist (vgl. nur BVerfGE 83, 238, 299: „Gegenständlich und zeitlich offen und dynamisch ...“). Vor diesem Hintergrund wirft der strikte, zeitliche unbegrenzte Ausschluss des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von neuen analogen terrestrischen Frequenzen Probleme auf. Diesen Bedenken ließe sich etwa durch einen Vorbehalt der Überprüfung in regelmäßigen Abständen Rechnung tragen, so wie es die Überprüfungsklausel des § 53a RStV für die Vorschriften der Plattformregulierung der (§§ 50 ff. RStV) ausdrücklich vorsieht.

III. §§ 14 Abs. 2 und 18 Abs. 2 LMG-Entwurf NRW: Anreizregulierung

Sowohl für den terrestrischen Bereich als auch für die Kabelverbreitung sieht der LMG-Entwurf NRW als neues Kriterium für die Auswahl- und Zuordnungsentscheidung der LfM den „Gedanken der Anreizregulierung“ vor (§ 14 Abs. 2 und § 18 Abs. 2 LMG-Entwurf NRW). Eine gesetzliche Konkretisierung fehlt hingegen in dem Entwurf. Begründet wird dies mit der „Staatsfreiheit der zu treffenden Auswahlentscheidung“ und der „Dynamik des Marktes“ (Drs. 16/4950, S. 92). Die Berufung auf den Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks geht fehl, weil dieser keine abstrakt-generelle Konkretisierung der Vergabekriterien verbietet. Ganz im Gegenteil ist es nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2

GG Aufgabe des Gesetzgebers, die Grundlinien der Rundfunkordnung gesetzlich zu regeln. Hierzu gehören auch und gerade Regeln über die Vergabe knapper Übertragungskapazitäten (vgl. bereits BVerfGE 57, 295, 327).

Im Übrigen lässt der Gesetzentwurf im Unklaren, worin genau der Mehrwert des „Gedankens der Anreizregulierung“ gegenüber dem geläufigen Vergabekriterium der Vielfalt liegen soll. Der Gesetzentwurf verwendet den Begriff der Anreizregulierung als Synonym der Vielfalt (vgl. Drs. 16/4950, S. 93: „Angebote, die einen hervorgehobenen Beitrag zur Vielfalt leisten), so dass man bei Lichte betrachtet auf diese „neue“ Kategorie verzichten könnte. Auch sollte man von einer Anreizregulierung nur dann sprechen, wenn die damit verbundene Entlastung von Rundfunkveranstaltern in einem angemessenen Verhältnis zu den entsprechenden Mehrkosten für qualitativ hochwertige Angebote stehen, weil sich nur dann ein ökonomisch rational handelnder Rundfunkveranstalter zu entsprechenden Qualitätsleistungen „anreizen“ lässt. Hiervon kann aber regelmäßig nicht die Rede sein, so dass der Begriff Anreizregulierung bereits semantisch eher in die Irre führt (vgl. zum Ganzen *Gersdorf*, Anreizregulierung zu Lasten Dritter? (Verfassungs-)Rechtliche Bewertung einer anreizorientierten Regulierung des privaten Rundfunks zu Lasten der Kabelnetzbetreiber, MMR-Beilage 6/2012, S. 1-16).

IV. Beitragsfinanzierung der geplanten „Stiftung für Vielfalt und Partizipation“

Die Beitragsfinanzierung der geplanten „Stiftung für Vielfalt und Partizipation“ verstößt gegen § 40 RStV und damit (wohl) gegen den ungeschriebenen, im Bundesstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG wurzelnden „Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens, der auch die Länder untereinander zu gegenseitiger Abstimmung, Rücksichtnahme und Zusammenarbeit verpflichtet“ (BVerfGE 73, 118, 197). Partikulares Landesrecht, das staatsvertraglichen Regelungen der Länder widerspricht, ist mit dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens (Art. 20 Abs. 1 GG) unvereinbar und damit verfassungswidrig.

Die Verwendung des Beitragsaufkommens ist im Rundfunkbeitragsstaatsvertrag (RBStV) abschließend geregelt. Nach § 1 RBStV dient der Rundfunkbeitrag der funktionsgerechten Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Sinne des § 12 Abs. 1 RStV sowie der Finanzierung der Aufgabe nach § 40 RStV. Die Aufgaben der geplanten Stiftung lassen sich nicht als Projekte zur Förderung der Medienkompetenz im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 3 RStV einstufen und sind deshalb von § 40 RStV nicht gedeckt. Medienkompetenz betrifft die Kompetenz

im *Umgang mit Medien* und nicht die (auf Regional- und Lokalberichterstattung bezogene) *Kompetenz der Medien*. Der Verwendungszweck „Förderung der Medienkompetenz“ ist spezifischer Natur und berechtigt nicht zur allumfassenden Förderung der Medien und erst recht nicht zur Förderung aller Medien unter Einschluss der Presse. Sämtliche Verwendungszwecke des § 40 RStV setzen einen „Rundfunkbezug“ voraus und schließen deshalb eine (unmittelbare oder mittelbare) Förderung etwa der (regionalen oder lokalen) Presse aus. Der Verwendungszweck „Förderung der Medienkompetenz“ ermöglicht indes überhaupt keine Förderung der (Rundfunk-)Medien. Dies folgt nicht nur aus dem Wortlaut („Medienkompetenz“), sondern auch aus der Systematik des § 40 Abs. 1 Satz 3 RStV, der ausdrücklich „Formen der nichtkommerziellen Veranstaltung von lokalem und regionalem Rundfunk“ als zulässigen Verwendungszweck des Beitragsaufkommens nennt. „Medienkompetenz“ knüpft in erster Linie an den Kreis der Rezipienten an (personelle Dimension) und zielt auf die Förderung der Befähigung im Umgang mit den Medien (sachliche Dimension). Die „Aus- und Fortbildung in Medienberufen“ (vgl. § 88 Abs. 5 Satz 2 LMG-Entwurf NRW, siehe auch § 39 Satz 3 LMG-Entwurf NRW) und die Förderung des lokalen und regionalen Journalismus in NRW (vgl. Drs. 16/4950, S. 104) fallen nicht hierunter.

Der Gesetzentwurf beruht auf einem Konstruktionsfehler. Diagnose und Therapie passen nicht zusammen. Der Gesetzentwurf diagnostiziert Mängel in der regionalen und lokalen Berichterstattung im Hörfunk- und Fernsehbereich – sowie in der Presse (vgl. Drs. 16/4950, S. 104). Die Gründe hierfür liegen in der besonderen Schwierigkeit der (Re-)Finanzierung regionaler und lokaler Angebote, nicht aber am Mangel professioneller Journalistinnen und Journalisten in diesen Bereichen. Das Problem der Finanzierbarkeit regionaler und lokaler Berichterstattung in Hörfunk und Fernsehen lässt sich nicht mit der Förderung der „Aus- und Fortbildung in Medienberufen“ lösen. Die Therapie setzt also nicht an des Übels Wurzel an und geht deshalb fehl. Zielführend wäre allein eine Förderung regionaler und lokaler Angebote. Genau dieser Förderungszweck findet sich bereits in § 40 RStV: Er ist aber auf die Förderung von Formen nichtkommerzieller Veranstaltung regionalen und lokalen Rundfunks begrenzt. Die Beitragsfinanzierung der geplanten „Stiftung für Vielfalt und Partizipation“ verstößt gegen § 40 RStV und damit (wohl) auch gegen Verfassungsrecht (vgl. Art. 20 Abs. 1 GG).



(Prof. Dr. Hubertus Gersdorf)