



Institut für Rundfunkökonomie  
an der Universität zu Köln

Helge Rossen-Stadtfeld

Anforderungen des Dreistufentests an die Gremien:  
eine rundfunkverfassungsrechtliche Einordnung

**Arbeitspapiere  
des Instituts für Rundfunkökonomie  
an der Universität zu Köln**

**Heft 253**

**Köln, im April 2009**

## **Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie**

ISSN der Arbeitspapiere: 0945-8999

ISBN des vorliegenden Arbeitspapiers 253: 978-3-938933-57-2

Schutzgebühr 8,00 EUR

Die Arbeitspapiere können im Internet eingesehen  
und abgerufen werden unter der Adresse  
<http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de>

Mitteilungen und Bestellungen richten Sie bitte per E-Mail an:  
[rundfunk-institut@uni-koeln.de](mailto:rundfunk-institut@uni-koeln.de)  
oder an die u. g. Postanschrift



**Institut für Rundfunkökonomie**  
an der Universität zu Köln

Hohenstaufenring 57a

50674 Köln

Telefon: (0221) 23 35 36

Telefax: (0221) 24 11 34

Helge Rossen-Stadtfeld

Anforderungen des Dreistufentests an die Gremien:  
eine rundfunkverfassungsrechtliche Einordnung\*

<b>Einführung</b> .....	5
<b>I. Die funktionale Einbindung des Dreistufentests</b> .....	7
1. Die Freiheit der Meinungsbildung .....	7
2. Selbstbestimmung von Person und Öffentlichkeit im Meinungsbildungsvorgang .....	9
3. Meinungsbildungsfreiheit braucht Medien .....	11
<b>II. Funktion und Verantwortung der Gremien</b> .....	19
1. Die Gremienfunktion in der binnenpluralistischen Rundfunkorganisation .....	19
2. Gremienkontrolle unter Entwicklungsdruck .....	21
3. Optimierung der Gremienfunktion, kein Drittschutz .....	22
<b>III. Der Maßstab des Dreistufentests: Einzelfragen</b> .....	25
1. Ein normativer Bedürfnisbegriff .....	25
2. Qualitative, nicht quantitative Beobachtung .....	27
3. Publizistischer und „marktlicher“ Wettbewerb .....	29
<b>Literatur</b> .....	31

---

\* Geringfügig überarbeitete Fassung eines Vortrags, den der Autor, Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht an der Universität der Bundeswehr München, auf der Tagung „Der Dreistufentest als Chance für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk“ des Initiativkreises Öffentlicher Rundfunk am 16. 3. 2009 in Köln gehalten hat.



## **Anforderungen des Dreistufentests an die Gremien: eine rundfunkverfassungsrechtliche Einordnung**

### **Einführung**

Der sogenannte „Dreistufentest“, den § 11 f Abs. 3 12. RfÄndStV vorsieht, verlangt eine verstärkte Beobachtung und Kontrolle neuer oder veränderter Telemedienangebote<sup>1</sup> der ARD-Anstalten, des ZDF und des Deutschlandfunks. Beobachtung und Kontrolle bedürfen eines Maßstabs, der normativ vorgegeben sein muss. Das gilt auch für den Dreistufentest. Dessen Maßstab muss Inhalt und Verlauf der Prüfung so genau wie möglich beschreiben, die im Rahmen des Tests von den Gremien durchzuführen ist.

Hierzu nennt die Regelung des § 11 f Abs. 3 12. RfÄndStV zwar Zielwerte, deren Verwirklichung ermittelt werden soll. Sie verweist auf „demokratische, soziale und kulturelle Bedürfnisse der Gesellschaft“ sowie auf einen „qualitativen Beitrag zum publizistischen Wettbewerb“. Diese Zielwerte ergeben für sich genommen keinen hinreichend operationalisierten Maßstab. Sie allein können die verlangte Beurteilung telemedialer Angebote nur ungefähr steuern. Sie bedürfen der Konkretisierung und weiteren Entfaltung. Für beides sind die höher-rangigen normativen Vorgaben des deutschen Kommunikationsverfassungsrechts vorgreiflich, sie geben jeder Konkretisierung und Entfaltung der Zielwerte des § 11 f Abs. 3 12. RfÄndStV Rahmen und Richtung vor. Die kommunikationsverfassungsrechtlichen Vorgaben müssen dabei ihrerseits verfeinert, ausdifferenziert und fortgedacht werden. Nur so können sie in ihren unübersichtlichen gesellschaftlichen Anwendungsfeldern, die sich unter dem Druck sozialer, wirtschaftlicher, sonst kultureller, technischer und politischer Wirkfaktoren immer schneller verändern, auf Dauer ihre maßstäbliche Bedeutung und den Vorrang höchstrangiger Normativität beanspruchen. Gerade im Bereich des Kommunikationsverfassungsrechts erweist sich ihre sinn- und funktionswahrende „Ausgestaltung“<sup>2</sup> als Wirksamkeitsvoraussetzung grundrechtlicher Normativität. Ausgestaltende Rundfunkrechtsetzung und -anwendung findet keine marktvermittelt-„natürlichen“ Freiheiten vor, in die sie eingreifen, deren Wahrnehmung sie beschränken könnte.<sup>3</sup> Vielmehr soll sie unter den Bedingungen komplexer ge-

---

<sup>1</sup> Das sind grundsätzlich alle online abrufbare Informations- und Kommunikationsdienste mit Ausnahme von Rundfunkprogrammen, die im linearen Streaming-Verfahren verbreitet werden, zur Definition s. § 1 Abs. 2 RStV, § 1 Abs. 1 TelemedienG; zu weiteren Einzelheiten im ÜbbI. KOPS/SOKOLL/BENSINGER 2009, S. 41 ff.

<sup>2</sup> BVerfGE 57, 295, 320/321, st. Rspr. Zur Diskussion s. ROSSEN 1988, S. 283 ff.; RUCK 1992, S. 543 ff.; über das Kommunikationsverfassungsrecht hinaus greifende Untersuchungen dann bei BUMKE 1998.

<sup>3</sup> So aber eine weit verbreitete, in ihren Prämissen marktliberal und in ihren Folgerungen betont individualrechtlich optierende Auffassung in der rundfunkverfassungsrechtlichen Diskussion, s. etwa WOLF 1985, S. 357 ff., 366 ff., 387 ff., 415 ff.; DETERMANN 1999, S. 415 ff.; für eine Neubestimmung aller „Ausgestaltung“ als „Eingriff“ auch HAIN 1993, S. 23 ff., 86 ff.

sellschaftlicher Kommunikationsbeziehungen umfassende Kommunikationsfreiheit allererst mit ermöglichen. Sie ist grundrechtlich angeleitet, darin zugleich dann auch grundrechtseröffnend, grundrechtserschließend, grundrechtszuordnend und grundrechtssichernd.

Das Verständnis des ganzen Dreistufentests, insbesondere aber der Versuch einer Operationalisierung der in seinem Vollzug durchzuführenden Beobachtung und Bewertung, hat also in erster Linie bei dem Gehalt des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG anzusetzen. Den Gehalt dieses Grundrechts hat das Bundesverfassungsgericht in einem funktionsbezogenen Grundrechtsverständnis entwickelt. Das Gericht folgt diesem Verständnis nicht erst seit der FRAG-Entscheidung,<sup>4</sup> seit dieser aber immer entschiedener,<sup>5</sup> und es hält an diesem Verständnis bis zu den jüngsten Entscheidungen zur Finanzierung<sup>6</sup> und zur Beteiligung politischer Parteien<sup>7</sup> fest. Der Maßstab, anhand dessen und auf den hin der Dreistufentest zu operationalisieren ist, muss deshalb aus der „dienenden“ Funktion des öffentlich-rechtlichen Public-Service-Rundfunks entwickelt werden (I). Der zwölfte Rundfunkänderungsstaatsvertrag weist die danach zu orientierende Beobachtungs- und Kontrollaufgabe in erster Linie, wenn auch nicht allein, den zuständigen Rundfunkgremien zu. In welcher Rolle diese Gremien „gesellschaftlicher Kontrolle“ hierbei tätig werden, wird ihre Wahrnehmung der Beobachtungs- und Kontrollaufgabe maßgeblich mit beeinflussen. Deshalb bedarf auch die Rolle bzw. eigenartige Funktion der Kontrollgremien einer gesonderten Würdigung (II). Der funktionsbezogen vorgegebene Maßstab, nach dem telemediale Angebote zu beobachten sind, kann durch die zuständigen Gremien auf unterschiedliche Weise angewendet werden. Diesbezüglich sind auch die Staatsvertragsparteien bzw. die Gesetzgeber der verfassungsrechtlich gesicherten Programmautonomie verpflichtet. Ein gewisser Spielraum eigenverantwortlicher professioneller Beurteilung und Entscheidung muss deshalb stets offen bleiben. Doch sind ihm Grenzen gezogen und normative Strukturen vorgegeben (III).

---

<sup>4</sup> BVerfGE 57, 295, insbes. 325 ff.

<sup>5</sup> Insbesondere in der NRW-Entscheidung (6. Rundfunkurteil) BVerfGE 83, 238, 295 ff.

<sup>6</sup> BVerfG, 1 BvR 2270/05 v. 11.9.2007, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070911\\_1bvr227005.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070911_1bvr227005.html).

<sup>7</sup> BVerfG, 2 BvF 4/03 v. 12.2.2008, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20080312\\_2bvf000403.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20080312_2bvf000403.html).

## I. Die funktionale Einbindung des Dreistufentests

In der Perspektive des Bundesverfassungsgerichts hat jede Inanspruchnahme der Rundfunkfreiheit einer unbenannten Basisgewährleistung des ganzen deutschen Kommunikationsverfassungsrechts zu „dienen“.<sup>8</sup> Das ist die Gewährleistung freier, chancengleicher und umfassender, individueller und öffentlicher Meinungsbildung.<sup>9</sup> Sie vermittelt dem einfachrechtlich normierten Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks verfassungsrechtliche Legitimität, steuert aber auch seine weitere Präzisierung und laufende Erfüllung.<sup>10</sup> Auch der Dreistufentest ist als ausgestaltende Inanspruchnahme der Rundfunkfreiheit deren dienender Funktion zugeordnet. Auch er muss deshalb in Organisation, Verfahren und inhaltlicher Bestimmung gewährleisten, dass die Meinungsbildungsfreiheit nicht in ihren Verwirklichungsvoraussetzungen unzulässig eingeschränkt, sondern in ihren Zugriffs- und Entfaltungsmöglichkeiten weitestmöglich gefördert wird. Diese Freiheit der Meinungsbildung versteht das Bundesverfassungsgericht in einem sehr weiten Sinn, sie erscheint dementsprechend umfassend geschützt.

### 1. Die Freiheit der Meinungsbildung

Keineswegs umgreift diese Freiheit nur kognitiv fassbare Gehalte. Menschliche Informationsverarbeitung verläuft in weitem Umfang vor- oder unbewusst.<sup>11</sup> Die von Art. 5 Abs. 1 GG vorausgesetzte Meinungsbildung ist hiervon nicht ausgenommen. Sie wird auch dort beeinflusst und gerichtet, wo Gefühle angerufen, gelenkt und verwertet werden. Für die Meinungsbildungsfreiheit sind dramaturgische, ästhetische oder sonst gestaltend-expressive Aspekte des Medienangebots von erheblicher, möglicherweise sogar von größter Bedeutung. Auch deshalb können massenmediale Unterhaltungsangebote in ihrer Bedeutung für die Freiheit der Meinungsbildung gar nicht unterschätzt werden. Die neue Formulierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags durch § 11 Abs. 1 S. 6 12. RdfÄndSV sucht dem durch die Maßgabe Rechnung zu tragen, dass „auch Unterhaltung ... einem öffentlich-rechtlichen Angebotsprofil entsprechen“ solle. Das ist dann von Bedeutung auch insoweit, als die durch §§ 11 d ff. 12. RdfÄndStV erfassten telemedialen Angebote unterhaltenden Charakter haben.

Wodurch Meinungsbildung angeregt wird und was sie zu ihrem Material macht, kann nicht anhand inhaltsbezogener typologischer Unterscheidungen eingegrenzt werden. Meinungsbildung findet durch alle Information, Bildung und Beratung, Unterhaltung sowie Kultur hindurch statt. Solche Typenbegriffe bilden

---

<sup>8</sup> Zum Entwicklungsstand der „dienenden“ Rundfunkfreiheit s. STOCK 2003, S. 29 ff.

<sup>9</sup> Grdl. BVerfGE 27, 71, 81 f.; vgl. ferner BVerfGE 35, 203, 222; 57, 295, 320; 59, 231, 257 f.; 60, 53, 63 f.; 73, 118, 152; 107, 299, 332; 114, 371, 386 f., mit Blick auch auf neue, u. a. Internet-gestützte, Formen gesellschaftlicher Kommunikation zuletzt BVerfG 1 BvR 2270/05 v. 11.09.2007, a. a. O. (Fn. 6), Abs. 114 f. m. w. N.

<sup>10</sup> Durch die neue Regelung des § 11 12. RdfÄndStV wird dies ein weiteres Mal hervorgehoben, s. im Einz. EIFERT/EICHER 2008, § 11 RStV, Rn. 3 f., 31 ff., 51 ff. m. w. N.

<sup>11</sup> SCHLIMBACH 2007, insbes. S. 111 ff.; s. auch WÜNSCH 2006, S. 75 ff. u. öft.; jew. m. w. N.

ein Kontinuum, das durch sie immer nur ungefähr gegliedert werden kann. Innerhalb dieses Kontinuums verbindet, vermischt und akzentuiert freie Meinungsbildung nach ihrer eigenen Bestimmung. Dem entspricht, dass sich informationsverarbeitende Meinungsbildung einer offenen Vielfalt von Medien bedienen kann. Unter diesen sind Schriftzeichen, Bilder und Töne wohl die wichtigsten, nicht aber die einzigen; Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG erwähnt sie jedenfalls nur beispielshalber.<sup>12</sup> Jede Technik, mittels derer also etwa in dem Kommunikationsraum Internet Informationen verarbeitet werden, kann zugleich auch Medium freier Meinungsbildung sein.

Meinungsbildung ist auch immer erst auf dem Weg, sie findet als Vorgang statt. Nur im pathologischen Grenzfall, und auch dann wohl nur als theoretische Möglichkeit, kann sie zu einem endgültigen Abschluss gelangen und in diesem erstarren. Bis an die Grenze solcher Pathologie ist Meinungsbildung ferner immer produktiv. Meinungen bilden sich aus anderen Meinungen, gehen auseinander hervor und ineinander ein. Alle in Art. 5 Abs. 1 GG benannten Freiheiten der Äußerung, der Information und der medialen Kommunikationsvermittlung erfassen einen weitläufigen und vielschichtigen Produktionsvorgang, der in Art. 5 Abs. 1 GG selbst aber nur in seinen besonders wichtigen Umweltkontakten (Abs. 1 S. 1: individuelle Äußerung und Rezeption, Abs. 1 S. 2: massenmediale Vermittlung) erfasst wird. Das Material solcher Meinungsproduktion ist schlechterdings alles, was wahrgenommen, als Umweltrepräsentanz rekonstruiert und zum Bezugspunkt wertend-unterscheidender Selbstbestimmung werden kann.<sup>13</sup> Schon hier zeigt sich, dass der Bewertung telemedialer Angebote kein auch nur vorläufig abschließbarer und dann programmrechtlich fixierbarer Kanon von Relevanzen zugrunde gelegt werden kann. Was in der Durchführung des Dreistufentests welche Bedeutung erlangt, ist in Wahrnehmung der Rundfunkfreiheit – funktionsgebunden, aber programmautonom – immer wieder neu zu bestimmen; in der Tat ist auch mit Blick auf den Dreistufentest der „Programmauftrag als Prozess seiner Begründung“<sup>14</sup> zu verstehen.

---

<sup>12</sup> BVerfGE 54, 129, 138 f.; 60, 234, 241; 68, 226, 230 f.; 76, 171, 192; SCHULZE-FIELITZ 2008, Art. 5 I, II, Rn. 75 m. w. N.

<sup>13</sup> BVerfGE 61, 1, 9; 71, 162, 179; s. auch BVerfGE 90, 241, 247 ff.

<sup>14</sup> So der Titel der Studie von SCHULZ 2008, näher zur Prozeduralisierung des Programmauftrags auch im Dreistufentest ebd. insbes. S. 28 ff.

## 2. Selbstbestimmung von Person und Öffentlichkeit im Meinungsbildungsvorgang

Wie von selbst wird dann die Bedeutung freier Meinungsbildung für die individuelle Persönlichkeit erkennbar.<sup>15</sup> Zu was diese sich entwickeln, als was sie sich und anderen erscheinen kann, bestimmt sich (*sich!*) wesentlich in jenem Kommunikationszusammenhang, dessen Mittelpunkt ein produktiver Prozess der Meinungsbildung ist.<sup>16</sup> Die Grundrechte der Kommunikation und das Grundrecht der freien Persönlichkeitsentfaltung verweisen aufeinander, sie stützen sich wechselseitig. Dementsprechend können die Dimensionen, in denen Meinungsbildung verfassungsrechtlichen Schutz genießt, mit dem Begriff der Meinungsbildungsfreiheit nicht immer schon festgelegt sein. Sie sind selbst noch dem unaufhebbar produktiv-offenen Prozess überantwortet, den dieser Begriff bezeichnet.<sup>17</sup>

Auch daraus ergibt sich, dass Meinungsbildung keineswegs nur in den eher kognitionsaffinen Vordergrundbereichen Information und Bildung stattfinden kann. Sie reicht in viel schwerer durchdringbare „gesellschaftlich-kulturelle Tiefendimensionen“<sup>18</sup> hinein. Erneut zeigt sich hier, warum ihr auch, vielleicht sogar in besonderer Weise, das Unterhaltungsangebot des Rundfunks Grundlage und Substrat werden kann.<sup>19</sup> Verfassungsrechtlich geschützte Meinungsbildung vollzieht sich auch keineswegs nur in öffentlichen Räumen, sondern vor allem

<sup>15</sup> In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: der Schutz des Grundrechts der Äußerungsfreiheit beziehe sich „in erster Linie auf die eigene Stellungnahme des Redenden“ (BVerfGE 61, 1, 7) und es sei die „Meinung“ i. S. d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG deshalb geprägt „durch das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens“ (ebd. S. 8 f.). Das wird heute gern schnell gelesen, in Kommentierungen eher der Zierde halber mitgeführt, um alsbald zu der weniger abgründigen Unterscheidung von Meinungen und Tatsachen zu gelangen, vgl. etwa SCHULZE-FIELITZ 2008, Rn. 62 ff. Man mache sich aber einmal klar, wovon hier in sparsamster Formulierung die Rede ist: ein Grundrechtssubjekt, das Stellung nehmen können soll, muss jedenfalls ungefähre Vorstellungen seiner Subjektivität, einer möglichen „Stellung“ (von wie vielen?), damit auch von deren Gegenüber, allererst aber auch von sich selbst, erzeugen können, dies alles in einer Welt, die es dabei zugleich zu der seinen machen können muss, und wenn das wirklich frei i. S. der grundrechtlichen Verbürgung geschehen soll, bedarf dieses Subjekt umfassender Daten aus inneren und äußeren Umwelten, und es müssen diese Daten sogar noch die Befähigung begründen können, sich stellung-„nehmend“ von ihnen zu distanzieren. Ein solches Normprogramm mag kaum unverkürzt realisierbar sein, und doch besteht eine weitere Besonderheit grundrechtlich geschützter Meinungsfreiheit darin, dass jeder Nachlass in diesem Normprogramm dessen Preisgabe zur Gänze bedeuten würde. Die ältere Literatur wusste noch um diese existenzielle und produktive Verbindung von Kommunikation, Meinungsbildung und Subjektwerdung, vgl. RIDDER 1968, S. 208, 263 ff. Einer – auch wissenschaftlichen – Kultur, in der schon „Chat“-Foren, die „Verlinkung“ von Webseiten, „Hypertext“, eine „Blogosphere“ oder auch etwa „Handy-TV“ allen Ernstes als Zeichen eines paradigmatischen Quantensprungs gesellschaftlicher Kommunikation bestaunt werden, mag solches Wissen freilich vollends unerreichbar sein.

<sup>16</sup> So auch STARCK 2005, Art. 5 Rn. 37; SCHULZE-FIELITZ 2008, Rn. 67 m. w. N., der eher beiläufig notierten Erkenntnis einer „implizit“ grundrechtsgeschützten „Meinungsbildung“ wird dort nicht weiter nachgegangen.

<sup>17</sup> Vgl. schon LERCHE 1970, S. 26; ferner EIFERT 2002, S. 23 f.

<sup>18</sup> STOCK 2001, S. 117, 121.

<sup>19</sup> Entschieden a. A. VESTING 2008a, S. 4; VESTING 2008b, S. 296 ff.

und zunächst in den privaten Innenwelten der kommunizierenden Individuen. Aus diesen Innenwelten immer wieder ausgreifend, aber auch in sie zurückfindend, wird sie dabei zum Konstituens nicht nur der Demokratie, sondern *gleichursprünglich* auch personaler Subjektivität. Das alles wird in den konzeptionell maßgeblichen Entscheidungen des Gerichts seit langem als selbstverständlich mitgeführt.<sup>20</sup> Deshalb gilt, was für die Persönlichkeitsbildung in Kommunikationsbeziehungen festgestellt worden ist, auch für die Öffentlichkeitsbezüge, die in Kommunikationsvorgängen allererst hergestellt oder jedenfalls aktiviert werden können. Auch hier liegt der Kommunikation ein Meinungsbildungsprozess zugrunde, in dem sich Gegenstände, Stil, Formen und Reichweite der Öffentlichkeit selbst immer wieder neu ausbilden.

Die Kommunikationsrechte des Art. 5 Abs. 1 GG weisen damit, benannt wie unbenannt, eine grundrechtstheoretische Besonderheit auf. Hier kann ein Subjekt nicht je schon vorausgesetzt werden, das über die Befähigung verfügte, seine Freiheit zur Selbstbestimmung wählend zu verwirklichen.<sup>21</sup> Im normativen Zusammenhang des Art. 5 Abs. 1 GG schützen die Kommunikationsgrundrechte ihre Destinatäre – Persönlichkeiten und die von diesen über Kommunikationsbeziehungen hergestellten Öffentlichkeiten – vielmehr gerade auch darin, die ihnen verbürgte Freiheit zur Selbstfindung, besser: Selbsterfindung, überhaupt erst wahr- und annehmen zu können. Sie sollen *sich selbst* erst noch zu Trägern der Meinungsbildungsfreiheit *bilden* können, die Art. 5 Abs. 1 GG umfassend zu gewährleisten sucht.<sup>22</sup> Die Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG schützen

---

<sup>20</sup> BVerfGE 35, 202, 222 f.; 57, 295, 319; mit Blick auch auf Internet-gestützte Formen gesellschaftlicher Kommunikation, zuletzt BVerfG a. a. O. (Fn. 6), Abs. 114 f. m. w. N. [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070911\\_1bvr227005.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070911_1bvr227005.html).

<sup>21</sup> Die normative Unmöglichkeit, diese für die herrschende Grundrechtstheorie und -dogmatik schlechterdings grundlegende Voraussetzung als erfüllt ansehen zu können, wird in der verfassungsrechtlichen Diskussion ganz überwiegend nicht gesehen, s. schon ROSSEN 1988, S. 256 f., in Auseinandersetzung mit dem bis heute die Diskussion ebenso grundierenden wie irreführenden Theorem des „mündigen Rezipienten“. Die wirtschaftswissenschaftliche Beobachtung ist hier jedenfalls gelegentlich beträchtlich genauer, so etwa bei KOPS/SOKOLL/BENSINGER 2009, S. 89 f. mit Fn. 290. Aktuell ist eine vom Ballast früherer Diskussionsrunden erstaunlich unbeschwerte Wiederkehr des „Mündigkeitstheorems“ zu beobachten in dem der Stiftervereinigung der Presse e. V. erstellten Gutachten von GERSDORF 2009. Die Kommunikationsgrundrechte, unter Einschluss von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, schützen dort „personale Subjektivität“ nicht in deren Werden, sondern nur in deren sich entäußerndem Sein, s. ebd. S. 52 f., 55 f. u. öft. Gemeint ist freilich mit solcher Subjektivität in erster Linie die des Rundfunkunternehmens, s. ebd. S. 95: „Die – den Geist der Freiheitlichkeit atmende – Kommunikationsverfassung des Grundgesetzes legt die Verwirklichung des objektiv-rechtlichen) Ziels der Pluralismussicherung zunächst in die Hände selbstorganisierter und selbstbestimmt agierender Medien(-unternehmen).“ Ob sich die Investmentgesellschaft, die sich um die Anteile an einem in Deutschland lizenzierten Rundfunkunternehmen bemüht, wohl immer recht im Klaren darüber ist, welchem „Geist“ sie so zur Agentin werden soll? Man wird es bezweifeln dürfen.

<sup>22</sup> Einen den Grundrechten des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG vergleichbaren Gewährleistungsgehalt könnte ein individualrechtlich normiertes subjektives „Grundrecht auf Bildung“ haben. Es müsste ja auch schon den ungebildeten Menschen so schützen, dass er sich, und frei!, dazu bilden könnte, souverän über seine weitere Bildung zu verfügen. Fürsorge und Selbstbestimmung müssten normativ so aufeinander bezogen werden, dass sie sich wechselseitig stützen und begrenzen könnten. Die grundrechtstheoretischen Probleme, die eine solche

auch das Werden ihrer Subjekte – Individuen und Öffentlichkeiten – und die Ausbildung jener Befähigung. Deshalb können diese Grundrechte nicht nur eine „abwehrrechtliche“, gegen Paternalismus und aufgenötigte Weltsichten gerichtete Funktion zu gewährleisten suchen.<sup>23</sup> Sie müssen *zugleich* auch eine „positiv“-bildungsrechtliche Funktion sichern, die – indes fern jeder elitistischen Attitude – auf die möglichst selbstbestimmte Gründung und weitere Ausbildung des dann auch abwehrrechtlich geschützten Selbst gerichtet ist.

Diese doppelte und in sich verschränkte Funktionalität gilt kommunikationsräumlich unbeschränkt, also auch dort, wo Individuen im Internet kommunizieren und dabei in den Einwirkungsbereich meinungsbildungserheblicher Angebote gelangen. Der besondere Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG, der die kommunizierende Persönlichkeit *in Bestand und Entstehung gleichermaßen* umgreift, soll auch in diesem Bereich wirksam werden können. Diese Maßgabe wird in der neuen Regelung des § 11 Abs. 3 12. RdFÄndStV zu den Telemedien aufgenommen. Danach sollen die telemedialen Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks „allen Bevölkerungsgruppen“ die „Teilhabe an der Informationsgesellschaft“ ermöglichen und „Orientierungshilfe“ bieten, die „Medienkompetenz aller Generationen und von Minderheiten“ soll gefördert werden. Das ist ein im Kern bildungsrechtlicher Auftrag, der erneut auf ein Moment des in die Zukunft Offenen, des vorderhand noch Unbefestigten und erst nur im Modus des Möglichen Verhandebaren aufmerksam macht. Gerade dieses Moment wird bei der Beurteilung telemedialer Angebote keinesfalls unberücksichtigt bleiben dürfen.

### 3. Meinungsbildungsfreiheit braucht Medien

Meinungsbildungsfreiheit kann in unvermittelter Individualkommunikation allein heute nicht mehr verwirklicht werden. Sie würde in einem ihr verborgen bleibenden Mangel an Gegenständen, Themen und Perspektiven vertrocknen oder im unvermittelten Datenüberfluss ertrinken, in beiden Fällen ihrer selbst nicht bewusst.<sup>24</sup> Deshalb muss individuell-privater wie öffentlicher Meinungsbildung

---

Konstruktion verursacht, haben die Anerkennung dieses Grundrechts bislang verhindert, vgl. GRÖSCHNER 2008, Art. 7 Rn. 65 f. Im Kommunikationsverfassungsrecht ist ein solcher Ausweg nicht möglich. Hier verlangen die Verfassung und ihre gesellschaftlichen Umwelten unnachgiebig nach einem praxisfähigen normativen Entwurf des Zugleich von Freiheit und Bindung, von Selbst- und Fremdbestimmung.

<sup>23</sup> So aber GERSDORF 2009, S. 58 („Meinungsäußerungsfreiheit und Medienfreiheiten sind gleichermaßen Jedermann-Freiheiten“). Dieses Grundrechtsverständnis ist bereits Anfang der 1980er Jahre zugunsten des kommerziellen Rundfunks geltend gemacht worden, konzeptionell und begriffspolitisch prägend vor allem von BULLINGER 1980. Es beruht auf einer Grundrechtsdoktrin, in der die Meinungsbildungsfreiheit um das Moment tatsächlichen Realisierbarkeit, die Kommunikationsfreiheit um das Moment der chancengleichen Zugänglichkeit gebracht wird, s. zur Kritik ROSSEN 1988, S. 242 ff. Die Rundfunkfreiheit verkümmert dann zur Rundfunkunternehmerfreiheit, so nun auch wieder GERSDORF 2009, S. 95.

<sup>24</sup> Letzteres ist eine notwendige Folge der Gleichursprünglichkeit von Meinungsbildung und Subjektwerdung. Auch dort, wo der Stoff für ein eigenes, den sozialen Nahbereich übergreifendes Weltverhältnis im wesentlichen aus Dschungelcamps, Castingshows, der jeweils neuesten Telenovela oder auch aus „YouTube“-Clips oder Computerspielen geliefert wird, wird wohl noch Subjektivität ausgebildet. Sie bleibt sich ihrer Armut, Schwäche und Hilfsbedürftigkeit freilich verborgen; näher ROSSEN 1988, S. 263 ff. Im übrigen zeigt sich hier wie-

eine Verbindung zu anderen oder größeren Kommunikationsräumen zur Verfügung stehen und auch zur Nutzung nahegelegt werden. Solche Verbindung herzustellen ist nur professioneller Kommunikationsmittlung möglich. Durch diese erst wird der Raum kollektiv-öffentlicher Meinungsbildung erschlossen und mit individuell-privater Meinungsbildung verschränkt. Darin sieht das Bundesverfassungsgericht die grundlegende Funktion der modernen Massenmedien Rundfunk und Presse.<sup>25</sup> Freilich muss diese Funktion unter ihren je besonderen Realisationsbedingungen auch tatsächlich verwirklicht werden können.<sup>26</sup> Eine funktionssichernd ausgestaltete Pflichtenbindung aller massenmedialen Tätigkeit sucht darauf hinzuwirken. In dieser Pflichtenbindung steht auch der Dreistufentest. Er beobachtet und bewertet die unmittelbare Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Vermittlungsaufgabe im Bereich telemedialer Angebote und sucht diese Erfüllung damit insgesamt sicherzustellen. Damit gliedert auch er selbst sich in die arbeitsteilig-selbstregulative<sup>27</sup> Verwirklichung des funktional gebundenen Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ein.

Die den Massenmedien zugewiesene Funktion kann nicht auf den Raum öffentlicher oder gar demokratischer Kommunikation *in politicis* begrenzt werden. In seiner Analyse des Art. 5 Abs. 1 GG nimmt das Bundesverfassungsgericht keine strikte Trennung zwischen den Prozessen der individuell-privaten und der kollektiv-öffentlichen Meinungsbildung vor. Diesbezüglich legt es vielmehr seiner Grundrechtsinterpretation die Vorstellung eines Kreislaufs zugrunde. Dieser beginnt mit dem grundrechtlich geschützten Bedürfnis, die individuelle Persönlichkeit durch Meinungsbildung zu entfalten, öffnet sich dann in die Teilnahme am Prozess öffentlicher Meinungsbildung und wendet sich bereichert zurück, nur um immer wieder erneut wieder auszugreifen.<sup>28</sup> In der Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts können der Demokratiebezug und die individualrechtli-

---

der, wie eng kommunikationsverfassungsrechtliche Fragen mit solchen der Verteilung gesellschaftlicher Macht verbunden sind: welchen gesellschaftlichen Strukturen mag die systemische Erzeugung gebrechlicher, auf synthetische Selbstmodelle verwiesener, insgesamt also eher konfliktunfähiger Subjektivität wohl zuträglich sein, wo könnte sie wem mit Blick auf welche Interessen nützen?

<sup>25</sup> Für den Rundfunk: grundlegend BVerfGE 27, 71, 81 f.; ferner BVerfGE 35, 203, 222; 57, 295, 320; 59, 231, 257 f.; 60, 53, 63 f.; 73, 118, 152; 107, 299, 332; 114, 371, 386 f., zuletzt BVerfG 1 BvR 2270/05 v. 11.09.2007, Abs. 114 f. m. w. N., [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070911\\_1bvr227005.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070911_1bvr227005.html); mit Blick auf die Presse prägend BVerfGE 25, 256, 268: „Meinungs- und Pressefreiheit wollen die freie geistige Betätigung und den Prozess der Meinungsbildung in der freiheitlichen Demokratie schützen; sie dienen nicht der Garantie wirtschaftlicher Interessen.“

<sup>26</sup> Anders GERSDORF 2009, S. 56: „Das Grundgesetz schützt nur vor rechtlicher Ungleichbehandlung, es verpflichtet den Staat aber nicht zur Gewährleistung tatsächlich gleicher Mitwirkungsmöglichkeiten der Bürger bei der politischen Willensbildung“. Damit sei, so ebd. S. 51, „freilich keineswegs einer rein klassischen liberalen Grundrechtsdeutung das Wort geredet, die das Ziel der Gewährleistung gleichgewichtiger Medienvielfalt in den Bereich des Faktischen verweist, ohne ihm eine grundrechtliche Funktion zuzusprechen ...“.

<sup>27</sup> Der Steuerungsform „Regulierter Selbstregulation“ wird der Dreistufentest einleuchtend zugeordnet von MEYER 2008, S. 54 ff.

<sup>28</sup> Grundlegend BVerfGE 27, 71, 81 f.; dazu ROSSEN 1988, S. 102 ff. m. w. N.; vgl. auch STOCK 2003, S. 30 („öffentliche[s] Kontinuum, dass freie Meinungsbildung möglich macht“).

che Komponente grundrechtlich geschützter Meinungsbildungsfreiheit nur analytisch unterschieden, nicht aber normativ oder gar praktisch voneinander abgetrennt werden. Beide stehen hier in einem zirkulären Verhältnis wechselseitiger Bedingtheit. Das verkennt die inzwischen oft schon wie selbstverständlich geäußerte Annahme,<sup>29</sup> das Bundesverfassungsgericht entwerfe die Funktion der Massenmedien und insbesondere die des Rundfunks allein oder auch nur vornehmlich um der demokratiekonstitutiven Bedeutung kollektiv-öffentlicher Meinungsbildung willen.<sup>30</sup> Für das Gericht behandelt Art. 5 Abs. 1 GG die Meinungsbildungsfreiheit von Persönlichkeit und demokratischer Gesellschaft als gleichursprünglich, aufeinander angewiesen, nicht voneinander zu trennen.

Zwar wird gelegentlich angenommen, dass Öffentlichkeiten herkömmlicher Art im Internet nicht mehr entstehen könnten. In der Tat scheint das Netz Individualisierungs- und dadurch angestoßene Differenzierungstendenzen zu begünstigen, die der Bildung solcher Publika entgegen wirken könnten. Doch bedürften Grad und Formen einer das Internet wie die Entwicklung moderner Medien überhaupt möglicherweise kennzeichnenden Individualisierungstendenz gewiss noch weiterer Aufklärung.<sup>31</sup> Gegen eine verbreitete Neigung zu überschlägig-ungefährer Begriffsverwendung müsste in diesem Zusammenhang schon präzisiert werden, was überhaupt als Kommunikation in dem und über das Netz sinnvoll verstanden werden könnte.<sup>32</sup> Ungeachtet dessen könnte aber auch mit einer je belegbaren Individualisierungstendenz nicht begründet werden, dass ein der Meinungsbildungsfreiheit dienender Rundfunk im Internet unnötig sei. Die dienende Funktion muss im Rahmen des Normprogramms von Art. 5 Abs. 1 GG nicht nur um kollektiv-öffentlicher Meinungsbildung willen gesichert sein, sondern mit gleicher Dringlichkeit auch um der individuell-privaten Meinungsbildung willen, die auf Persönlichkeitsbildung hin angelegt ist.<sup>33</sup> Soweit dementsprechend Pflichtenbindungen für bestimmte massenkommunikative Angebote in Frage stehen, kann die Notwendigkeit solcher Bindungen nicht schon deshalb verneint werden, weil es an den durch sie zu schützenden Öffentlichkeitsbezügen im Internet fehle. Möglicherweise bedarf die individuelle Persönlich-

---

<sup>29</sup> So besonders nachdrücklich immer wieder Vesting, etwa in VESTING 2001, S. 219, 230 f.; VESTING 2008a, S. 3 f. Für eine genuine Funktion des Rundfunks könnte es dann freilich ein wenig eng werden, denn, so die nicht näher begründete Feststellung DESS., öffentliche Meinungsbildung befasse sich nur mit „kollektiven – politisch vermittelten – Handlungsoptionen“ wie etwa „Merkel oder Steinmeier oder ähnliches“ (ebd. S. 4).

<sup>30</sup> Dem folgt dann auch MÖLLERS 2008, S. 241, 248 f., mit der – dann konsequenten – Annahme, die funktional verstandene Rundfunkfreiheit des Bundesverfassungsgerichts ziele nur auf den „Schutz des Ganzen der demokratischen Öffentlichkeit“ (249). Wie von selbst ergibt sich daraus die Folgerung, dass dort, wo, wie im „stärker zersplitterten kommunikativen Kontext“ (ebd.) des Internet, solche Öffentlichkeit von vornherein nicht anzunehmen sei, auch weder Raum noch Bedarf für eine besondere Regulierung zur Sicherung der Rundfunkfunktion bestünden.

<sup>31</sup> In rundfunkrechtlichem Blickwinkel s. zur Diskussion MICHEL 2009, m. w. N.

<sup>32</sup> Jedenfalls können massenkommunikative Beziehungen nicht schon dann als hinlänglich nachgewiesen gelten, wenn „Jedermann ... ohne weiteres Texte und Bilder ins Netz stellen kann“, so aber GERSDORF 2009, S. 14.

<sup>33</sup> S. o. bei und nach Fn. 20.

keit, die sich durch Meinungsbildungsvorgänge hindurch zu bilden sucht, auch um sich einmal vielleicht mit anderen Ihresgleichen in neuartigen Internet-Öffentlichkeiten auszutauschen, im Netz sogar besonderer Betreuung – und diese daraufhin eine hinreichend starke funktionsbezogenen Anleitung und Absicherung.

Auch aus diesem Grund hat das Bundesverfassungsgericht in seinem NRW-Urteil die Möglichkeit einer bereichsbezogen abschließenden Festlegung des Rundfunkbegriffs entschieden verneint. Solle die Rundfunkfreiheit ihre normative Kraft auch unter den Bedingungen beschleunigten technischen Wandels bewahren, müsse sich die grundrechtliche Gewährleistung auch auf diejenigen Bereiche erstrecken, in denen die Funktion des Rundfunks mit neuen Mitteln erfüllt werde. Zum Schutz freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung bedürfe es der funktional spezifizierten Schutzwirkungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auch bei „neuen Diensten“; schon das wird heute vor allem auf das Internet zu beziehen sein.<sup>34</sup> Doch soll dies alles auch für Dienste gelten, die dem herkömmlichen Bild des Rundfunks nicht mehr ohne weiteres zuzuordnen sind. Es sei nicht auszuschließen, dass derartige „rundfunkähnliche“ Dienste Funktionen des herkömmlichen Rundfunks übernehmen könnten. Wäre der öffentlich-rechtliche Rundfunk gehindert, sich dieser Entwicklung anzupassen, bestünde die Gefahr, „dass er seine ihm verfassungsrechtlich zugewiesenen Aufgaben nicht mehr in vollem Umfang erfüllen könnte und so den klassischen Rundfunkauftrag verfehlen würde.“<sup>35</sup> Das Internet muss hiernach also als ein Kommunikationsraum behandelt werden, in den hinein gesellschaftliche Kommunikation sich entwickelt, um dort auf Rahmenbedingungen zu treffen, die sich jedenfalls in verfassungsrechtlicher Perspektive nicht wesentlich von den Bedingungen in anderen Kommunikationsräumen unterscheiden. Auch in dem neuen Kommunikationsraum Internet kommt deshalb einer der Meinungsbildungsfreiheit dienenden Funktion der Medien, insbesondere aber des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, maßgebliche Bedeutung zu. Die „Entwicklungsgarantie“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks<sup>36</sup> erfasst auch den Kommunikationsraum, den das TCP/IP erschließt.

Gesellschaftliche Kommunikation wird also zum Gegenstand einer Betreuungspflicht, die neben der Presse insbesondere dem Rundfunk „positiv“ durch Verfassungsrecht und sonstiges – gesetzliches und untergesetzliches – Rundfunkrecht auferlegt ist.<sup>37</sup> Das gilt auch für kommerzielle Rundfunkveranstalter. Auch sie müssen sich verfassungsrechtlich vorrangig durch die Wahrnehmung dieser Betreuungspflicht legitimieren;<sup>38</sup> mit Blick auf die systembedingt unvermeidli-

---

<sup>34</sup> BVerfGE 83, 238, 302; in der jüngsten Finanzierungs-Entscheidung wird diese Überlegung noch einmal bekräftigt, s. BVerfG, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 123.

<sup>35</sup> BVerfG, a. a. O. (Fn. 34), S. 303.

<sup>36</sup> Grdl. BVerfGE 83, 238, 326; seitdem st. Rspr., zuletzt BVerfG, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 123.

<sup>37</sup> Grdl. BVerfGE 57, 295, 320; seitdem st. Rspr., zuletzt BVerfG, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 115.

<sup>38</sup> Auch kommerzieller Rundfunk hat seinen Zweck nicht in sich selbst bzw. den Gewinnerwartungen von Veranstaltern. Er ist im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 GG nur zu rechtfertigen, wenn und soweit er die Versorgung der Gesellschaft mit funktionsförderlichen Rundfunkangeboten

chen Zwänge und Beengtheiten, die das System vorrangiger Werbefinanzierung in der „Ökonomie der Aufmerksamkeit“<sup>39</sup> bewirkt, sind ihnen aber diesbezüglich gewisse Nachlässe einzuräumen.<sup>40</sup> Publizistischem Wettbewerb, auf den § 11 f Abs. 3 Ziff. 2 RfÄndStV verweist, kann dann letztlich nur ein Zweck zugrunde liegen. Er soll eine möglichst gute Erfüllung der massenmedialen Pflicht zur Betreuung gesellschaftlicher Kommunikation befördern, er soll auf eine in diesem Sinn möglichst optimale Allokation der funktionsbezogen nutzbaren Ressourcen hinwirken, die innerhalb des ganzen dualen Rundfunksystems verfügbar sind.

Der Rundfunk ist also durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verpflichtet darauf und geschützt darin, gesellschaftliche Kommunikation nach Maßgabe allein professionell-eigenständiger Kriterien zu betreuen.<sup>41</sup> Derart grundrechtsfunktional eingefasst soll der Rundfunk als „Medium und Faktor“<sup>42</sup> Leistungen für einen – wie immer auch unabgeschlossenen und lückenhaften – Zusammenhang gesellschaftlicher Kommunikationen und innerhalb dieses Zusammenhanges erbringen. Er soll sich danach in seinem gesamten Angebot der – niemals auch nur annähernd vollständig erfassbaren – Vielfalt gesellschaftlicher Kommunikation medial öffnen, faktoriell auf eine stetige Erhöhung des jeweils erreichten Vielfaltniveaus hinwirken und im übrigen für die allgemeine Zugänglichkeit seiner Darbietungen Sorge tragen. Nur auf diese Weise kann gewährleistet werden, was Art. 5 Abs. 1 GG als ein Zusammenhang höchstrangiger Kommunikationsrechte insgesamt sicherstellen will: die Freiheit umfassender und chancengleicher<sup>43</sup> Meinungsbildung.<sup>44</sup>

Dem weit ausgespannten Realisationsbereich der Meinungsbildungsfreiheit entsprechend<sup>45</sup> hat der Rundfunk eine dienende Funktion in seinem gesamten Tätigkeitsfeld zu erfüllen, wenn auch in verschiedenen Teilbereichen auf je besondere Weise. Um diese bereichsspezifisch-dimensionalen Besonderheiten zu erschließen, wird im Rundfunkrecht herkömmlich die klassische Aufgabentrias „Information, Bildung und Unterhaltung“ verwendet; in jüngerer Zeit ist sie um die Aufgaben der „Beratung“ und der „Kultur“-Vermittlung erweitert worden.<sup>46</sup> Eine solche Aufgabenbestimmung kann und soll freilich nicht zu strikter Auftei-

---

insgesamt verbessert, so nachdrücklich BVerfGE 74, 297, 331. Dies wiederum ist um der Sicherung tatsächlich realisierbarer Kommunikationsfreiheit Aller notwendig, wurzelt also in einem letztlich individualrechtlichen Anliegen der Verfassung.

<sup>39</sup> FRANCK 1998.

<sup>40</sup> Maßgeblich BVerfGE 73, 118, 159: „Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt“; die unglückliche, weil nach unten („Grund“?) kaum begrenzende und im übrigen zu unangemessenem Proporzdenken („Gleichgewicht“?) verführende Formel wird seitdem in st. Rspr. mitgeführt.

<sup>41</sup> Das fasst die Formulierung der Rundfunkfreiheit als „Rundumfreiheit“ zusammen: STOCK 1985, S. 335; ebenso HOFFMANN-RIEM 1995, § 7 Rn. 18, 59.

<sup>42</sup> BVerfGE 12, 205, 260; 57, 295, 320; 73, 118, 152; ROSSEN-STADTFELD 2008, § 2 RStV, § 25 Rn. 34 ff.

<sup>43</sup> SCHULZ 1998.

<sup>44</sup> ROSSEN 1988, S. 142 f., 165 ff.; ROSSEN-STADTFELD 2008, § 25 Rn. 8 ff. m. w. N.

<sup>45</sup> S. o. nach Fn. 11, bei Fn. 18.

<sup>46</sup> S. jetzt etwa § 11 Abs. 1, S. 4 f. RfÄndStV.

lung und wechselseitigen Ausschlussverhältnissen führen, schon gar nicht im Verhältnis zwischen öffentlich-rechtlichem und kommerziellem Rundfunk.<sup>47</sup> Dem steht zum einen die Komplexität gesellschaftlicher Kommunikation entgegen, die der Rundfunk in seinem Gesamtangebot möglichst unverkürzt betreuen soll. Informative, bildende und unterhaltende Elemente müssen dabei in immer wieder neuen, unbeständigen Mischungsverhältnissen medial und faktoriell verarbeitet werden.<sup>48</sup>

Insbesondere vermag gerade auch ein massenmedial zugängliches Unterhaltungsangebot die individuelle und öffentliche Meinungsbildung tiefgreifend zu beeinflussen,<sup>49</sup> etwa durch die spektakelhafte<sup>50</sup> Zurschaustellung möglicher Identifikationsfiguren (von „Germany’s next Topmodel“ über *Marco Schreyll* oder *Dieter Bohlen* bis zu Harald Schmidt und hinter diesen noch hinaus), durch die Verfertigung und einübende Bekräftigung von Rollenschemata, Verhaltenserwartungen und Normalitätsmustern, durch die implizite Bewerbung bestimmter, das Meinen und Wünschen steuernder Werte („Fun“, coole Cleverness, Unempfindlichkeit etc.),<sup>51</sup> aber auch durch die bloße Bindung zeitverzehrender Aufmerksamkeit, die dann für andere Angebote nicht mehr aufgebracht werden kann.<sup>52</sup> Zum anderen kann es für die Zuordnung der in der Aufgabenzusammenstellung bezeichneten Qualitäten letztlich nur auf die Rezeption des Rundfunkangebots ankommen: in *dieser* Rezeption mag als hochgradig unterhaltend wahrgenommen werden, was in *jener* Rezeption als reines Informationsangebot mit allenfalls bildenden Zusätzen wahrgenommen wird und was vielleicht auch

---

<sup>47</sup> Wie sie jetzt wieder gefordert wird von GERSDORF 2009, S. 45 ff. sowie dann S. 50: es seien „gebührenfinanzierte Medienangebote regelmäßig nur zur Kompensation der Vielfaltslücken des privaten Medienangebots zulässig“, sie dienten „also einer Mindest-, nicht aber einer Vollversorgung“. Schon die hier zugrunde liegende Vorstellung, es ließe sich gesellschaftliche Kommunikation mit den Mitteln des Lego-Baukastens nachbilden, auf dass hier („Lücke“) ein rotes Steinchen einzufügen sei und dort (keine „Lücke“) ein blaues Steinchen liegenzubleiben habe, dürfte die Komplexität ihres Gegenstandes ein wenig unterschreiten. Zur Kritik an der Gleichsetzung von „Grund-“ und „Mindestversorgung“ s. im übrigen BVerfGE 74, 297, 331 ff.; 83, 238, 297 f., und ROSSEN 1988, S. 384 ff.

<sup>48</sup> Zum bekannten Beispielsfall des „Infotainment“, hier durch Presseerzeugnisse, vgl. BVerfGE 101, 361, 390.

<sup>49</sup> So nachdrücklich und überzeugend das BVerfG, a. a. O. (Fn. 48); anderer Ansicht VESTING 2008a, S. 4 („Leerformel“).

<sup>50</sup> Dazu trotz einer zeitverhafteten geschichtsphilosophischen Rahmung in Genauigkeit, Konsequenz und Vorausschau beeindruckend DEBORD 1996, hier insbes. die Thesen 17 f., 20 f., 25, 59 f., 157, 192.

<sup>51</sup> In den Worten des BVerfG, a. a. O. (Fn. 48): „Realitätsbilder ... und Gesprächsgegenstände ... Lebenseinstellungen, Werthaltungen und Verhaltensmuster“; ähnlich BVerfG, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 117: „Vielfalt der in einer Gesellschaft verfügbaren Informationen, Erfahrungen, Werthaltungen und Verhaltensmuster“.

<sup>52</sup> Unterhaltung kann so Vergessen bewirken und damit, jedenfalls wenn dem Nietzsche der Zweiten unzeitgemäßen Betrachtung Glauben geschenkt werden darf, Leben und Handeln erst ermöglichen. Sie kann aber auch bloße Betäubung und systematische Verdrängung bewirken, dazu dann etwa DEBORD 1996 (Fn. 50), S. 205. Vergleichsweise leidenschaftslos wird die Dethematisierungs- und Ausblendungsfunktion moderner massenmedialer Unterhaltung als meinungsbildungsrelevant notiert in BVerfGE 12, 205, 260; ähnlich BVerfGE 31, 314, 326; 59, 231, 258; 73, 118, 152.



mit dieser Ausrichtung produziert und veranstaltet worden ist. Die Funktionsbeschreibung bezeichnet als ein heuristisches Hilfsmittel Dimensionen, die der Analyse eines Gesamtprogramms dienen, das als Ganzes und in seinen Teilen aber stets durch mehr oder weniger ausgeprägte dimensionale Überschneidungen gekennzeichnet sein wird.

Auch bei der Beurteilung der Qualität telemedialer Angebote (§ 11 f Abs. 3 S. 2 Ziff. 2 RdfÄndStV) ist die Unvermeidlichkeit solcher dimensional überschneidungen zu berücksichtigen. So können die Eigenschaften eines telemedialen Angebots, „Teilhabe an der Informationsgesellschaft“ zu ermöglichen, „Orientierungshilfe“ zu bieten oder „technische und inhaltliche Medienkompetenz“ zu fördern (§ 11 d Abs. 3 S. 1 RdfÄndStV) durchaus etwa mit einem deutlichen Unterhaltungsprofil nicht nur vereinbar sein, sondern durch dieses Profil geradezu gefördert werden.



## **II. Funktion und Verantwortung der Gremien**

Die Vorschrift des § 11 f RfÄndStV weist denjenigen Gremien des öffentlichen Rundfunks, die als Einrichtungen gesellschaftlicher Kontrolle in die Organisation des Binnenpluralismus<sup>53</sup> eingebaut sind, eine zentrale Bedeutung zu. Die Rundfunkräte der ARD-Anstalten, der Hörfunkrat des Deutschlandradios sowie der ZDF-Fernsehrat sollen die materiellen Zielwerte des Dreistufentests konkretisieren, in handhabbare Prüfkriterien übersetzen und deren Erfüllung im Rahmen bestimmter telemedialer Angebote feststellen. Ihnen obliegt damit die Hauptlast der Bewertung, sie führen das Prüfungsverfahren bis zur Entscheidung.

Überdies werden diese Gremien sinnvollerweise auch schon bei der Festlegung der Aufgreifschwelle für den Dreistufentest zu beteiligen sein, die nach § 11 f Abs. 2 RdRfÄndStV von den Rundfunkanstalten zu bestimmen ist. Ob ein neues oder verändertes Telemedienangebot vorliegt, etwa weil die inhaltliche Gesamtausrichtung des Angebots oder die angestrebte Zielgruppe verändert wird (§ 11 f Abs. 2 S. 2 RfÄndStV), verlangt eine Programmbeobachtung und -bewertung. Diese ist in denselben Funktionsbezug eingegliedert, in dem zunächst die Erstellung und Veranstaltung des Angebots selbst sowie dann der Dreistufentest stattfinden.<sup>54</sup> Für die Bestimmung der Aufgreifschwelle ist also immer auch die Frage maßgeblich, ob durch ein telemediales Angebot im Internet die dienende Funktion des Rundfunks allererst erfüllt, vertieft und verstärkt, optimierend fortentwickelt oder womöglich überschritten wird. Die Gremien haben in der Durchführung des Dreistufentests diese Frage zu beantworten; es liegt deshalb nahe, sie auch schon in die Entscheidung über die Aufgreifschwelle und deren Berührung im Einzelfall einzubeziehen.

### **1. Die Gremienfunktion in der binnenpluralistischen Rundfunkorganisation**

Die Aufgaben, die durch § 11 f RdfÄndStV den Gremien zugewiesen sind, werden nicht leicht zu erfüllen sein. Auch wird ihre Bearbeitung immer wieder tief in den Bereich der strategischen Positionierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks innerhalb des dualen Systems und einer turbulenten medialen Umwelt hineinreichen. Auch das wird die Wahrnehmung dieser Aufgaben nicht erleichtern. Doch ändert dies nichts daran, dass den Gremien mit dem Dreistufentest nichts abverlangt wird, das über die Funktion, die ihnen in der binnenpluralen Rundfunkorganisation bereits zukommt, systemsprengend hinausginge oder dieser Funktion zuwider liefe.

Diese Funktion wird sowohl von den abwehrrechtlichen wie auch von den objektivrechtlich-funktionsbezogenen Gehalten des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geprägt. Soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk als Medium und Faktor gesellschaftlicher Kommunikation die Möglichkeit umfassender individueller und öffentlicher Meinungsbildung gewährleisten können, muss einerseits sicher-

---

<sup>53</sup> Grdl. BVerfGE 12, 205, 261; 73, 118, 153.

<sup>54</sup> S. o. nach Fn. 10, bei Fn. 27.

gestellt sein, dass diese Funktion möglichst frei von staatlichem Einfluss wahrgenommen werden kann. Darin erschöpft sich die abwehrrechtliche Dimension des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG aber nicht. Die von der Verfassung gewollte Meinungsbildungsfreiheit, die über ihre Gegenstände, Ziele, Blickwinkel und Dringlichkeiten selbst bestimmen können soll, muss auch frei von nicht-staatlich-gesellschaftlicher Vermachtung bleiben. Sie muss als „Rundumfreiheit“<sup>55</sup> wahrgenommen werden können, und das bedingt dann auch eine entsprechende Organisation des Rundfunks.<sup>56</sup>

Folgt diese Organisation einem binnenpluralistischen Ordnungsmodell, ist soweit wie möglich sicherzustellen, dass die Gremien gesellschaftlicher Kontrolle durch Repräsentanten gesellschaftlich relevanter Gruppen und Richtungen besetzt werden. Die Gremien repräsentieren die „Bürgergesellschaft als Wächterinstanz“.<sup>57</sup> Eine genaue Spiegelung des gesamten gesellschaftlichen Interessen- und Meinungsspektrums, das überdies auch in ständiger und schneller Veränderung begriffen sein wird, ist dafür weder möglich noch notwendig. Die Kontrollgremien sollen in ihrer Zusammensetzung jedenfalls hinreichend Gewähr dafür bieten, dass sich in ihnen gesellschaftlicher Pluralismus in einem Umfang entfalten kann, der dem verfassungsnormativen Gebot allseitiger Abständigkeit gegenüber jeder Erscheinungsform gesellschaftlicher Macht ausreichend entspricht. Dafür ist ein Mindestmaß an pluraler Heterogenität, nicht aber die Repräsentanz aller gesellschaftlicher Interessen und Belange notwendig.

Dies um so weniger, als mit den Kontrollgremien keineswegs Foren eröffnet werden, in denen je besondere gesellschaftliche Partikularinteressen geltend gemacht, weiter verfolgt und ausgehandelt werden sollen. Die Gremien sind vielmehr als „Sachwalter des Interesses der Allgemeinheit“ berufen.<sup>58</sup> Diese Sachwalterschaft leitet zu einer objektivrechtlichen Dimension des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG über. In dieser beschränkt sich die Gremienfunktion nicht mehr „negativ“ auf die Abwehr von Vermachtungstendenzen. Sie verlangt vielmehr „positive“ Beiträge zur Erfüllung der Rundfunkaufgabe. Die Gremien sollen danach in der Ausübung ihrer Kontrollaufgabe darauf hinwirken, dass möglichst alles, was vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Rundfunkauftrags „bedeutsam“<sup>59</sup> erscheint oder noch erscheinen könnte, im Programmangebot berücksichtigt werden kann. Es ist also die mit Blick auf die Meinungsbildungsfreiheit zu bemessende kommunikative Relevanz einzelner Beiträge, Programme oder telemedialer Angebote, deren angemessene Berücksichtigung und Wirksamkeit in der Programmpraxis die Kontrollgremien zu überwachen haben. Das ist nichts Neues oder sonst Überraschendes. Die Orientierung auf die Leitgewährleistung umfassender Meinungsbildungsfreiheit liegt der seit jeher wahrzunehmenden Kontrolle der Einhaltung materieller „Pro-

---

<sup>55</sup> STOCK 1985, S. 335; ebenso HOFFMANN-RIEM 1995, § 7 Rn. 18, 59.

<sup>56</sup> BVerfGE 57, 295, 325; 83, 238, 332 ff.

<sup>57</sup> STOCK 2003, S. 34.

<sup>58</sup> BVerfGE 83, 238, 333.

<sup>59</sup> BVerfG, a. a. O. (Fn. 58), S. 333.



grammanforderungen“ immer schon zugrunde. In derselben funktionalen Orientierung werden die Kontrollgremien den Dreistufentest operationalisieren und durchführen müssen.

Die Unterscheidung zwischen Programmgestaltung und Kontrolle mag dabei im Einzelfall nicht leicht zu treffen sein. Doch ist dies kein Problem, das sich den Kontrollgremien erst mit dem Dreistufentest stellen würde. Jede Kontrolle kann immer wieder Vor- und Folgewirkungen haben, die erforderlichenfalls zum Gegenstand strategischer Überlegungen und Abwägungen gemacht werden können oder sogar müssen. Jede Kontrolle kann dann tendenziell in Gestaltung umschlagen. Das gilt auch für die Tätigkeit der Kontrollgremien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Diese mussten also immer schon zwischen der ihnen eröffneten Kontrollbefugnis einerseits und der Programmgestaltung im engeren Sinn andererseits unterscheiden. Der Dreistufentest mag das Erfordernis einer solchen Unterscheidung häufiger und dringlicher zutage treten lassen. Doch verlangt er den Gremien insoweit nichts völlig Neues ab. Wenn er eine Gestaltungsaufgabe im weiteren Sinn zuweist und wenn die Gremien diese Aufgabe funktions- und rollengemäß annehmen, ist dagegen, auch mit Blick auf die objektivrechtlichen Gehalte der Rundfunkfreiheit, rundfunkverfassungsrechtlich nichts einzuwenden.

## 2. Gremienkontrolle unter Entwicklungsdruck

Soll die Repräsentanz besonderer Interessen als Mittel der Hervorbringung eines allgemeinen Interesses gelingen, bedingt dies allerdings in der Tat eine schwierige Rollenbalance.<sup>60</sup> Immer wieder haben sich die gesellschaftlichen Kontrollgremien dieser Anforderung auch nur ungenügend gewachsen gezeigt.<sup>61</sup> Andererseits dürfte nicht als erwiesen gelten können, dass dieser Versuch einer binnenpluralistischen Sicherstellung gesellschaftlicher Kontrolle im Rundfunk endgültig gescheitert ist.<sup>62</sup> Im übrigen ist bislang kein Alternativkonzept ersichtlich oder steht gar schon umsetzungsreif zur Verfügung, nach dem die Kontrolle eines „rundum“ machtfern eingerichteten und einer umfassenden Meinungsbildungsfreiheit verpflichteten Rundfunks durch „seine“ Gesellschaft selbst sichergestellt werden könnte. Der Dreistufentest könnte im Gelingensfall den Druck erzeugen, dessen die Praxis der Gremienkontrolle möglicherweise bedarf, um sich ihren immer wieder beklagten Dysfunktionalitäten entwinden zu können.

---

<sup>60</sup> Die „sich rechtlich allenfalls begünstigen, nicht aber garantieren lässt“, so das BVerfG, a. a. O. (Fn. 58), S. 334 f.

<sup>61</sup> Zur Diskussion s. STOCK 2003, S. 63 ff., 66 ff.; MEYER 2008, S. 66 ff.; jew. m. w. N.

<sup>62</sup> So aber GERSDORF 2009, S. 85, demzufolge die Grundannahmen des binnenpluralistischen Modells „utopisch“ seien.

### 3. Optimierung der Gremienfunktion, kein Drittschutz

Die Gremienkontrolle wird also mit der Übernahme des Dreistufentests unter Entwicklungsdruck gesetzt. Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass sie diesem Druck auszuweichen suchen wird. Das könnte letztlich in eine unproduktive Verweigerungshaltung führen, die für die Funktionsfähigkeit des deutschen Rundfunksystems insgesamt schädlich wäre. Vor allem im Hinblick auf den bislang weiterhin ungeklärten, lediglich in eine kompromisshaft-vorläufige Latenz abgedrängten Grundkonflikt mit der Brüsseler Generaldirektion Wettbewerb<sup>63</sup> sollte dies nach Möglichkeit vermieden werden.

Deshalb erscheint es sinnvoll, bei der Ausgestaltung der prozeduralen Rahmenbedingungen des Dreistufentests dem Umstand stärker Rechnung zu tragen, dass die Gremien für ihre anspruchsvoller werdende Aufgabe hinreichend ausgerüstet werden müssen. Insoweit ist wiederum besonders auffällig, dass die Befähigung zu einer Programmbeobachtung, die mitlaufende Gestaltung und nachlaufende Kontrolle zu vereinbaren suchen muss, systemisch weder verlangt noch gezielt gefördert wird. Dem könnte eine gewisse Professionalisierung der Gremienkontrolle möglicherweise abhelfen.<sup>64</sup> Wenn die mediale und faktorielle Funktion des Rundfunks heute nur noch in professioneller journalistischer Eigenständigkeit erfüllt werden kann, dann wird dies grundsätzlich auch dort gelten müssen, wo die Kontrollgremien in die Bearbeitung der Rundfunkfunktion eingeschaltet werden. Der professionelle Selbststand der Gremien bedarf unter diesem Gesichtspunkt aber weiterer Kräftigung.

Für eine Verstärkung des professionellen Elements der Gremienkontrolle werden verschiedene Möglichkeiten in Betracht gezogen werden können, von der gelegentlichen Beauftragung externen Sachverständigen über immer noch externe, aber dem Rundfunk institutionell näher rückende Lösungen nach Art einer „Stiftung Medientest“<sup>65</sup> bis zu der systematischen Nutzung anstaltsseitig etwa in einem besonderen Board o. ä. vorgehaltener Fachexpertise.<sup>66</sup> Das Verfassungsrecht enthält diesbezüglich keine näheren Maßgaben. Ihm kann nur entnommen werden, dass eine Verstärkung des professionellen Elements der gesellschaftlichen Kontrolle nicht deren Einbindung in die für alles vorgreifliche Rundfunkfunktion lockern darf. Professionalisierung kann zwar eine funktionsabgewandte Kolonisierung des Rundfunks durch professionelle Seilschaften, „Fachbruderschaften“ oder sonstige gesellschaftliche Partikularinteressen begünstigen. Doch muss es dazu nicht notwendig kommen. Wenn es gelingt, auch in der Praxis der Gremienkontrolle – bis in den Dreistufentest hinein – die Funktion des Rundfunks unverkürzt zu verwirklichen, wenn sich die Gremien bewusst bleiben, dass auch in ihrer Tätigkeit eine produktive Verbindung von fürsorglicher Betreuung und neutraler Vermittlung gesellschaftlicher Kommunika-

<sup>63</sup> Zu Genese und Entwicklungsstand dieses Konflikts s. ausführlich STOCK 2008, S. 28 ff.

<sup>64</sup> Zum aktuellen Stand der Diskussion s. etwa die Beiträge in LILIENTHAL 2009a.

<sup>65</sup> In Auseinandersetzung mit einem Vorschlag der sog. „Weizäcker-Kommission“ (GROEBEL U. A. 1995) konzeptionell grdl. KROTZ 1996, S. 214 ff.; KROTZ 1997, S. 251 ff.

<sup>66</sup> Einige Nachweise zur Diskussion MEYER 2008, S. 66.



tion aufscheinen muss, dann kann geeignete Professionalisierung verfassungsnormativ gewünschte Ziele zu befördern geeignet sein.

Umgekehrt sind keinerlei kommunikationsverfassungsrechtlich greifbare Gründe erkennbar, die Optimierung der Gremienfunktion unter dem Druck des Dreistufentests etwa auch in drittschützender Richtung voranzutreiben. Die Werte und Ziele, auf die hin der Dreistufentest zu konkretisieren, zu operationalisieren und schließlich anzuwenden ist, sind der näheren Bestimmung allein durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk selbst aufgegeben, der dabei, wie bemerkt,<sup>67</sup> „rundum“ frei von gesellschaftlichen Sonderinteressen tätig werden können muss. Eine Hineinnahme derartiger Sonderinteressen – insbesondere kommerzieller Rundfunkunternehmen und der Presseverlage – schon in die Organisation des Dreistufentests wäre damit unvereinbar.

---

<sup>67</sup> S. o. Fn. 41.



### III. Der Maßstab des Dreistufentests: Einzelfragen

#### 1. Ein normativer Bedürfnisbegriff

Zu prüfen ist im Rahmen des Dreistufentests, ob ein telemediales Angebot von dem Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks umfasst ist (§ 11 f Abs. 3 S. 1 RdfÄndStV). Die erste und wohl auch wichtigste Voraussetzung hierfür ist, dass dieses Angebot den „demokratische[n], soziale[n] und kulturelle[n] Bedürfnisse[n] der Gesellschaft entspricht“ (§ 11 f Abs. 3 S. 2 Ziff. 1 RdfÄndStV). Der Versuch einer anwendungsfähigen Konkretisierung des Maßstabs dieser Beurteilung muss bei dem „Bedürfnis“-Begriff beginnen, den der Staatsvertrag verwendet.

Auch dessen Auslegung wird durch die Funktionszuweisung aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG maßgeblich bestimmt. Die Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ihrerseits bemisst sich nach den Voraussetzungen, unter denen erst von der Freiheit individueller und öffentlicher Meinungsbildung umfassend Gebrauch gemacht werden kann. Zu diesen Voraussetzungen gehört, wie dargelegt, nicht nur die („negative“) Freiheit von machtgestützten Eingriffen in laufende Meinungsbildungsprozesse. Neben diese Abwehrfunktion des Grundrechts der Rundfunkfreiheit tritt vielmehr eine auf Ermöglichung gerichtete („positive“) Grundrechtsfunktion.<sup>68</sup> In dieser Funktion soll das Grundrecht die Meinungsbildungsfreiheit als Raum der Selbsthervorbringung von Persönlichkeiten und Öffentlichkeit schützen. Für die Bemessung von Art und Umfang des insoweit zu gewährleistenden Schutzes kann dann aber nicht allein maßgeblich sein, was durch bereits ausgebildete Persönlichkeiten und in entfaltetem Öffentlichkeiten für jeweils meinungsbildungsrelevant gehalten wird. Was sich erst noch entwickeln können soll *und kraft grundrechtlicher Vorgabe genau darin zu befördern ist*, wird Ziele, Maße und Intensitäten solcher Förderung jedenfalls nicht allein und abschließend bestimmen können. In der hier maßgeblichen verfassungsrechtlichen Perspektive kennt das in drei Dimensionen ausdifferenzierte „Bedürfnis der Gesellschaft“, auf das in § 11 f Abs. 3 S. 2 Ziff. 1 RdfÄndStV verwiesen wird, sich selbst stets nur zum Teil.

Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verlangt deshalb, dass der Rundfunk „seiner“ Gesellschaft Angebote macht, die sich aus dem empirischen Hier und Jetzt lösen. Er hat dieser Gesellschaften Perspektiven zu öffnen. In diesen werden zunächst bloß mögliche Bedürfnisse erkennbar, um so überhaupt erst angenommen werden zu können. Das bedeutet keineswegs, dass gesellschaftliche Wünsche, Bedürfnisse und Belange, die empirisch feststellbar sind, als für die Erfüllung des Rundfunkauftrags unerheblich gelten müssen. Doch zielt dieser Auftrag in seiner Ausrichtung auf die Meinungsbildungsfreiheit vor allem auf eine produktive, Ermöglichung, Wandel und Neuorientierung fördernde Betreuung gesellschaftlicher Kommunikation. Die Verfassung will den Rundfunk vor allem als Kontingenzreservoir und Überraschungsauslöser, als Möglichkeitsverstärker und Wahrscheinlichkeitsverdichter, insgesamt als Garant kommunikativer Vielfalt. Nur in

---

<sup>68</sup> S. o. nach Fn. 22, bei 37.

diesen Dimensionen kann der Versuch heute noch unternommen werden, eine hochdifferenzierte, zutiefst plurale und sich schnell wandelnde Gesellschaft kommunikativ zu integrieren. Das je Andere, noch Unvertraute, aber doch schon Wahrnehmbare, also jedenfalls möglich Erscheinende soll nicht hinter dem Ereignishorizont kommerziell verriegelter Gängigkeit unsichtbar werden.

Solches Möglichkeitsdenken im Musil'schen Sinn kann im kommerziellen Sektor eines dualen Rundfunksystems typischerweise nicht programmgestaltend wirksam bzw. angebotsprägend werden. Die in den dortigen Herstellungs-, Finanzierungs- und Vermarktungsstrukturen gründenden Vervielfachungserfordernisse, Vereinfachungszwänge und Vielfaltshemmnisse stehen dem strukturbedingtsystemisch und in diesem Sinn unaufhebbar entgegen.<sup>69</sup> Der Einwand, es habe auch der öffentlich-rechtliche Rundfunk oft genug, viel zu lang und massiv die ihm aufgebene Public-Service-Funktion verfehlt,<sup>70</sup> ist unzweifelhaft berechtigt.<sup>71</sup> In der Tat ist diese Funktion immer wieder managerialem Effizienzkaul, einem platten Quotendiktat und der autoritär-kurzichtigen Arroganz von Anstaltsgründen preisgegeben worden. Das alles stimmt, und doch ist die einschlägige Kritik im hiesigen Zusammenhang unbehelflich. Mit behebbaren Mängeln in dem einen Teil des dualen Rundfunksystems können keine irreversiblen Defizite in dessen anderem Teil gerechtfertigt werden; entsprechendes gilt für den Hinweis, dass Defizite des Typs, der den kommerziellen Rundfunk kennzeichnet, „auch in anderen Wirtschaftsbereichen“ zu beobachten seien.<sup>72</sup> Freilich wird eine diesbezüglich ausgleichende und so verfassungsrechtlich aufgebene Verantwortung<sup>73</sup> des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dann um so wichtiger erscheinen. Er muss ihr als Institution, aber auch durch alles Handeln seiner

---

<sup>69</sup> Eine ebenso kompakte wie erschöpfende neuere Darstellung hierzu findet sich bei KOPS/SOKOLL/BENSINGER 2009, S. 85 ff.; s. auch SCHULZ/HELD/KOPS 2002, S. 107 ff., sowie KIEFER 2005, insbes. S. 161 ff.

<sup>70</sup> GERSDORF 2009, S. 83 f.

<sup>71</sup> Eine Aufstellung nur einiger greifbarer Funktionsverfehlungen aus jüngerer Zeit findet sich bei NIGGEMEIER 2009, S. 3, 5 f. Es sind nicht die Verächter der Public-Service-Idee, denen deren pflichtvergessene und kleingeistige Umsetzung besonders schmerzlich bewusst ist.

<sup>72</sup> GERSDORF 2009, S. 91 ff. Der Autor meint in diesem Zusammenhang Formulierungen bemühen zu müssen, die eine Anmerkung zum Stil der juristischen Diskussion rechtfertigen dürften. Man kann entschieden gegen eine funktionsbezogene Grundrechtsdogmatik sein, wie sie das Bundesverfassungsgericht zu Art. 5 Abs. 1 GG entworfen hat. Man kann das auch, wenn man es kann, mit polemischer Raffinesse zum Ausdruck zu bringen suchen. Das gelingt aber nicht mit Feststellungen der Art, „Gleichsam gebetsmühlenartig werden in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rundfunkgarantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG die strukturellen Mängel des kommerziellen Rundfunks ... betont“ (S. 83), und: das „funktionale Grundrechtsmodell erzeugt (mit Bedacht?) einen seichten Nebel, der den Blick auf die Fundamentalfrage der Kommunikationsordnung der Gegenwart (und der Vergangenheit) verschwimmen lässt oder gar verstellt“ (S. 91) - als welche im übrigen die Frage danach zu gelten habe, ob die Gebührenfinanzierung des gesamten öffentlich-rechtlichen Angebots mit einer staatlichen Neutralitätspflicht zu vereinbaren sei. Mit diesem Ton ist die Grenze zur unhöflich-platten Polemik überschritten. Das Gericht und der ihm beitretende Teil der Literatur (darunter auch der Verf. dieses Beitrags) werden hier eines bewussten Täuschungs- und Irreführungsversuchs verdächtigt, wohl schon geziehen. Das ist eine durchaus ärgerliche Missachtung grundlegender wissenschaftlicher Anstandsregeln.

<sup>73</sup> Grdl. BVerfGE 73, 118, 157 ff.



Organe und Bediensteten hindurch gerecht werden. Diese Verantwortung ist auch gemeint, wenn die übergreifende Aufgabenfestlegung des § 11 Abs. 1 RfÄndStV in ihrem ersten Satz davon spricht, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken und „dadurch“ die erwähnten Bedürfnisse der Gesellschaft zu erfüllen habe. Der Begriff dieser Bedürfnisse ist kommunikationsverfassungsrechtlich vorgeprägt, es ist ein normativer Begriff.

Dementsprechend haben die Kontrollgremien bei einer Bewertung telemedialer Rundfunkangebote nach § 11 f Abs. 3 Ziff. 1 RfÄndStV nicht nur und nicht einmal in erster Linie Quoten und Ratings zu messen oder die Ergebnisse empirischer Erhebungen heranzuziehen. Ihre Bewertungsaufgabe ist zugleich leichter und schwerer, insoweit sie in erster Linie nicht einem empirischen, sondern einem verfassungsnormativ vorgeprägten Begriff des gesellschaftlichen Bedürfnisses zu folgen haben. Sie müssen vor allem darauf achten, ob und in welchem Umfang die Anstalt ihrem Gremium plausibel machen kann, dass gesellschaftliche Kommunikation durch das zu bewertende telemediale Angebot um Neues und Anderes bereichert wird. Erst nachrangig ist dann erforderlichenfalls auch eine empirisch messbare Nachfrage zu ermitteln.

Bereicherung um Neues und Anderes kann sich in allen Dimensionen des Rundfunkauftrags ereignen, also nicht nur in gegenständlich-thematischer, sondern auch in präsentationsbezogen-dramaturgischer oder sonst ästhetisch-formaler Hinsicht. Jede diesbezügliche Beschränkung würde die umfassende Reichweite der Meinungsbildungsfreiheit und den entsprechend weiten Ausgriff der Rundfunkaufgabe missachten. Dementsprechend ist auch die Aufzählung „demokratischer, sozialer und kultureller“ Bezüge verfassungskonform ausweitend zu verstehen. Ob ein telemediales Angebot dem Rundfunkauftrag entspricht, wird mit Blick auf einen umfassend und offen zu denkenden Möglichkeitsraum gesellschaftlicher Kommunikation zu beurteilen sein. Insbesondere der Kulturbegriff hebt dies hervor; er ist zugleich in besonderem Maß geeignet, einen solchen Möglichkeitsraum zu erschließen.<sup>74</sup>

## 2. Qualitative, nicht quantitative Beobachtung

Ist der staatsvertragliche Bedürfnisbegriff in erster Linie normativ zu verstehen und verweist er auf einen diskursiv offenen Horizont gesellschaftlicher Bedürfnisbildung, dann hat das Folgen auch für die Feinstruktur der Überprüfung neuer oder geänderter telemedialer Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Dem normativen Begriff des gesellschaftlichen Bedürfnisses entspricht eine vornehmlich qualitativ angelegte Prüfung. Die „Entsprechung“, deren Aufweis § 11 f Abs. 3 Ziff. 1 RfÄndStV verlangt, ist vor allem qualitativ zu entfalten und zu begründen.<sup>75</sup>

Dabei kann die typologische Entfaltung sowohl der Meinungsbildungsfreiheit wie auch der Rundfunkfunktion Richtungen anzeigen, in denen spezifische

<sup>74</sup> Näher ROSSEN-STADTFELD 2005, S. 29 ff.

<sup>75</sup> In diese Richtung PETERS 2009, S. 26, 30.

Qualitätskriterien zu suchen wären. Eine je besondere Qualität des telemedialen Angebots wird nicht ohne Rücksicht darauf zu bewerten sein, ob der Schwerpunkt des Angebots im Bereich der Information, der Unterhaltung, der Bildung und Beratung oder der Kultur zu finden ist. Auch in diesem Zusammenhang kann es freilich nicht um kategorial strikte Abgrenzung gehen. Nur eine gewichtende Bewertung von Mischungsverhältnissen wird dem Gehalt sowohl der Meinungsbildungsfreiheit<sup>76</sup> wie auch der korrespondierenden Rundfunkfunktion<sup>77</sup> entsprechen können.

Entsprechendes gilt für die Berücksichtigung etwa erkennbar werdender besonderer Zielgruppen des telemedialen Angebots. Einerseits werden diesbezügliche Fokussierungen bei der Qualitätsbeurteilung zu berücksichtigen sein; ein Angebot für alte Menschen hat anderen Erwartungen zu genügen als eine Jugendseite, Angebote für Migranten müssen sich von solchen für einheimische Rezipientengruppen unterscheiden, Frauen sind anders als Männer, auch vor den Apparaturen der Virtualität. Andererseits darf bei der Qualitätsbeurteilung solcher Zielgruppenangebote erneut nicht außer Acht gelassen werden, dass die verfassungsrechtlich vorgegebene Funktion des Rundfunks letztlich auf die Erschließung kommunikativer Zusammenhänge gerichtet ist, also die kommunikative Vergegenwärtigung von Abstand und Nähe zugleich zum Inhalt hat. So wird etwa die bewertungserhebliche Qualität eines jugendkulturell akzentuierten Angebots in dem Maß zunehmen können, in dem dieses Angebot die Möglichkeit des Vergleichs mit Sichtweisen älterer Rezipienten eröffnet.

Qualitative Beobachtung und Bewertung erfordert im übrigen nicht nur eine Überwindung des ebenso eingeübten wie funktionsunangemessenen Quoten Denkens. Erforderlich ist auch ein neuer Mut der Gremien zur inhaltsbezogenwertenden Unterscheidung, jetzt von Angebotsqualitäten. In selbstbezoglicher Rückwendung ist ferner eine Besinnung der Kontrollgremien auf die Eigenständigkeit auch ihres erweiterten Auftrags notwendig und auf ihre Möglichkeiten, diesen Auftrag unter neuen und schwieriger werdenden Rahmenbedingungen zu erfüllen. Die Kontrollgremien gliedern sich ein in die Struktur arbeitsteiliger Grundrechtsverwirklichung. Anstaltsleitung, journalistische Arbeitseinheiten und Gremien haben das je Ihre zu leisten, damit der Rundfunk insgesamt seine der Meinungsbildungsfreiheit dienende Funktion erfüllen kann. Das wird, mit Blick insbesondere auf das Verhältnis zwischen Intendanten und Räten, vielfach wieder neu gelernt werden müssen.<sup>78</sup>

Soll die neue Angebotsbewertung in ihrem Schwerpunkt qualitativ angelegt sein, erscheint schließlich erneut eine verstärkte Professionalisierung der Gremientätigkeit angeraten. Publizistik- und kommunikationswissenschaftliche, inhaltsanalytische und programmforschende, pädagogische, soziologische, politikwissenschaftliche, ökonomische und juristische Expertise wird für die

---

<sup>76</sup> S. o. nach Fn. 11.

<sup>77</sup> S. o. bei Fn. 46.

<sup>78</sup> Zu diesbezüglichen Risiken und Chancen s. KOPS/SOKOLL/BENSINGER 2009, S. 68 ff. m. w. N.



Bewertung nach § 11 f Abs. 3 Ziff. 1 RfÄndStV von Fall zu Fall benötigt werden.<sup>79</sup> Ihrer werden sich die prüfenden und bewertenden Gremien zu versichern haben. Das mag, wie bereits notiert, die Gefahr fachwissenschaftlicher Abhängigkeit, Perspektivenverengung und Immobilisierung begründen. Die Professionalisierung künftiger Gremienkontrolle ist aber vermutlich alternativenlos. So wird es letztlich nur darum gehen können, Risiken einer fachwissenschaftlich unterstützten Professionalisierung soweit wie möglich bewusst zu machen, um ihnen entgegenwirken zu können. In ihrem Kern nehmen auch die Kontrollgremien einen Teilbereich der arbeitsteilig zu verantwortenden Rundfunkfreiheit wahr. Selbstbewusst und selbstbestimmt wird dies nur geschehen können, wenn sich diese Gremien jederzeit im Klaren darüber sind, dass auch sie Programmautonomie zugleich wahrnehmen wie in dieser Wahrnehmung auch verteidigen – wenn auch in funktionaler Bindung. Dieses Selbstbewusstsein kann verfassungsrechtlich nur erwartet, nicht aber gewährleistet werden. Es ist eine alle Kommunikationsbezüge übergreifende allgemein-gesellschafts*politische* Gestaltungsaufgabe, der sich die Kontrollgremien hier immer wieder neu bewusst werden müssen. Die Möglichkeit einer Verfehlung dieser Aufgabe ist durchaus beachtlich.

### 3. Publizistischer und „marktlicher“ Wettbewerb

Ausdrücklich wird die Qualität des zu bewertenden telemedialen Angebots durch § 11 f Abs. 3 Ziff. 2 RfÄndStV in Bezug genommen. Diese Qualität soll den „publizistische Wettbewerb“ befördern, zugleich in diesem Wettbewerb selbst gesteigert werden. Erneut ist für das Verständnis der besonderen Wettbewerbsvorstellung, die dieser Regelung zugrunde liegt, die funktionale Verklammerung der Rundfunkfunktion mit der der Gewährleistung freier und umfassender Meinungsbildung maßgeblich. Auch die einfachrechtliche Regelung des § 11 f Abs. 3 Ziff. 1 RfÄndStV muss im Rahmen der höherrangigen Vorgaben des deutschen Kommunikationsverfassungsrechts verstanden werden. Der Wettbewerb, von dem hier die Rede ist, muss also zunächst strikt im Feld professioneller journalistisch-publizistischer Qualitätskriterien ausgetragen werden.

Erst danach können in zweiter Linie auch die „marktlichen“ Auswirkungen des beabsichtigten telemedialen Angebots Berücksichtigung finden, die in § 11 f Abs. 3 S. 2 RfÄndStV bezeichnet werden. Schon das hässliche Deutsch lässt erkennen: der ökonomische Markt, der hier gemeint ist, bietet den Zielen und Hoffnungen des Kommunikationsverfassungsrechts keine sichere Heimstatt. Für gesellschaftliche Kommunikation beginnt hier ein „Waste Land“, ein leerer und unfruchtbarer Raum, in dem eine ganz andere, dem Kommunikationsverfassungsrecht zutiefst fremde Macht residiert. Die aus solchem Milieu stammenden Maßstäbe müssen um der Funktionsfähigkeit des Rundfunksystems als nachrangig behandelt werden. Eine durch sie angeleitete Gestaltung gesellschaftlicher Kommunikation ist sonst in der Lage, den Zusammenhang gesellschaftlicher Kommunikation unwiederbringlich zu zerstören. Damit würde zu-

---

<sup>79</sup> LILIENTHAL 2009b, S. 6, 9.

gleich die Vorstellung einer in vernünftiger Verständigung gründenden Gesellschaft überhaupt endgültig heimatlos.

## Literatur

- Bullinger, Martin: Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation, Baden-Baden 1980
- Bumke, Christian: Der Grundrechtsvorbehalt, Baden-Baden 1998
- Debord, Guy: Die Gesellschaft des Spektakels, Berlin 1996 (Erstausgabe 1967)
- Determann, Lothar: Kommunikationsfreiheit im Internet, Baden-Baden 1999
- Eifert, Martin: Konkretisierung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Baden-Baden 2002
- Eifert, Martin/Eicher, Hermann: § 11 RStV, in: Hahn, Werner/Vesting, Thomas (Hrsg.): Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Aufl., München 2008
- Franck, Georg: Ökonomie der Aufmerksamkeit, München-Wien 1998
- Gersdorf, Hubertus: Legitimation und Limitierung von Online-Angeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Berlin 2009
- Groebel, Jo u. a., Bericht zur Lage des Fernsehens: Für den Präsidenten der Bundesrepublik Deutschland, Gütersloh 1995
- Gröschner, Rolf: Art. 7, in: Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen 2008
- Hain, Karl E.: Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung, Baden-Baden 1993
- Hoffmann-Riem, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Berlin/New York 1995
- Kiefer, Marie Luise: Medienökonomik, 2. Auflage, München 2005
- Kops, Manfred/Sokoll, Karen/Bensinger, Viola: Rahmenbedingungen für die Durchführung des Drei-Stufen-Tests. Gutachten erstellt für den Rundfunkrat des Westdeutschen Rundfunk, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie, Heft 252, Köln 2009, in: <http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/institut/pdfs/25209.pdf>
- Krotz, Friedrich (1996): Zur Konzeption einer Stiftung Medientest, in: Rundfunk und Fernsehen 2/1996, S. 214-229
- Krotz, Friedrich (1997): Verbraucherkompetenz und Medienkompetenz. Die „Stiftung Medientest“ als Antwort auf strukturelle Probleme der Medienentwicklung, in: Wessler, Hartmut/Matzen, Christiane/Jarren, Otfried/Hasebrink, Uwe (Hrsg.): Perspektiven der Medienkritik, Opladen
- Lerche, Peter: Rundfunkmonopol – Zur Zulassung privater Rundfunkveranstaltungen, Frankfurt M./Berlin 1970
- Lilienthal, Volker (Hrsg.; 2009a): Professionalisierung der Medienaufsicht, Wiesbaden
- Lilienthal, Volker (2009b): Integration als Programmauftrag, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 9-10

- Meyer, Rudolph: Der Drei-Stufen-Test und „public value“ – Modell für Deutschland, Masterarbeit, Mainz 2008, in: [http://www.rundfunkfreiheit.de/upload/m482965c2566b2\\_verweis2.pdf](http://www.rundfunkfreiheit.de/upload/m482965c2566b2_verweis2.pdf)
- Michel, Eva-Maria: Die Individualisierung der Medien – Herausforderungen und Chancen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie, Heft 251, Köln 2009, in: <http://www.rundfunkinstitut.uni-koeln.de/institut/pdfs/25109.pdf>
- Möllers, Christoph: Pressefreiheit im Internet, AfP 3/2008, S. 241-251
- Niggemeier, Stefan: Selbstbewusst anders sein, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 9-10/2009
- Peters, Butz: Der "Drei-Stufen-Test": Die Zukunft der öffentlich-rechtlichen Onlineangebote, in: Kommunikation & Recht 2009, Heft 1, S. 26 - 34
- Ridder, Helmut K.J.: Meinungsfreiheit, in: Neumann, Franz L. /Nipperdey, Hans Carl/Scheuner, Ulrich (Hrsg.): Die Grundrechte Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1968
- Rossen, Helge: Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk. Die Rundfunkfreiheit im Gewährleistungsgefüge des Art. 5 Abs. 1 GG, Baden-Baden 1988
- Rossen-Stadtfeld, Helge (2005): Funktion und Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Kulturauftrags im dualen Rundfunksystem, in: Kops, Manfred (Hrsg.): Der Kulturauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Münster
- Rossen-Stadtfeld, Helge (2008): § 25 RStV, in: Hahn, Werner/Vesting, Thomas (Hrsg.): Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Aufl., München
- Ruck, Silke: Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankengesetzen im Bereich des Rundfunks, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Jg. 117, 1992
- Schlimbach, Inga: Emotionen und Informationsverarbeitung bei der Medienrezeption, München 2007
- Schulz, Wolfgang (1998): Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, Baden-Baden
- Schulz, Wolfgang (2008): Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung. Vorschläge zu Verfahren und Organisation des »Drei-Stufen-Tests« zur Selbstkonkretisierung des Funktionsauftrags öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, in: [http://www.hans-bredow-institut.de/webfm\\_send/116](http://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/116), Berlin
- Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten/Kops, Manfred: Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation, Baden-Baden 2002
- Schulze-Fielitz, Helmuth: Art. 5 I, II, in: Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen 2008
- Starck, Christian: Art. 5, in: v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz: GG, Bd. I, München 2005
- Stock, Martin (1985): Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, München



- Stock, Martin (2001): Medienvermittelte Kommunikation: Gestaltungsoptionen und Steuerungsperspektiven, in: Rossen-Stadtfeld, Helge/Wieland, Joachim (Hrsg.): Steuerung medienvermittelter Kommunikation, Baden-Baden
- Stock, Martin (2003): „Dienende Freiheit“. Die Verantwortung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für die Gesellschaft und die Verantwortung der Gesellschaft für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, in: Kops, Manfred (Hrsg.): Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in gesellschaftlicher Verantwortung. Anspruch und Wirklichkeit, Münster – Hamburg – London
- Stock, Martin (2008): Noch einmal zum Reformbedarf im „dualen Rundfunksystem“: Public Service-Rundfunk und kommerzieller Rundfunk: wie können sie koexistieren?, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie, Heft 244, Köln, in: <http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/institut/pdfs/20405.pdf>.
- Vesting, Thomas (2001): Zur Entwicklung einer „Informationsordnung“, in: Badura, Peter/Dreier, Ralf (Hrsg.): Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, Tübingen
- Vesting, Thomas (2008a), Grundlagen einer neuen Medienpolitik, FunkKorrespondenz 38 v. 12.09.08
- Vesting, Thomas (2008b), Medienrecht, in: Hachmeister, Lutz (Hrsg.): Grundlagen der Medienpolitik, München
- Wolf, Joachim: Medienfreiheit und Medienunternehmen, Berlin 1985
- Wünsch, Carsten: Unterhaltungserleben. Ein hierarchisches Zwei-Ebenen-Modell affektiv-kognitiver Informationsverarbeitung, Köln 2006



ISBN 978-3-938933-57-2  
ISSN 0945-8999