

An den
Vorsitzenden des Hauptausschusses
im Landtag Nordrhein-Westfalen
Herrn Prof. Dr. Farthmann
Postfach 1143
Landtag Nordrhein-Westfalen

4000 Düsseldorf 1



Betr.: Anhörung am 5. November, RundfunkänderungsG-
Entwürfe - Drcks. 10/2358, 10/2361, 10/2362

Sehr geehrter Herr Professor Farthmann,

zu meinem Bedauern werde ich an dem Anhörungstermin am
5. November 1987 nicht teilnehmen können. Ich habe u.a.
einen wichtigen Vortrag vorzubereiten, den ich in der
darauf folgenden Woche auf einem wissenschaftlichen
Symposium im Ausland zu halten habe. Hinzu kommen weitere,
seit längerem zwingend terminierte Verpflichtungen.

Zur Sache, d. h. zu dem vom 15.10. datierten Fragenkatalog,
darf ich Folgendes bemerken: Zu den Fragen 4 bis 9 kann ich
als Verfassungsrechtler ohnehin keine sachkundigen Aussa-
gen machen. Es handelt sich da um rundfunkwirtschaftliche
und verwaltungspraktische Fragen, für die ich nicht kompe-
tent bin.

Die rechtlichen Fragen Nr. 1 bis Nr. 3 waren, wenn ich das
recht sehe, zu einem wesentlichen Teil bereits Gegenstand
der Anhörung zu LT-Drcks. 10/1440 am 8. Dezember 1986. Ich
habe damals schriftlich und mündlich zu der Thematik Stel-

lung genommen und möchte insoweit auf meine damaligen Ausführungen verweisen. Ergänzend darf ich bemerken, - s. Frage 1 Ihres jetzigen Kataloges - daß die seither ergangenen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen an der Rechtslage bezüglich der Vielfaltsanforderungen nichts geändert haben. Die Aussagen im Urteil zum Niedersächsischen Landesrundfunkgesetz - BVerfGE 73, 118 - vom 4.11.1986 haben nach wie vor Bestand. Ich hatte sie damals berücksichtigt.

Schließlich erlaube ich mir, Ihnen, insbesondere mit Blick auf Frage 3 des Kataloges, eine Veröffentlichung in ZUM 1987, 479 ff. zu übersenden, die sich besonders mit den Beteiligungsmöglichkeiten des WDR nach WDR-Gesetz beschäftigt. Ich komme zu dem Ergebnis, daß die einschlägigen Bestimmungen des WDR-Gesetzes bei richtiger Auslegung verfassungsrechtlich unbedenklich sind.

Mit freundlichen Grüßen bin ich

Ihr

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Damm/S', written in a cursive style.

Anlage

Aufsätze

Rundfunkaufgaben nach dem WDR-Gesetz

Möglichkeiten und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung, der Zusammenarbeit und der Beteiligung einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt*

Von Professor Dr. Erhard Denninger, Frankfurt a.M.**

I. Aufgabenstellung

Gegenstand der Untersuchung ist die Vereinbarkeit zentraler Vorschriften des »Gesetzes über den Westdeutschen Rundfunk Köln« – WDR-Gesetz-« vom 19. März 1985, GVBl. NW, S. 237, mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland.

Die Prüfung beschränkt sich auf die gesetzliche Aufgabenbestimmung für den WDR, § 3, sowie auf die Vorschriften über Zusammenarbeit und Beteiligungen, § 3 Abs. 8 und 9, §§ 7 und 47. § 3 Abs. 4 und 7 bleiben aus Raumgründen außer Betracht. Damit ist in keiner Weise, weder im positiven noch im negativen Sinne, eine Stellungnahme zu anderen wichtigen Vorschriften des Gesetzes, etwa zu den Organisationsregelungen des zweiten Abschnitts, impliziert. Das besondere Interesse an einer Klärung der mit den hier untersuchten Vorschriften aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen erklärt und rechtfertigt sich, abgesehen davon, daß sie den Gegenstand zweier Normenkontrollverfahren bilden, aus ihrer Bedeutung für die Funktionsfähigkeit insgesamt und insbesondere für die »Außenbeziehungen« des WDR in einer sich wandelnden, gegenwärtig mit zahlreichen Ungewißheiten belasteten Medienlandschaft. Auf dem Hintergrund einer Entwicklung, die durch in ihren Auswirkungen noch nicht überschaubare technische Neuerungen (z.B. Kabelfunk, Satellitenfunk, »rundfunkähnliche Kommunikationsdienste«) ebenso gekennzeichnet ist wie rundfunkpolitisch durch die Öffnung zugunsten eines privatwirtschaftlich und -rechtlich organisierten Rundfunkwesens, versucht der nordrhein-westfälische Gesetzgeber dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk des Landes eine »Bestands- und Entwicklungsgarantie«¹ zu geben, die ihm nicht nur die Nutzung aller neuen Übertragungstechniken und neuen Dienste, sondern auch eine große Beweglichkeit hinsichtlich wirtschaftlicher Kooperationsmöglichkeiten und damit insgesamt eine starke Position in dem zu erwartenden Wettbewerb aller Rundfunkveranstalter sichern soll.

Es leuchtet ein, daß dies nicht den ungeteilten Beifall aller Medienproduzenten findet, insbesondere nicht derjenigen, die als (künftige) Mitwettbewerber des

öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Betracht kommen. Die Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen der programmlich und ökonomisch relevanten Aktivitäten des WDR ist damit gestellt. Die Analyse versucht, sie in strikter Beschränkung auf den »juristischen« Befund, unter Ausschaltung aller rundfunkpolitischen Wünschbarkeiten und bloßen Zweckmäßigkeiten zu beantworten. Dabei bleiben auch die im engeren Sinne kartell- und wettbewerbsrechtlichen Aspekte außer Betracht.

II. Rechtsform und gesetzliche Aufgabenbeschreibung

1. Rechtsform

Das Gesetz normiert den WDR – ebenso wie schon das alte WDR-Gesetz vom 25. Mai 1954 – als eine »gemeinnützige Anstalt des öffentlichen Rechts« mit dem Recht der Selbstverwaltung, § 1 Abs. 1. Dies schließt, obwohl nicht ausdrücklich erwähnt, die Rechtsfähigkeit der Anstalt ein. Diese Rechtsform entspricht herkömmlichem, »gemeindeutschem« Rundfunkrecht². Sie könnte verfassungsrechtlich nur im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen des Gesetzes Anlaß zu Bedenken geben, wenn nämlich

a) wegen einer unklaren, zu unbestimmten und weiten oder widersprüchlichen Aufgaben- und Funktionsbeschreibung des Gesetzes der Begriff der »Anstalt« im Rechtssinne nicht erfüllt würde – oder

b) sich insbesondere aus den haushaltsrechtlichen und wirtschaftsregelnden Bestimmungen des WDRG ergäbe, daß das Merkmal der Gemeinnützigkeit in Wirklichkeit nicht realisierbar wäre, der WDR vielmehr in

* Der Text gibt in stark gekürzter Fassung ein im Frühjahr 1986 dem Westdeutschen Rundfunk Köln erstattetes Rechtsgutachten wieder. Die seitherige Entwicklung der Verfassungsrechtsprechung – s. die Entscheidungen des BVerfG vom 4.11.1986 und vom 24.3.1987 – konnte in den Fußnoten berücksichtigt werden.

** Der Verfasser ist Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Frankfurt a.M.

1 Vgl. Entwurfsbegründung A.II. LT-Drucks. 9/3712, S. 35.

2 Vgl. schon das Gesetz über den Hessischen Rundfunk vom 2.10.1948, den Staatsvertrag über das ZDF vom 6.6.1961, den Staatsvertrag über den NDR vom 20.8.1980, jeweils § 1; ferner Herrmann, Die Rundfunkanstalt, AöR 90 (1965), 286 ff.

Wahrheit ein nach dem Gewinnprinzip arbeitender, multimedial angelegter Groß-Unternehmer wäre³.

Versucht man, die gemeinnützige Anstalt WDR in der trichotomischen Anstaltstypologie von »gemeinnützigen Einrichtungen«, »gemeinwirtschaftlichen Unternehmungen« und »erwerbswirtschaftlichen Unternehmungen« an der richtigen Stelle einzuordnen⁴, so ist sie wohl am ehesten jenem Typus von gemeinnütziger Anstalt zuzurechnen, der abgekürzt als »Zuschuß-Anstalt« bezeichnet worden ist. Zwar hat der WDR aufgrund der Gesetzeslage mit dem Typus der »gemeinwirtschaftlichen Unternehmung« zur Daseinsvorsorge einige Merkmale gemeinsam, insofern die Anstalt einerseits um eines gemeinnützigen Zweckes willen unterhalten wird (und hieraus auch die Rechtfertigung ihrer öffentlich-rechtlichen »Privilegien« empfängt), andererseits den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Mittelverwendung und der haushaltsmäßigen Zweckbindung der Mittel unterliegt, § 39 Abs. 1 und 2 WDRG. Dabei ist der WDR gehalten, kostendeckend zu wirtschaften, wie sich aus § 39 Abs. 3 Satz 2 einerseits, § 33 Abs. 1 und 2 andererseits ergibt; er ist auch verpflichtet, Rücklagen zu bilden, soweit dies für die stetige Erfüllung seiner Aufgaben notwendig ist, § 37 Abs. 2. Doch gehört es in keiner Weise zu seinen Aufgaben, Gewinne zu erwirtschaften; etwaige Überschüsse sind wiederum gemeinnützig zu verwenden, § 48. Der WDR unterfällt somit nicht dem Typus der – in der Terminologie von *Wolff/Bachof* – »gewinnmitnehmenden Anstalt«.

Die Verpflichtung auf die Gemeinnützigkeit bleibt andererseits keineswegs im Definitivisch-Verbalen stecken: Sie kehrt in der grundlegenden *Aufgabennorm* – § 3 Abs. 1, dazu sogleich – in der Rundfunk-Definition als einer für die *Allgemeinheit* bestimmten Dienstleistung wieder; sie kommt in der Pflicht zu gleichwertiger Rundfunkversorgung des ganzen Landes zum Ausdruck, § 3 Abs. 2 Satz 2; und sie kommt als qualitative Bestimmung für den Programmauftrag in § 4 Abs. 1 besonders zum Ausdruck, wonach der WDR den Rundfunk »als *Sache der Allgemeinheit*« zu betreiben hat. Ergänzt wird dies durch die Programmgrundsätze des § 5. Deutlicher kann die Gemeinnützigkeit kaum formuliert werden, denn »Allgemeinheit« bedeutet in diesem Zusammenhang nicht einfach die Quantität einer möglichst hohen Einschaltquote (an der sich dann die Inhalte des Programms orientieren), sondern auch die *Qualität* des politischen, weltanschaulichen und kulturellen Pluralismus, wie er für den umfassenden freien Prozeß der Meinungsbildung vorausgesetzt wird.

2. Aufgabenbestimmung

Aufgabe des WDR ist zunächst, wie § 3 Abs. 1 sagt, »die für die Allgemeinheit bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Darbietungen aller Art in Wort, in Ton

und in Bild unter Benutzung elektrischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters«. Diese als Legaldefinition für »Rundfunk« gefaßte Bestimmung wiederholt den Wortlaut der Rundfunk-Definition des Rundfunkgebührenstaatsvertrages vom 5. Dezember 1974, Art. 1⁵, der von allen elf Bundesländern durch Zustimmungsgesetze in Kraft gesetzt wurde. Dieser Rundfunkbegriff bildet – unbestritten – den Oberbegriff zu Hörfunk und Fernsehen und gilt für alle Sendeformen unabhängig von der technischen Verbreitung⁶.

Auch die jüngste, eingehende monographische Untersuchung der Abgrenzungsprobleme im Telekommunikationsbereich hält an diesem Rundfunkbegriff als einem brauchbaren Ausgangspunkt ausdrücklich fest⁷.

Aufgabe des WDR ist aber keineswegs schlechthin die Veranstaltung und Verbreitung von Rundfunksendungen. Vielmehr hat der Gesetzgeber diese allgemeine Aufgabenbestimmung regional und inhaltlich spezifiziert. Hier ist zum einen auf das Gebot gleichwertiger Rundfunkversorgung des Sendegebietes (§ 3 Abs. 2) und zum anderen auf den schon genannten, in § 4 konkretisierten *Programmauftrag* hinzuweisen. Wohl schon aus dem Rundfunkbegriff (Übermittlung an die »Allgemeinheit«, »Öffentlichkeit«), jedenfalls aber aus diesem Begriff in seiner Verbindung mit dem Programmauftrag fällt es beispielsweise heraus, die Einkaufswünsche einzelner Rezipienten via Bildschirmtext befriedigen zu helfen. Das gleiche gälte von der Abwicklung ihres Bankverkehrs und ähnlichem. Nach der gesetzlichen Regelung, § 4 Abs. 1, gehört jedoch zur Sendetätigkeit des WDR, gleichviel in welcher Übertragungstechnik, *alles, was als Medium und Faktor des Prozesses freier Meinungsbildung und als Sache der Allgemeinheit in Betracht kommt*⁸. Dieser Grundsatz verdient insbe-

3 Bedenken dieser Art tragen vor *Lerche*, Verfassungsfragen zum Entwurf der Landesregierung NW eines Gesetzes über den »Westdeutschen Rundfunk Köln« (WDR-Gesetz), AfP 4/1984, S. 183 ff., und *Ricker*, Antragsschrift an den VerfGH NW vom 25.4.1985, S. 7, 18, – VerfGH 9/85 –, sowie *dieselben gemeinsam* in der Antragsschrift, S. 4a, 10, vom 14.12.1985 in dem Normenkontrollverfahren vor dem BVerfG – 1 BvF 1/85 –.

4 Vgl. dazu *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl. 1976, § 98 II d), ähnlich jetzt *Wolff/Bachof/Stober*, 5. Aufl. 1987, § 98 II 5.

5 Vgl. *Ring*, Deutsches Presse- und Rundfunkrecht, Stand 1985, C-I I.1.

6 Vgl. Entw. Begründung B zu § 3, LT-Drucks. 9/3712, S. 37.

7 Vgl. J. *Scherer*, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, 1985, S. 600 ff., 601, 606. »Rundfunk ist (1) die fernmeldetechnische Übermittlung (2) einer Information (3) an die Allgemeinheit (»Öffentlichkeit«).« Oder kürzer: »Alle fernmeldetechnisch an die »Allgemeinheit« übermittelten Informationen sind Rundfunk« (606).

8 Vgl. dazu bereits BVerfGE 12, 205, 260. Zum verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff und zur Erstreckung desselben auf »rundfunkähnliche Kommunikationsdienste« vgl. jetzt die »5. Rundfunkentscheidung« des BVerfG vom 24.3.1987, ZUM 1987, 391; EuGRZ 1987, 261, 274.

sondere gegenüber der Kritik Beachtung, die verfassungsrechtliche Bedenken gegen die gesetzlichen Funktionsbestimmungen angemeldet hat (s. das folgende).

III. Zur Funktionsbeschreibung des WDRG

1. Zweck – Aufgaben – Funktionen

Im Recht der öffentlichen Anstalten generell und ebenso speziell in bezug auf die Rundfunkanstalten unterscheidet man die Zweck- und Aufgabenbestimmung von der Abgrenzung des Funktions- oder Wirkungsbereiches⁹.

Die Unterscheidung wurde in den siebziger Jahren in normativer Absicht akzentuiert, nämlich in dem Bemühen, Argumente für oder gegen eine erwerbswirtschaftliche Betätigung der Rundfunkanstalten, insbesondere in der Kassetten-Produktion, zu gewinnen. Die Diskussion, deren kritischer Ertrag ohnehin gering bleiben mußte, soll hier nicht fortgesetzt werden. Doch hat die Unterscheidung ihren Sinn für die klassifikatorische Einordnung des einer Anstalt zugrundeliegenden Normenwerks und für die danach abzustufenden Anforderungen an die Bestimmtheit und Vollständigkeit einer gesetzlichen Regelung. In der Dreiheit von Anstaltszweck, Anstaltsaufgaben und Funktionen bezeichnet der Anstaltszweck die zusammengefaßte Finalität der Aufgabenerfüllung, etwa Teilnahme am Meinungsbildungsprozeß durch Rundfunkversorgung, beschreiben die Aufgaben die wesentlichen Tätigkeiten, die der Zweckerfüllung dienen, etwa die stetige Veranstaltung von Hörfunk- und Fernsehsendungen, während die Funktionsbestimmungen nähere Aussagen über das Was und Wie der Tätigkeiten machen. »Zum Funktionsbereich einer Anstalt des öffentlichen Rechts gehören die Tätigkeiten, die nötig und zweckmäßig sind, um die Aufgaben der Anstalt zu erfüllen«, definiert *Maunz* (aaO., o. Fußn. 9, 7) zutreffend. Auf der Basis dieser Einteilung leuchtet es ein, daß der Gesetzgeber den Zweck einer Anstalt möglichst klar und bestimmt normieren muß, gewinnt sie doch im wesentlichen von daher ihre rechtliche Identität und die Legitimation für ihre Tätigkeit. Ebenso müssen die Aufgaben vollständig und hinreichend bestimmt umschrieben werden, schon weil damit die gesetzliche Basis für die Handlungen der Anstaltsorgane und ihrer Organwalter fixiert wird. Hingegen ist es nicht erforderlich und in der Regel auch nicht möglich, daß der Gesetzgeber die einzelnen Funktionen, die bei der gehörigen Aufgabenerfüllung notwendig werden oder nützlich sind, in allen Einzelheiten und erschöpfend festlegt. Vor allem kann und wird er insoweit von der Möglichkeit zu bloßen Ermächtigungen ohne Pflichtcharakter Gebrauch machen, vgl. z.B. § 7 Satz 1 einerseits, Satz 2 andererseits (Pflicht-Zusammenarbeit und Kann-Zusammenarbeit).

Hat der Gesetzgeber Zweck, Aufgaben und Funktionen der Anstalt hinreichend genau festgelegt, so hat er damit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden *Bestimmtheitsgebot* (Art. 20 Abs. 3 GG) Genüge getan. Insbesondere wird allein durch die Verwendung general-klauselartiger, der Ausfüllung und Auslegung bedürftiger, ihr aber auch zugänglicher Begriffe das Bestimmtheitsgebot nicht verletzt¹⁰. Im Hinblick auf die umfangreich und intensiv am WDRG geübte Kritik ist eine genauere Prüfung der die Aufgaben und Funktionen der Rundfunkanstalt beschreibenden Normen angebracht.

2. Der Rundfunkbegriff des WDRG

Es ist einzuräumen, daß der im Mittelpunkt der Aufgabenbeschreibung stehende Rundfunk-Begriff, § 3 Abs. 1, im Hinblick auf die Zuordnung neuer elektronischer Dienste (Kabeltext, Bildschirmtext, Videotext, sonstige Formen der »rundfunkähnlichen Kommunikation«, Vgl. § 1 Abs. 3 LMedienG BW) eine gewisse Interpretationsbedürftigkeit aufweist. Sie ergibt sich im wesentlichen aus der Frage, ob bei zunehmender Individualisierung der Informationsinhalte und des Abrufverhaltens, wie sie durch die neuen Übertragungstechniken ermöglicht wird, das Merkmal einer »für die Allgemeinheit bestimmten Veranstaltung« noch erfüllt ist oder nicht.

Aus dieser Unsicherheit aber entweder allein oder in Verbindung mit der Funktionsbestimmung des § 3 Abs. 3 einen Verfassungsverstoß unter dem Gesichtspunkt des nicht ordnungsgemäß erfüllten Gesetzesvorbehaltes herzuleiten¹¹, ist aus mehreren Gründen nicht möglich. Zum *ersten* kann dem Gesetzgeber eines Landes verfassungsrechtlich kein Vorwurf gemacht werden, wenn er auf einem durch rapide technologische Veränderungen gekennzeichneten Gebiet von einer bewährten, eingeführten und durch alle anderen Länder staatsvertraglich »abgesegneten« Definition ausgeht und wenn er durch zusätzliche Bestimmungen für die notwendige Klarheit und Bestimmtheit sorgt. In diesem Sinne stellt auch *Lerche*¹² insoweit ausdrücklich keinen Verfassungsverstoß fest. Man könne vom Gesetzgeber des Landes (NW) nicht mehr verlangen, als er im Verein mit den anderen Landesgesetzgebern gegenwärtig offen-

9 Vgl. *Herrmann*, aaO. (o. Fußn. 2), 312 ff. m.N.; *H. P. Ipsen*, Zum Funktionsbereich der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten außerhalb der unmittelbaren Programmveranstaltung, DÖV 1974, 721 ff.; *Maunz*, Die Grenzen der Betätigung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, DVBl. 1974, 1 ff.; *Seeger*, Die Produktion von Bildton-Kassetten durch Rundfunkanstalten, DÖV 1972, 253 ff.; zur Terminologie vgl. ferner: *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, S. 43 ff.

10 Vgl. zu den Anforderungen im einzelnen BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104 (114).

11 So aber *Ricker*, Antragschrift vom 25.4.1985, s. o. Fußn. 3, S. 22, 25; nahezu wortgleich *Lerche/Ricker*, Antragschrift vom 14.12.1985 an das BVerfG, S. 34 (s.o. Fußn. 3).

12 AfP 1984, 185, anders als *Ricker*, aaO.

bar zu leisten imstande sei. Zum zweiten hat der Gesetzgeber des WDRG gerade durch die von der Kritik angegriffenen Bestimmungen, insbesondere des § 3 Abs. 3, aber auch durch den von den Kritikern vollkommen außer acht gelassenen § 4 Abs. 1 Satz 1 in verfassungsrechtlich einwandfreier Weise für die notwendige Bestimmtheit der Aufgaben- und Funktionsbestimmung des WDR gesorgt. Und zum dritten bringen die Regelungen keineswegs sensationelle Neuigkeiten. So enthält z.B. der Staatsvertrag über den Norddeutschen Rundfunk vom 20.8.1980 in § 38 eine Entwicklungs- und Nutzungsklausel, die, wenngleich etwas eingeschränkter, doch der des § 3 Abs. 3 vergleichbar ist; sie hat, soweit ersichtlich, bisher keinen Anlaß zu verfassungsrechtlicher Kritik gegeben.

3. Die Funktions-Generalklausel des § 3 Abs. 3

§ 3 Abs. 3 WDRG, der ein Hauptobjekt der Kritik von *Lerche* bildet, hat einen dreifachen Regelungsgehalt: 1. beschreibt er generalklauselartig die Funktionen, die der WDR bei seiner Aufgabenerfüllung einsetzen darf. 2. enthält er eine Gleichstellungsgarantie in bezug auf alle anderen (öffentlich-rechtlichen wie privatrechtlichen) in der Bundesrepublik ansässigen Rundfunkunternehmen. Und 3. werden die zu 1. und 2. garantierten Funktionen und Nutzungsmöglichkeiten auch im Hinblick auf die weitere technische Entwicklung gewährleistet.

Bei keinem dieser drei normativen Gehalte ist ein Verfassungsverstoß ersichtlich:

a) Die Funktionsgarantie der Nutzung »alle(r) für Rundfunkunternehmen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten« in programmlicher und finanzieller Hinsicht (Abs. 3 Satz 1) schließt auch die Kompetenz zur Veranstaltung von *Werbesendungen* ein. Doch kann hieraus und aus dem Umstand, daß das WDRG keine ausdrücklichen (zeitlichen) Beschränkungen für Werbefunk enthält, keine Verfassungswidrigkeit hergeleitet werden. Eine gesetzliche Begrenzung ergibt sich ohne weiteres aus dem Rundfunkauftrag, § 3 Abs. 1, § 4, der von vornherein nur einen recht beschränkten Anteil der Werbesendungen am Gesamtprogramm zuläßt. Dieser Schranke entspricht auch die Regelung der Einnahmequellen in § 33 Abs. 2, die »vorrangig« die Finanzierung des Rundfunks aus Gebühreneinnahmen vorsieht. Auch in anderen Rundfunkgesetzen der Länder der Bundesrepublik wird jeweils nur die Kompetenz zur Veranstaltung von Werbefunk festgelegt, ohne daß der Gesetzgeber selbst eine zeitliche Grenze gesetzt hätte. Verfassungsrechtlich ist dies bisher nie beanstandet worden¹³.

Einen zeitlich-quantitativen Anhaltspunkt bietet das nordrhein-westfälische Gesetz über die vorläufige Weiterverbreitung von Rundfunkprogrammen in Kabelanlagen vom 19.3.1985 (GVBl. S. 248). § 2 Abs. 3 dieses

Gesetzes nennt 20 v.H. der täglichen Sendezeit als höchstzulässigen Umfang der Rundfunkwerbung. Von Verfassungs wegen ist hier jedoch nicht eine bestimmte, abstrakt festzulegende Zahl gefordert, sondern Klarheit darüber, daß der Rundfunkauftrag nicht beeinträchtigt werden darf. Dies ist aber in § 3 Abs. 3 durch die Bezugnahme: »bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben« sichergestellt. *Lerche*¹⁴ sieht in dieser Klausel »keine real wirksame Schranke mit Eigengewicht«. Aber er übersieht dabei das qualitativ zu verstehende Kriterium der Allgemeinheit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und seinen spezifischen Programmauftrag, §§ 3 Abs. 2, 4.

b) Dem gleichen Einwand begegnet auch die *Lerche*'sche Kritik an der *Gleichstellungsgarantie* des § 3 Abs. 3 Satz 1. Hier werde dem WDR nicht nur das – nicht zuletzt auch finanzielle – Gleichziehen mit anderen Rundfunkanstalten ermöglicht, sondern ihm werde – durch die Gleichstellung mit allen legalerweise nur *denkbaren*, vielleicht nie realisierten Rundfunkunternehmen – eine »real einzigartige finanzielle ... Nutzungskompetenz« eröffnet, (aaO., ähnlich auch *Lerche/Ricker*, Antragsschrift an das BVerfG, S. 4 ff.). Bei entdramatisierter Betrachtung besagt die Vorschrift nicht mehr und nicht weniger als daß der WDR alle diejenigen Finanzierungsarten – z.B. Entgelte für Spartenprogramm sendungen, Einnahmen aus Werbefunk, aus dem Angebot neuer Dienste – für sich erschließen darf, die nach den geltenden Gesetzen auch für andere Rundfunkunternehmen in Betracht kommen. Der WDR darf dies nur so lange und in dem Umfang, wie es sich mit der Erfüllung seines öffentlich-rechtlichen Auftrages verträgt. Hieraus können sich im Einzelfall Grenzen ergeben. Eine Verfassungswidrigkeit der Vorschrift käme aber nur in Betracht, wenn gezeigt werden könnte, daß eine bestimmte Finanzierungsart (oder eine bestimmte Programmart oder eine bestimmte Sendetechnik) per se mit der Erfüllung des gesetzlichen Rundfunkauftrages (s.o.) unvereinbar wäre. Davon kann keine Rede sein¹⁵.

13 Vgl. nur den Staatsvertrag über das ZDF vom 6.6.1961, §§ 22, 23; dazu die Richtlinien für die Werbesendungen des »ZDF« vom 14.4.1967; GVRs (Saarland) i.d.F. vom 1.8.1968, § 35; Staatsvertrag über den NDR vom 20.8.1980, § 35. Ferner jetzt Art. 3 Abs. 5 und 6, Art. 5 des Rundfunkstaatsvertrags der Länder vom 12.3.1987.

14 AFP, aaO. (o. Fußn. 3), 184.

15 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der SF/SWF-Entscheidung des BVerfG vom 24.3.1987, s. EuGRZ 1987, 273; ZUM 1987, 391. Im Gegenteil. Das Gericht hat z.B. ein »Verspartungsverbot« für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten verfassungsrechtlich ausdrücklich verworfen. Der Landesgesetzgeber ist lediglich von Verfassungs wegen nicht schlechthin gehindert, die Finanzierung etwa von Spartenprogrammen zugunsten privater Rundfunkveranstalter so zu regeln, daß den öffentlich-rechtlichen Anstalten die Veranstaltung von Abonnement- oder Einzelentgeltssendungen *vorläufig* untersagt wird. Zu einer derartigen Regelung ist der Landesgesetzgeber aber keineswegs verfassungsrechtlich *verpflichtet*. Zur Bestands- und Entwicklungsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk s. jetzt Präambel (Abs. 3) des Rundfunkstaatsvertrages vom 12.3.1987.

c) Das WDRG gestattet der öffentlich-rechtlichen Anstalt auch keine Nutzung der neuen Übertragungstechniken – über Satelliten oder durch ein Breitbandnetz (Koaxial- oder Glasfaserkabel) – *außerhalb* der gesetzlichen Aufgabenumschreibung¹⁶.

Eine unbefangene und juristische Leseart des Textes wird nämlich berücksichtigen, daß bereits eine Auslegung nach Wortlaut und Grammatik des Abs. 3 ergibt, daß die Begrenzung durch Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben, die in Satz 1 ausdrücklich erwähnt wird, sich auch auf die in Satz 2 genannten Möglichkeiten, z. B. der Satelliten- und der Breitbandnetz-Nutzung bezieht. Die Einbeziehung der Möglichkeit, die neuen Übertragungstechniken wie Satellitenfunk oder Breitbandnetzübertragung zu nutzen, in die Entwicklungsgarantie des WDR, § 3 Abs. 3 Satz 2, ist, wie angedeutet, weder ohne Vorbild noch auch »rundfunkfremd«.

4. Die weiteren Funktionsbestimmungen des WDRG

Das Gesetz sieht, insbesondere in den Absätzen 4 bis 10 des § 3, aber auch in den §§ 7 und 47 eine Reihe weiterer Handlungsermächtigungen (teilweise gekoppelt mit Verpflichtungen) vor, die hier allesamt nacheinander zum Gegenstand der Untersuchung ihrer Vereinbarkeit mit einem verfassungsgemäßen Begriff und Erscheinungsbild von einer gemeinnützigen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt gemacht werden könnten. Aus Gründen der Schwerpunktbildung wie aus Gründen der systematischen Verarbeitung der gegen das Gesetz vorgebrachten verfassungsrechtlichen Kritik soll hier jedoch ein anderer methodischer Weg beschritten werden: Diese Kritik zeigt, unbeschadet ihrer verfassungsrechtsdogmatischen Einordnung und Präsentation als Verstoß des Gesetzes gegen Art. 4 LVNW in Verbindung mit Art. 12 GG, »gegen den Gesetzesvorbehalt und damit auch insoweit gegen Art. 4 LV in Verbindung mit Art. 5 GG«, gegen Art. 4 LV/ 5 GG (Pressefreiheit) sowie gegen Art. 1 LV (Prinzip der Bundestreue)¹⁷ im wesentlichen *zwei Hauptstoßrichtungen*. Sie zielt erstens gegen den angeblich zu weit gespannten wirtschaftlichen Charakter, für den es an einer entsprechenden Kompetenzgrundlage fehle, und sie richtet sich zweitens gegen alle programmlich und wirtschaftlich relevanten Tätigkeiten des WDR, die den Interessenbereich der *Presseunternehmen* einschließlich deren Engagement als Privatrundfunkveranstalter berühren könnten.

Auf dem Hintergrund dieser Interessenlage ist es nur »natürlich«, daß vor allem die Bestimmungen des Gesetzes über *wirtschaftliche Verwertung* von Rundfunkproduktionen, ferner die Regeln über mögliche *Zusammenarbeit* mit oder auch *Beteiligung* an anderen Unternehmen und schließlich die Vorschrift über »Druckwerke mit vorwiegend programmbezogenem Inhalt«, § 3 Abs. 7, der Kritik ins Visier geraten.

Die folgende Auseinandersetzung folgt deshalb nicht einfach der Legalordnung des WDRG, sondern dem Gewicht und der systematischen Tragweite der hier zu erörternden Argumente.

IV. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen der wirtschaftlich-unternehmerischen Betätigung einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt

1. Die in Betracht kommenden Vorschriften des WDRG

Neben der bereits behandelten Generalklausel des § 3 Abs. 3 sieht das WDRG eine Reihe spezieller Bestimmungen vor, welche dem WDR einen rechtlich gesicherten Handlungsspielraum im wirtschaftlichen Bereich einräumen. Gemäß § 3 Abs. 8 Satz 1 darf er »zur Herstellung und zur wirtschaftlichen Verwertung von Rundfunkproduktionen mit Dritten zusammenarbeiten«. Eine weitere Ermächtigung zur *Zusammenarbeit* »zur Veranstaltung und Verbreitung von Programmen« findet sich in Abs. 9 Satz 1; die Zusammenarbeit mit »anderen«, d. h. nicht öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern eröffnet ganz generell § 7 Satz 2. Diese Kooperationsmöglichkeiten werden ergänzt und verstärkt durch die jeweils ausdrücklich erwähnte Möglichkeit, sich zur Verfolgung der genannten Zwecke auch an anderen (gewerblichen) Unternehmen (also keineswegs nur an Rundfunkunternehmen) zu *beteiligen*, § 3 Abs. 8 und 9, § 47. Schließlich kann der WDR im Rahmen der Beteiligungskompetenz die Gründung einer »eigenen« juristischen Person des Privatrechts seiner bloßen Beteiligung vorziehen, § 47 Abs. 3. Wirtschaftlich relevant ist ferner die Gebühren-Erhebung aus der Übermittlung von »Spartenprogrammen«, §§ 3 Abs. 6 mit 33 Abs. 2 Nr. 3 und – u. U. – die Verbreitung von programmbezogenen Druckwerken, § 3 Abs. 7.

2. Verfassungsrechtliche Maßstäbe

a) Zunächst ist auf die Eigenart (auch) des (öffentlich-rechtlichen) Rundfunks als einer *Institutionalisierung* einer *grundrechtlich geschützten Freiheit*, also »eigentlich« einer Veranstaltung der gesellschaftlich relevanten Kräfte und Gruppen hinzuweisen. Das damit gerechtfertigte Gebot der Staatsferne und »Staatsfreiheit« – wie immer der Staat dies in seiner Gesetzgebung zum Ausdruck bringen mag – verbieten deshalb die schlichte Subsumtion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks unter den Begriff der »mittelbaren Staatsverwaltung«¹⁸. Die für diese geltenden Grundsätze über die Grenzen wirt-

16 A. A. aber *Lerche*, AfP, aaO. (o. Fußn. 3), 185.

17 Vgl. *Ricker*, Antragsschrift vom 25. 4. 1985, S. 16 ff., 22 ff., 38 ff., 42 ff., 45; vgl. hierzu auch *Lerche/Ricker*, Antragsschrift an das BVerfG, S. 29 ff. (o. Fußn. 3).

18 In diesem Sinne jetzt auch deutlich: BVerwGE 70, 310 (316).

schaftlicher Betätigung – wie sie etwa insbesondere für kommunale wirtschaftliche Unternehmen entwickelt worden sind – lassen sich deshalb, wenn überhaupt, nur mit größter Vorsicht auf die Rundfunkanstalten übertragen. Die gesellschaftlich-grundrechtliche Funktion der Träger der Rundfunkfreiheit¹⁹ muß jedenfalls dazu führen, die Zulässigkeit ihrer wirtschaftlichen Betätigung nicht strengeren Anforderungen zu unterwerfen als bei Trägern mittelbarer Staatsverwaltung. Oder, positiv gewendet: Wenn sich zeigt, daß die Vorschriften des WDRG über die wirtschaftliche Betätigung sogar dann verfassungsgemäß wären, falls der WDR als eine »gewöhnliche« Anstalt der (mittelbaren) staatlichen Verwaltung anzusehen wäre (was aber zu verneinen ist), dann reichen diese Vorschriften als gesetzliche »Dekung« für die Tätigkeit des Rundfunks unter dem Aspekt der *Wirtschaftsaktivität* jedenfalls aus. Eine davon unabhängig zu prüfende Frage bleibt die Vereinbarkeit mit der verfassungsrechtlichen Garantie der Pressefreiheit.

b) Das erste zentrale, vor allem von *Lerche* wiederholt formulierte, von *Ricker* übernommene verfassungsrechtliche Hauptbedenken läßt sich auf die Kurzformel bringen: Jede »fiskalische« oder erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts bedürfe einer besonderen *kompetenzrechtlichen* Legitimation; eine »Gewerbefreiheit des Staates« sei nicht anzuerkennen; nicht nur *fehle* es an einer solchen Legitimation für den WDR, sondern (und hier geht das erste in das zweite, aus der Funktionsfähigkeit der freien Presse hergeleitete Hauptbedenken über) es dürfe eine solche für den WDR auch gar nicht geschaffen werden²⁰.

Schon an dieser Stelle ist auf eine methodische und dann auch dogmatische Schwäche hinzuweisen, die besonders in der Schrift von *Ricker*, aaO., hervortritt, aber auch zahlreiche andere einschlägige Äußerungen entwertet: die unkritische Vermengung der *grundrechtlichen* mit der *kompetenzrechtlichen* Seite der Problematik²¹. Die Frage, ob der Staat oder sonst ein Träger öffentlicher Verwaltung für eine (wirtschaftliche) Handlung eine besondere kompetenzrechtliche Rechtfertigung benötigt und wie diese gegebenenfalls beschaffen sein muß, z.B. unmittelbar verfassungsgesetzlich oder nur einfachgesetzlich, sehr speziell, konkret und explizit oder auch nur weniger konkret und implizit, diese Frage hat *zunächst* gar nichts mit der anderen Frage zu tun, ob in dieser Handlung eine Grundrechtsverletzung liegen kann oder nicht.

Damit soll die prinzipielle Möglichkeit einer Grundrechtsbeeinträchtigung, insbesondere der Berufs-(Gewerbe-)freiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, durch konkurrenzwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand nicht in Abrede gestellt werden. Doch müßte dann, insoweit kann der h.M. bedenkenfrei gefolgt werden, ein über eine bloße Wettbewerbssituation hinausgehender Tatbe-

stand vorliegen, sei es, daß der öffentlichen Hand rechtlich oder auch nur faktisch eine Monopolstellung eingeräumt wird, durch welche die wirtschaftliche Betätigung der Privaten in jenem Bereich zum Erliegen kommt (*Papier*), sei es, daß eine wirtschaftspolitische »Intervention« (eben ein »Eingriff«) mit berufsregelnder Tendenz (*Stober*) erfolgt²².

So wenig sich einerseits der Staat oder juristische Personen des öffentlichen Rechts generell auf Grundrechte berufen können²³, so wenig deshalb eine »Gewerbefreiheit« der öffentlichen Hand zur Wirtschaftsbetätigung anzuerkennen ist, so wenig ist auf der anderen Seite aus der Verfassung

a) ein *generelles Verbot* eigenwirtschaftlicher Initiative des Staates (oder seiner Gliederungen),
b) ein Grundsatz der »Subsidiarität« solcher Tätigkeiten oder

c) ein allgemeiner Anspruch des Bürgers auf Unterlassung *unverhältnismäßiger* öffentlicher Wirtschaftstätigkeit herzuleiten²⁴. Vielmehr bedeutet der vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung angewendete Grundsatz der »wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes«, daß dem Gesetzgeber »die grundsätzliche Freiheit wirtschafts- und sozialpolitischer Gestaltung ... gewahrt bleiben muß«, solange er nur die in den Einzelgrundrechten garantierten individuellen Freiheiten ausreichend schützt und achtet²⁵. Legt man diese in der Rechtsprechung abgesicherte Sicht des Verhältnisses von wirtschaftlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand und *Grundrechtsbeeinträchtigung* zugrunde, so ist vor allem zu prüfen, ob die Vorschriften des WDRG der Rundfunkanstalt in irgendeiner Weise eine *monopolistische* oder *quasimonopolistische* Stellung ein-

19 Vgl. auch BVerfGE 45, 63, 79.

20 Vgl. *Lerche*, AfP, aaO. (o. Fußn. 3), 189 f. und 191; *ders.*, in *Maunz/Dürig/Herzog*, GG, Art. 83 Rdnr. 42; *ders.*, Stellungnahme vor dem Hauptausschuß des Landtags NW, Ausschußprotokoll 9/1462, S. 44; *Ricker*, Antragsschrift aaO., S. 16, ferner *Lerche/Ricker*, Antragsschrift an das BVerfG, S. 17 ff. (o. Fußn. 3).

21 Insoweit *rühmliche* Ausnahme: *Scholz* in *Maunz/Dürig/Herzog*, GG, Art. 12 Rdnr. 403.

22 Vgl. *Papier*, Art. 12 – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, DVBl. 1984, 801, 809 m.v.w.N.; *ders.*, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, in: *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1983, S. 626; *Stober*, Rein gewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand und Verfassung, ZHR 145 (1981), 565, 578 f. m.N.; BVerwGE 17, 306, 314; 39, 329, 336.

23 Vgl. nur BVerfGE 45, 63, 78 f. (auch bezüglich Art. 12 Abs. 1) und BVerfGE 61, 82, 100 ff. Die Rechtsprechung des BVerfG hat sich in Richtung auf Verneinung der Grundrechtsfähigkeit deutlich konsolidiert, s. BVerfGE 68, 193, 206 f.

24 Vgl. statt vieler *Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in v. *Münch* (Hrsg.) *Besonderes Verwaltungsrecht*, 7. Aufl. 1985, S. 312 ff., dort Nachw. zum Subsidiaritätsprinzip (*Dürig/Herzog/Isensee*); *Badura*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ..., ZHR 146 (1982), 448, 459; *Scholz*, aaO. (o. Fußn. 21), Rdnr. 401, dort, Fußn. 2, viele Nachw.

25 Vgl. die letzte grundsätzliche Zusammenfassung in BVerfGE 50, 290, 337 f. (Mitbestimmungsgesetz).

räumen, die unter dem Gesichtspunkt der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG Bedenken auslösen müßte. Derlei ist jedoch nicht ersichtlich. Nirgends wird im Gesetz und schon gar nicht in den angegriffenen wirtschaftsrelevanten Bestimmungen, eine Monopolstellung des WDR statuiert, vielmehr zieht § 1 Abs. 2 die Veranstaltung und Verbreitung von Rundfunk durch andere Rundfunkunternehmen (im Sendegebiet) ausdrücklich in Betracht²⁶. Der dort angebrachte Gesetzesvorbehalt hat angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der Tat nur klarstellenden, nicht konstitutiven Charakter²⁷. Auch in anderen Vorschriften, insbesondere in denen über mögliche Zusammenarbeit, z.B. in § 7 Satz 2, hat der Gesetzgeber die Existenz anderer, privater Rundfunkunternehmen vorausgesetzt. Man kann auch nicht a priori sagen, daß das Gebrauchmachen von den Kooperations- oder Beteiligungsnormen mit Sicherheit oder auch nur mit Wahrscheinlichkeit zu einer *faktischen* Monopolstellung des WDR führen könnte. Wenn ein Mißbrauch einer solchen organisatorischen Rechtsnorm im Einzelfall theoretisch einmal zu einer Grundrechtsgefährdung führen könnte, so stehen mit den Kompetenzen der Kontrollorgane nach dem WDRG selbst ebenso wie mit dem wettbewerbsrechtlichen und dem kartellrechtlichen Instrumentarium doch wirksame Abwehrmöglichkeiten zur Verfügung. Eine Verfassungswidrigkeit einer organisatorisch-formal und daher ambivalent bleibenden Vorschrift scheidet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter solchen Umständen aus²⁸.

c) Die Frage der *kompetenzrechtlichen* Rechtfertigung ist damit freilich noch nicht beantwortet. Sie kann und soll hier nicht mit dem Hinweis aus dem Feld geräumt werden, daß ja der Gesetzgeber im WDRG selbst die notwendigen Kompetenzen für die wirtschaftlich-unternehmerische Tätigkeit des WDR geschaffen habe und daß er dazu angesichts der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes auch befugt gewesen sei. Denn der von *Lerche*, AfP, aaO., 189 ff., vorgetragene Angriff stützt sich auf die von ihm als »jüngere« bezeichnete Rechtsmeinung, »die sich weithin durchgesetzt« habe »und wohl noch weiter im Vordringen begriffen« sei²⁹ und deren Essenz gerade darin liegen soll, daß sie nicht eine einfachgesetzliche Ermächtigung genügen läßt, sondern für die Wirtschaftstätigkeit des Staates einen »hinreichend konkreten *verfassungsrechtlichen* Kompetenztitel« fordert (Hervorh. von E.D.). Das Problem scheint sich mithin auf die Frage zuzuspitzen, ob die öffentliche Hand in ihrer Entscheidung für oder gegen eine erwerbswirtschaftliche (gewinnerstrebende) Tätigkeit verfassungsrechtlich grundsätzlich frei ist und nur einer – mehr oder weniger konkreten – gesetzlichen Ermächtigung bedarf oder ob sie in jedem Falle einen besonderen verfassungsrechtlichen »Kompetenztitel« muß vorweisen können.

Hierzu ist zum einen darauf hinzuweisen, daß gewichtige Stimmen im Schrifttum schon in dieser grundsätzlichen Alternative die *Lerche'sche* Position nicht teilen. So heißt es etwa bei *Badura*³⁰: »Dem Verfassungsrecht läßt sich eine allgemeine oder grundsätzliche Entscheidung darüber, ob eine unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand zugelassen ist, welches Ausmaß sie annehmen und welche Wirtschaftsbereiche sie erfassen darf, nicht entnehmen...«

Zum zweiten ist anzumerken, daß die von *Lerche* zur Stützung seiner Rechtsauffassung und als Belege für dieselbe herangezogenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts bei genauerer Betrachtung allesamt dazu nicht taugen³¹.

3. *Der öffentliche Zweck der Rundfunkversorgung der Allgemeinheit als kompetenzrechtliche Legitimation der Wirtschaftstätigkeit des WDR*

Aber selbst wenn man der *Lercheschen* These zunächst einmal folgt, so läßt sich doch die in der abstrakten Konfrontation unüberbrückbar erscheinende Alternative: verfassungsrechtliche oder nur einfachgesetzliche Kompetenzgrundlage? gerade unter Heranziehung des das kommunale Wirtschaftsrecht beherrschenden Grundgedankens vermittelnd überwinden. *Lerche* selbst, AfP, aaO., 190, bietet hierzu einen gewissen Anhalt, indem er auch eine »zumindest mittelbare«, eine traditionelle, »auch ungeschriebene (indes nicht etwa uferlose)« oder auch eine »u.U. nur implizite« verfassungsrechtliche Legitimation genügen lassen will.

Andere Autoren rekurrieren auf oberste Verfassungsgrundsätze, vor denen sich, wie jegliches Staatshandeln, auch die wirtschaftliche Tätigkeit rechtfertigen lassen müsse. Dabei macht es zunächst keinen Unterschied, ob man³² aus dem *Sozialstaatsprinzip* die Schranke »eines öffentlichen Interesses der Gemeinschaft« ableitet oder ob man mit *Püttner*³³ aus dem *Rechtsstaatsprinzip* das »Gemeinwohlgebot« und hieraus einen Begründungszwang für staatliches Tätigwerden folgert. Bei *Püttner* verflüchtigt sich allerdings der Begrenzungseffekt bis zur Unkenntlichkeit, weil er zwar einerseits ein Recht der öffentlichen Hand zu beliebiger Wirtschaftsbetätigung

26 In diesem Sinne auch schon OVG Münster, U. v. 24.9.1976, DÖV 1978, 519 (521).

27 Wie die Begründung des Entwurfs, B, zu § 1, LT-Drucks. 9/3712, S. 37 zutreffend feststellt.

28 Vgl. BVerfGE 14, 263, 275 (Feldmühle).

29 Kritisch hierzu *Kübler*, Schriftl. Stellungnahme vom 2.1.1985, LT-NW, Zuschrift 9/3465, S. 10.

30 AaO., ZHR 146 (1982), 459.

31 Dies gilt zunächst für die *Direkturverordnungs-Entscheidung*, BVerfGE 46, 120, 150 ff. S. dazu auch *Kübler* aaO. (o. Fußn. 29), S. 10. Ebensovienig taugen die Urteile BVerwGE 17, 306, 313 und 39, 329, 332 ff., 337 als Belege für die *Lerche'sche* These.

32 Wie *Stober*, aaO. (o. Fußn. 22), 585.

33 Die Öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 128 ff., 130.

nicht anerkennt, vielmehr die Rechtfertigung jedes Unternehmens durch Erfordernisse des Gemeinwohls fordert (S. 129), weil er aber andererseits »die Absicht, ein gewisses Staatsvermögen für allgemeine Staatsaufgaben bereit zu halten (Vorratswirtschaft) und – ... – Gewinne ... zu erzielen« durchaus »zu den legitimen Erwägungen des Gemeinwohls« rechnet.

Ohne daß hier die *Püttner'sche* »Großzügigkeit« in Anspruch genommen werden soll, erscheint doch der von ihm und vielen anderen Autoren geteilte Ansatz einer Rechtfertigung am *öffentlichen, gemeinwohlorientierten Zweck* als tragfähig. Bezogen auf das WDRG meint dies vor allem die gleichwertige Rundfunkversorgung des gesamten Sendegebietes, wobei Rundfunk seiner Funktion als »Medium und Faktor des Prozesses freier Meinungsbildung und als Sache der Allgemeinheit«³⁴ gerecht zu werden hat. Die verfassungsrechtliche Kompetenzlegitimation – wenn man denn eine solche fordert – liegt somit in Art. 5 Abs. 1 GG.

4. Vereinbarkeit der Zusammenarbeits- und Beteiligungsregelungen des WDRG mit der Kompetenzlegitimation aus der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG

Der legitimierende normative *Sinnzusammenhang* zwischen der Verfassungsgarantie der – auch institutionell und objektivrechtlich zu verstehenden³⁵ *Rundfunkfreiheit*, dem öffentlichen *Gemeinwohlzweck* einer öffentlich-rechtlich organisierten Rundfunkanstalt und den gesetzlich statuierten *Funktionsbestimmungen* einer solchen Anstalt muß zugleich das maßgebliche methodische Leitprinzip bei der Auslegung der einzelnen Vorschriften sein. Von daher verbietet sich eine isolierende, wortlautverhaftete Interpretation einer Einzelnorm; vielmehr gebietet dies, explizite Verweisklauseln, z.B. »Aufgabenzugehörigkeit«, s. § 47 Abs. 1 Nr. 1, aber auch implizite Verweisungen auf Begriffsgrenzen – z.B. »Rundfunk«-Produktionen, § 3 Abs. 8, zur »Rundfunk«-versorgung, § 3 Abs. 2, als »Medium und Faktor« Rundfunk, § 4 Abs. 1 – ernst zu nehmen. Auf dieser Basis bleibt der gemeinwohlorientierte Anstaltszweck als rechtfertigendes wie als begrenzendes Kriterium für die wirtschaftlichen Aktivitäten des WDR im Blickfeld. Der rechtlich zulässige Wirkungskreis der Anstalt ist danach »am objektiv erkennbaren Inhalt und Zweck der Aufgabe« der Anstalt abzumessen³⁶. Außerhalb dieses Kreises fallen Tätigkeiten, die »objektiv erkennbar zweckfremd« sind.

Erkennbar zweckfremd in diesem Sinne wäre es, wenn der WDR sich von einer gemäß Art. 5 GG besonders gebundenen und besonders organisierten Einrichtung der öffentlichen Daseinsvorsorge³⁷ zu einem dem Prinzip der Gewinnmaximierung gehorchenden Wirtschaftsunternehmen fortentwickeln würde. Dies ist die eingangs –

sub II. 1. – schon eingeführte These von *Lerche*, die er bezüglich der Kooperations- und Beteiligungsvorschriften des Gesetzes (bzw. damals des Entwurfes) durch die Behauptung zu stützen versucht, die »allgemeine Schicht der daseinsvorsorgenden Aufgaben des WDR«, aaO., 187, werde durch eine »starke wirtschaftlich-unternehmerische Komponente« ergänzt, denaturiert und damit schließlich auch ihrer spezifischen Sachlegitimation kraft öffentlicher Verantwortung entkleidet (192). Eine solche Auslegung des WDRG ist jedoch verfehlt und findet weder im Wortlaut, noch im System oder Sinnzusammenhang seiner Normen eine Stütze:

a) Es wurde oben (II. 1.) schon deutlich gemacht, daß die Haushaltsverfassung des WDR, auch seine Verpflichtung zur sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung, § 39 Abs. 2 in Anlehnung an § 19 HGrG, der Annahme eines »Wirtschaftsunternehmens«, d.h. einer auf Gewinnmaximierung ausgerichteten Einrichtung widerspricht. Besonders § 39 Abs. 1 Satz 2 normiert hier die haushaltsrechtliche Konsequenz und Absicherung der Funktionsbegrenzung auf den gesetzlichen Aufgabenkreis. Der WDR darf sich Einnahmen nur in dem Umfang beschaffen, wie dies zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben erforderlich ist. Den gleichen Gedanken bringt § 33 Abs. 2 mit der Wendung »die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen ... Einnahmen« zum Ausdruck, wenngleich der Akzent dieser Vorschrift auf der Festlegung der Einnahmearten liegt.

b) Der WDR kann mit Dritten zusammen arbeiten oder sich an anderen Unternehmen (auch gewerblicher Art) beteiligen

aa) zur Herstellung und Verwertung von Rundfunkproduktionen,

bb) zur Veranstaltung und Verbreitung von Programmen.

Die beiden ursprünglich im Entwurf des Gesetzes in § 3 Abs. 8 zusammengefaßten Tätigkeiten sind jetzt auf Abs. 8 und 9 aufgeteilt, wobei die Möglichkeit zu bb) um die ausdrückliche Bindung an die Programmgrundsätze, § 5, ergänzt wurde. Die in Abs. 8 eingeräumte Befugnis zur Herstellung und wirtschaftlichen Verwertung von Rundfunkproduktionen begründet keineswegs, wie Kritiker befürchten, die Gefahr, der WDR könne, im Verein mit anderen Unternehmen, zum »Multi-Media-Giganten« entarten. Die gesetzliche Einschränkung – Abs. 8 Satz 2 –, daß die Produktion »nicht in erster Linie« zum Zwecke der wirtschaftlichen Verwertung erfolgen darf, ist nämlich nicht so bedeutungslos, wie dies etwa von *Lerche* (AFP, aaO. (o. Fußn. 3), 187) dargestellt wird. Sie bringt zum Ausdruck, daß der erste

34 § 4 Abs. 1 Satz 1 und st. Rspr. des BVerfG seit E 12, 205, 260.

35 Vgl. zuletzt besonders BVerfGE 57, 295, 319 f.; EuGRZ 1987, 261, 267.

36 So zutr. *Ipsen* schon 1974, DÖV 1974, 721, 733.

37 So die Qualifizierung durch das BVerfG in E 31, 314, 330.

und Hauptzweck einer Rundfunkproduktion die Erfüllung des Rundfunkauftrags, § 3 Abs. 1, 2, zu sein hat, daß darüber hinaus aber die wirtschaftliche Verwertung im Interesse der Entlastung des Haushalts möglich sein soll. Z.B. darf der WDR einen Spielfilm oder eine Serie zum Zwecke der Verwendung im eigenen Programm mit Hilfe dritter Firmen herstellen oder herstellen lassen; er darf das Produkt auch, wenn er einen Interessenten findet, (vor oder nach der Sendung) veräußern. Ebenso darf er eine Tonaufnahme eines vom hauseigenen Orchester veranstalteten und *gesendeten* Konzertes entgeltlich verbreiten; er darf die Aufnahme des Konzertes vor zahlendem Publikum in einem von Dritten gemieteten Saal ausführen usw. Maßgebend und begrenzend wirkt immer der Zusammenhang mit der Rundfunkaufgabe, der »Sendungs-Zusammenhang«, (*Ipsen*, aaO. (o. Fußn. 36)).

Nicht zulässig wäre deshalb etwa die für den Markt bestimmte Herstellung von Spielfilmen, von denen dann möglicherweise der eine oder andere auch einmal ins eigene Programm genommen würde. Nicht zulässig wäre es auch, das eigene Orchester permanent auf Konzert-Tournee zu schicken und nur hin und wieder einmal eine seiner Aufnahmen zu senden.

Demgegenüber kann die rechtliche Bedeutung der begrenzenden Klausel des Abs. 8 Satz 2 nicht mit dem Einwand in Frage gestellt werden, im konkreten Einzelfall lasse sich gar nicht feststellen, ob z.B. eine Auftragsproduktion des WDR »in erster Linie« den Aufgaben des Senders oder aber seinem Gewinnstreben zu dienen bestimmt sei. Denn jede vom WDR veranlaßte Herstellung von Rundfunkproduktionen werde »vernünftigerweise stets (zumindest auch) den Sinn haben« (*Lerche*, AfP, aaO. (o. Fußn. 3), 187), von der Anstalt selbst gesendet zu werden. Diese Kritik muß an den objektiven Gegebenheiten scheitern: Nicht nur die finanziellen Mittel der Anstalt sind so begrenzt, daß die Grenze für mögliche Eigen- wie Auftragsproduktionen bald erreicht sein wird, sondern auch die *Programmkapazitäten* setzen einer potentiellen Produktionsausweitung (für einen (noch) weitgehend imaginären Markt) sehr bald deutlich erkennbare Schranken. Dabei kann es dem WDR, will er seinem Rundfunkauftrag gerecht werden können, auch nicht verwehrt sein, in gewissem Umfang »auf Vorrat« zu produzieren (und die Produkte auch finanziell zu verwerten), schon, um bei einer längerfristigen Programmplanung die notwendige Flexibilität zu behalten. Wenn *Lerche* in kritischer Absicht feststellt, Abs. 8 Satz 2 bedeute nicht, daß »die Zweckrichtung wirtschaftlicher Verwertung aus dem Bereich der gesetzlichen Aufgabenstellung überhaupt verdrängt werden« solle, so kann und muß dies mit der Maßgabe akzeptiert werden, daß eine solche völlige Verdrängung verfassungsrechtlich eben *nicht* geboten ist und von der Funktionsfähigkeit der Anstalt aus gedacht auch gar nicht vernünftig

wäre. Ihre primäre Ausrichtung als Institution der »Daseinsvorsorge«, oder, in neuerer Terminologie, als *sozialwirtschaftliches Unternehmen* steht gewinnerzielenden Tätigkeiten im Rahmen der gesetzlichen Aufgabenstellung solange nicht im Wege, als die Verfolgung des nichterwerbswirtschaftlichen Anstaltszweckes erkennbar der primäre und Hauptzweck der Tätigkeit bleibt³⁸. Abschließend ist in diesem Zusammenhang auf zweierlei hinzuweisen:

1. Es ist in der Natur der Anstaltsaufgaben begründet, daß ein großer Teil der privatrechtlich abgewickelten »wirtschaftlichen« Tätigkeit des Rundfunks in der hergebrachten verwaltungsrechtlichen Terminologie ganz problemlos unter die »fiskalischen Hilfgeschäfte« einzuordnen ist³⁹. Dies gilt z.B. für den Auftrag an eine Filmgesellschaft, für Programmwzwecke des WDR einen Spielfilm o.ä. herzustellen.

2. Ebenso könnte vieles, was sich als wirtschaftliche Verwertung des Sendegutes darstellt, problemlos unter den im Schrifttum gebrauchten Begriff der »fiskalischen Randnutzung« gebracht werden⁴⁰, wenn man die kategoriale Gleichartigkeit etwa der abendlichen Vermietung der Schulturnhalle oder der Reklame auf Telefonbüchern mit dem Verkauf von Eintrittskarten für das Konzert des Radiosinfonieorchesters oder auch dem Weiterverkauf von Senderechten eingesehen hat. Dennoch wird auf den Einsatz dieses Begriffes zum einen wegen seiner Unschärfe und zum anderen deshalb verzichtet, weil er die mit ihm erfaßten Tätigkeiten gleichsam wie mit einem stillen Vorwurf bei gleichzeitig gegebener Entschuldigung belegt.

c) Besonders heftige Kritik, sowohl in der parlamentarischen Auseinandersetzung⁴¹ als auch in der rechtswissenschaftlichen Beurteilung⁴² hat die Regelung der *Beteiligungsmöglichkeiten*, § 44 des Entwurfs, bzw. § 47 des Gesetzes (unverändert) erfahren. Das überrascht zunächst, denn § 47 weist gegenüber dem entsprechenden § 22 a des alten WDR-Gesetzes – er wurde durch Gesetz vom 9.7.1974 eingefügt – abgesehen von der Einfügung des Abs. 4 (Erstreckung auf Beteiligungen an gemeinnützigen Rundfunkunternehmen) und der Ersetzung des Landesrechnungshofes als Kontrollorgan durch »ein Wirtschaftsprüfungsunternehmen« in Abs. 2 nur eine unscheinbare sachliche und sprachliche Ände-

38 Vgl. hierzu *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht II, § 98 II e 2.; *Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl., 1984, § 16 Rdnr. 5, 22 ff. m.w.N.

39 Vgl. *Badura*, in v. *Münch* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1985, S. 311; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1985, § 3 Rdnr. 7.

40 Vgl. z.B. *Scholz*, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 12 Rdnr. 403.

41 Vgl. Abg. Dr. *Worms*, 1. Lesung der WDRG-Novelle am 25.10.1984, Landtag NW, Plenarprotokoll 9/105, S. 6508 C; Abg. Dr. *Pohl*, ebenda, S. 6527.

42 Vgl. wiederum *Lerche*, AfP, aaO. (o. Fußn. 3), 183 und 196.

rung auf: Erlaubte § 22 a des alten WDRG die Beteiligung der Anstalt an einem gewerblichen oder sonst einem wirtschaftlichen Zweck dienenden Unternehmen, wenn »dies zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich« war, so läßt das neue Gesetz, § 47 Abs. 1 Nr. 1, es genügen, wenn »dies (also die Beteiligung) zu seinen gesetzlichen Aufgaben gehört«. Im übrigen blieben die rechtlichen Voraussetzungen einer Beteiligung unverändert. Während die Verteidiger des Gesetzes diese Veränderung nur als eine unwesentliche sprachliche Modifizierung verstehen, sehen die Kritiker in ihr eine ganz entscheidende Veränderung des Sachgehalts und der Tragweite der ursprünglichen Klausel, weil die gesetzliche Aufgabenstellung, auf die verwiesen wird, eine grundsätzlich andere geworden sei⁴³. Insbesondere eröffne § 47 in seiner Verbindung mit § 3 Abs. 3 und 8 dem WDR die rechtliche Möglichkeit, sich auch »wirtschaftlich im Pressebereich« zu betätigen, selbst wenn man bei verfassungskonformer Auslegung der Vorschriften ein Recht zur »eigenen« Poesstätigkeit verneinen müsse. Durch die Beteiligungsmöglichkeit entstehe eine »auch verfassungsrechtlich relevante und mehr als nur bedenkliche Vermischung des Bereichs des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit dem der privaten Presse«⁴⁴. Die Ersetzung der Erforderlichkeitsklausel in § 22 a WDRG (alt) durch das Kriterium der Aufgabenzugehörigkeit in § 47 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ist in der Tat mehr als nur eine sprachliche Umformulierung. Man darf auch bezweifeln, daß die jetzige Fassung sprachlich geglückt sei. Denn streng genommen kann die Beteiligung an wirtschaftlichen Unternehmen zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des Rundfunks zwar nützlich oder sogar notwendig sein, das »Sich-beteiligen« als solches ist jedoch nicht Selbstzweck und in diesem Sinne auch nicht »Aufgabe« des Rundfunks, sondern gemäß den zu III. 1. getroffenen Unterscheidungen, eine »Funktion« bei der Wahrnehmung der Anstaltsaufgaben. Fragt man, abgesehen von der sprachlichen Form, nach dem Sinn der Neuformulierung, so liegt dieser keineswegs in einer Entfesselung des Wirtschaftspotentials des WDR, sondern im Gegenteil in der Bindung jeder Art von Beteiligung – Abs. 1 gilt gemäß Abs. 4 des § 47 auch für Beteiligungen an *gemeinnützigen* Rundfunkunternehmen – an den gesetzlichen Aufgabenkreis. Dessen verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit, zumal hinsichtlich der Generalklausel des § 3 Abs. 3, wurde oben zu III. 1. bis 3. dargelegt. Eine gewisse, den praktischen Bedürfnissen Rechnung tragende, fast nur als Beweiserleichterung zu verstehende Lockerung liegt in der Umformulierung insofern, als nicht in jedem Einzelfall der Nachweis der zwingenden Notwendigkeit einer Beteiligung für die ungeschmälerte Fortexistenz der Anstalt geführt werden muß. Den zuständigen Anstaltsorganen wird insoweit ein gewisser Beurteilungsspielraum bei der Auslegung der »Aufgabenzugehörigkeit«

eingeräumt, ein Spielraum, der der Stellung des WDR als einer mit dem Recht der Selbstverwaltung begabten Anstalt entspricht. Die Grenzen des Zulässigen sind durch diese Formulierung mit der von Verfassungen wegen zu fordernden Deutlichkeit gesetzt: So ist es beispielsweise – entgegen der von *Lerche*, aaO., geäußerten Befürchtung – dem WDR nicht nur grundsätzlich untersagt, selbst »Presse zu machen« (über die Ausnahme des § 3 Abs. 7 wird noch zu reden sein; diese Vorschrift ist eben deshalb sinnvoll, weil die Aufgabengrenzung im übrigen möglicherweise Zweifel an der Zulässigkeit jener Betätigung aufkommen lassen könnte!), sondern auch die Beteiligung an einem Presseunternehmen ist ihm verwehrt, es sei denn, dieses befaße sich mit der Herstellung und/oder Verwertung von Rundfunkproduktionen und die Beteiligung geschehe zu diesem Zweck, § 3 Abs. 8 (mit der Schranke des Satz 2! s.o.). Entsprechendes gilt für die Beteiligung an einem Presse- (oder einem sonstigen) Unternehmen zum Zwecke der Veranstaltung oder Verbreitung von Rundfunkprogrammen, wobei besonders die in § 5 genannten Programmgrundsätze zu beachten sind, § 3 Abs. 9, Satz 2.

d) Die letztgenannte, scheinbar unbedeutende Ergänzung des § 3 Abs. 9 um den Satz 2 – der Satz 1 war der Sache nach bereits in Abs. 8 des Entwurfs enthalten; Satz 2 wurde durch Änderungsantrag der SPD-Fraktion nach der öffentlichen Anhörungssitzung des Hauptausschusses am 10.1.1985 eingefügt⁴⁵ – diese unscheinbare Verweisung auf § 5 deutet ein rundfunkrechtliches und -politisches Problem von großer Tragweite an. Es sei hier unter den Stichwörtern »Modellkonsistenz« und »Wahrung der öffentlich-rechtlichen Struktur« des gemeinnützigen Anstaltsrundfunks eingeführt.

Wie besonders die öffentlichen Anhörungen im Landtag Nordrhein-Westfalen vom 10. und 11. Januar 1985 deutlich gemacht haben⁴⁶, folgen die politischen und, ihnen entsprechend, auch die juristischen Angriffe gegen das WDRG zwei nahezu entgegengesetzten Grundmotiven – vgl. auch oben zu III. 4.: Auf der einen Seite steht die Sorge vor der wirtschaftlichen, jede denkbare private Konkurrenz erdrückenden Übermacht der öffentlich-rechtlichen, gebührenfinanzierten Anstalt. In der Antragsschrift vom 14.12.1985 verwenden *Lerche/Ricker* die Suggestiv-Formel vom »Netzwerk der Macht« (S. 24). Der vom Gesetz konzipierte WDR bedrohe mit seinen Betätigungs- und Beteiligungsmöglichkeiten die den Marktrisiken ausgesetzte »freie Presse« in programmlicher wie in finanzieller Hinsicht, im

43 So *Lerche*, AfP, aaO., 187.

44 *Lerche*, aaO., 196; auch *Ricker*, Antragsschrift (o. Fußn. 3), S. 38 ff. sieht dadurch die Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2, tangiert.

45 Vgl. LT-Drucks. 9/3712, Stand 21.2.1985.

46 Vgl. Protokolle des Hauptausschusses 9/1462 und 9/1470.

ureigenen Feld der »Presse« – etwa durch Programmzeitschriften – ebenso wie in der den Presseunternehmen zustehenden Chance des profitablen Zugriffs auf die »neuen Medien.«

Auf der anderen Seite nährt sich im Lager der entschiedenen Verfechter des öffentlich-rechtlichen, binnenpluralistisch organisierten Rundfunks die Sorge, die mögliche Öffnung der Anstalt zur Kooperation mit privatrechtlichen »kommerziellen« Unternehmen oder gar das Recht zur Gründung rundfunkeigener privatrechtlicher »Firmen«, § 47 Abs. 3, könne, bewußt oder ungewollt, zur Aufgabe oder zum Verlust der spezifischen Bindungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks führen. Die beiden gegensätzlichen Ausgangspositionen begegnen einander in der gemeinsamen Forderung nach »Modellkonsistenz«; binnenpluralistischer Rundfunk und außenpluralistische Presse »reimten sich nicht zusammen«⁴⁷. Das Problem des Verlustes oder der Umgehung der öffentlich-rechtlichen Sicherungen der Rundfunkfreiheit insbesondere durch die Eröffnung von Beteiligungsmöglichkeiten an privaten Rundfunkunternehmen ist juristisch mit pauschalierenden Formeln und suggestiven Bildern wie »Aushöhlung spezifischer Bindungen« (*Hoffmann-Riem*), »Modellkonsistenz« oder Erhaltung der »Identität und öffentlich-kulturellen Substanz des überkommenen westdeutschen Nachkriegsrundfunks« (*Stock*) freilich nicht zu bewältigen. Vielmehr sind die aufgrund einer gesetzlichen Regelung denkbaren Fallkonstellationen möglichst genau zu erfassen und jeweils an den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Maßstäben zu überprüfen. Zu ihnen gehört⁴⁸ die organisatorische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Rahmen der übrigen rundfunkfreiheitsrechtlichen Vorgaben. Das Grundgesetz schreibt dem Gesetzgeber »keine bestimmte Form der Rundfunkorganisation vor; es kommt allein darauf an, daß freie, umfassende und wahrheitsgemäße Meinungsbildung im dargelegten Sinne gewährleistet ist, daß Beeinträchtigungen oder Fehlentwicklungen vermieden werden.« (321 f.).

Liest man diese Feststellungen zusammen mit früheren Äußerungen des Gerichts, insbesondere im ersten Fernsehurteil, E 12, 205, 262, so darf als Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen festgehalten werden, daß eine irgendwie gestaltete Verbindung von öffentlich-rechtlichen mit privat-rechtlichen Organisationsformen *jedenfalls nicht schon per se* gegen die verfassungsrechtlichen Anforderungen verstößt. Dies gilt also auch, wenn sich der öffentlich-rechtlich organisierte WDR in privatrechtlicher Form an privatrechtlich organisierten Rundfunkunternehmen beteiligt, was § 47 Abs. 1 und 2 WDRG zuläßt.

Die Forderung nach »Modellkonsistenz« zielt aber, über die bloßen Rechtsformen hinaus, auf ein inhaltliches Moment, auf die angebliche Unvereinbarkeit »bin-

nenpluralistischer« Organisation des »Integrationsrundfunks« mit einer möglicherweise »außenpluralistischen« Struktur eines privaten Rundfunksystems (»Koordinationsrundfunk«). Dabei könnten in programmlicher wie in finanzrechtlicher Hinsicht (öffentlich-rechtliche Gebührenfinanzierung hier – Entgelt- und Werbungsfinanzierung dort) Inkompatibilitäten entstehen.

Hierzu sind im wesentlichen die folgenden möglichen Fallgestaltungen zu bedenken:

1.) Solange der WDR selbst als Rundfunkveranstalter (oder -verbreiter) auftritt, die Sendungen also ihm *rechtlich* zuzurechnen sind, gleichgültig, welcher Art eine Beteiligung oder Mitwirkung Dritter an der Programmherstellung oder -veranstaltung ist, solange sind es »seine Sendungen« im Sinne des § 4 Abs. 2 WDRG. Sie unterliegen voll und unmittelbar den die Rundfunkfreiheit gewährleistenden Vorschriften der §§ 4, 5 und 6 WDRG.

2.) Beteiligt sich der WDR an einem Gemeinschaftsunternehmen mit privaten Dritten in der Weise, daß beide Partner gemeinsam die rechtliche Verantwortung für das Programm übernehmen (gemeinsam als Veranstalter auftreten), dann ergibt sich gegenüber der Situation zu 1. keine wesentliche Abweichung: Der WDR muß sich dieses Programm als Teil seines »Gesamtprogramms« zurechnen lassen, als solcher muß es der gesetzlichen Aufgabenbestimmung und dem Programmauftrag der § 3 Abs. 1 bis 3 und § 4 entsprechen; und die Programmgrundsätze des § 5, insbesondere das Ausgewogenheits- und das Vielfaltsgebot, gelten in vollem Umfang für das »Gemeinschaftsprogramm«. Hier zeigt sich die folgenreiche Bedeutung der Aufnahme der Verweisung auf § 5 in § 3 Abs. 9 Satz 2. Die in diesem Zusammenhang auftauchende Frage nach der für das Vielfalts- und das Ausgewogenheitsgebot relevanten Bezugsgröße wird durch das Gesetz durch die dreimalige Einfügung des Begriffs »Gesamtprogramm« in § 5 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, 2 und 3 eindeutig beantwortet. Weder die einzelne Sendeeinheit noch das etwa zusammen mit einem Dritten veranstaltete *Teilprogramm* brauchen »in sich« das Vielfaltsgebot voll zu erfüllen; es kann sich dabei z.B. »einseitig« um bloße Informationssendungen oder bloße Unterhaltungsmusik oder ähnliches handeln. Die in diesem Sinne *gegenständliche Vielfalt* kann und muß in der Abstimmung des Teilprogramms mit den anderen Programmen der Anstalt gewährleistet werden. Ob dies auch hinsichtlich der eigentlichen *Meinungsvielfalt* uneingeschränkt so gilt, bedürfte noch genauerer Prüfung. Im Interesse der Aufgabenerfüllung des Sen-

47 Vgl. *Hoffmann-Riem* und *Stock* einerseits, *Lerche* andererseits, Ausschußprotokoll 9/1462, S. 9, 42 und 46; ähnlich schon die schriftlichen Stellungnahmen der Genannten.

48 Wie insbesondere in BVerfGE 57, 295, 321 f., 323, festgestellt wird.

ders insgesamt würde man es nicht hinnehmen dürfen, wenn das Gesamtprogramm in einzelne Programme oder Programmblöcke zerfiele, die jeder für sich einseitig einer bestimmten weltanschaulichen oder politischen Richtung das Wort redeten. Eine solche ideologische Versäulung der Einzelprogramme – die in ihrer Gesamtheit durchaus die Vielfalt der gesellschaftlichen Richtungen und Kräfte widerspiegeln könnten – wird durch den Wortlaut des § 5 Abs. 4 zwar nicht ausdrücklich ausgeschlossen, doch läßt der Gesamtzusammenhang der Vorschriften der §§ 4 und 5 erkennen, daß darin eine Gefährdung des Prozesses freier Meinungsbildung zu sehen wäre. (Beispielsweise fordert § 5 Abs. 4 letzter Satz eine »umfassende« Information durch Berichterstattung. Bei tendenziösen Einzelprogrammen wäre diese nicht gewährleistet; es ist dem Rezipienten aber nicht zuzumuten und auch gar nicht möglich, jeweils (zeitgleich?) ein entsprechendes »Kontrastprogramm« einzuschalten, um sich »umfassend« informieren zu können.) Man wird also hinsichtlich der *Meinungsvielfalt* fordern müssen, daß sich der Pluralismus in einem gewissen Mindestumfang auch in jedem einzelnen Teilprogramm verwirklicht, sofern sich nicht, wie bei reinen Musik- oder Unterhaltungsprogrammen, dafür von der Natur der Sache her keine Gelegenheit bietet. Jedoch ist dies ein im WDRG vielleicht noch nicht optimal gelöstes Problem für *alle* Teilprogramme; es ist kein spezifisches Problem der »Beteiligungsprogramme«, wenngleich es bei diesen zugespitzt auftreten mag.

3.) Andere Überlegungen sind in bezug auf eine dritte Fallgruppe angebracht, die man als »verdeckte Beteiligungen« zusammenfassen kann. Damit sind solche gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen gemeint, bei denen der WDR als Gesellschafter nach außen hin nicht in Erscheinung tritt. Nach dem isoliert betrachteten Wortlaut des § 47 erscheinen solche Beteiligungen nicht als ohne weiteres ausgeschlossen. Bezieht man jedoch, wie § 47 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 gebietet, den gesetzlichen Aufgabenkreis in die Betrachtung ein, so wird man differenzieren müssen: Verdeckte Beteiligungen zu den in § 3 Abs. 8 genannten Zwecken, also zur Herstellung und Verwertung von Rundfunkproduktionen sind unter den gesetzlichen Bedingungen zulässig: Die gesellschaftsrechtlichen und -vertraglichen Sicherungen, insbesondere die in § 47 Abs. 2 Satz 1 geforderte Einflußsicherung, haben dafür zu sorgen, daß die inhaltliche Begrenzung des § 3 Abs. 8 Satz 2 eingehalten und durchgesetzt werden kann. In diese Kategorie würden beispielsweise Beteiligungen des WDR an einer Ateliergesellschaft oder an einer Schallplatten- oder Kassettenfirma fallen. Gemeinsames Merkmal all dieser Beteiligungen ist, daß sie keine Tätigkeit zum Gegenstand haben, die *unmittelbar* die Veranstaltung oder Verbreitung von Rundfunk betreffen. Anders jedoch bei verdeckten Beteiligungen, die sich auf Tätigkeiten nach § 3

Abs. 9 beziehen. Nur bei ihnen kommt eine unmittelbare Gefährdung der Rundfunkfreiheit überhaupt in Betracht. Vorab stellt sich jedoch die Frage, ob sie nach dem WDRG überhaupt zulässig wären. Sie muß verneint werden. Eine Sendung oder ein Programm, für die bzw. das der WDR nicht verantwortlich zeichnet, die nicht mindestens *auch* »unter seinem Namen« veranstaltet werden, wären nicht »seine Sendungen«, nicht Teil seines »Gesamtprogramms«, vgl. §§ 4 Abs. 2, 5 Abs. 2, Abs. 4 usw. Die in § 3 Abs. 9 gemeinten »Programme« können nur solche sein, die sich innerhalb des Aufgabenkreises des WDR halten, die also jedenfalls *als vom WDR ausgehende Sendungen* veranstaltet werden. Das schließt Gemeinschaftssendungen, wie sie seit Jahren als »Eurovisionssendungen« europaweit üblich sind, nicht aus, aber stets muß der WDR als Mitveranstalter auftreten und, mindestens mittelbar, als Mitglied der ARD o.ä., auch erkennbar sein. Rundfunkveranstaltungen in verdeckter Beteiligung überschreiten also den Programmauftrag des WDR und fallen damit aus dem gesetzlichen Aufgabenkreis heraus⁴⁹.

V. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Im Rahmen der Typologie der öffentlichen Anstalten kommt der WDR dem Typus der »gemeinnützigen Einrichtung« am nächsten.

2. Weder die Funktions-Generalklausel des § 3 Abs. 1 mit Abs. 3 WDRG noch die übrigen Handlungsermächtigungen des Gesetzes (§§ 3 Abs. 4 bis 10, 7, 47) eröffnen dem Rundfunk die rechtliche Möglichkeit zu unbegrenzter erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit. Die Vorschriften genügen dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot.

3. Auch alle »gewinnmitnehmenden« Tätigkeiten müssen sich im Rahmen der Rundfunk-Aufgaben halten; sie müssen dem Programmauftrag des § 4, besonders Abs. 1, dienen.

4. Bei der Frage nach den Grenzen zulässiger wirtschaftlicher Tätigkeit des WDR sind die grundrechtlichen und die kompetenzrechtlichen Aspekte der Problematik auseinanderzuhalten. Unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes Dritter sind die Funktions-, Kooperations- und Beteiligungsvorschriften des WDRG unbedenklich.

5. Die verfassungsrechtliche Kompetenzlegitimation ergibt sich aus der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als einer dem Gemeinwohlzweck der Rundfunkversorgung der Allgemeinheit »dienenden Freiheit«.

⁴⁹ Auf der Linie dieser Überlegungen liegt es, wenn das BVerfG EuGRZ 1987, 274; ZUM 1987, 391, die Regelung des § 13 Abs. 4 MedienG BW aus der »klaren Trennung der Verantwortungsbereiche« rechtfertigt.

6. Die Herstellung und wirtschaftliche Verwertung von Rundfunkproduktionen (§ 3 Abs. 8) ist, sofern ein »Sendungs-Zusammenhang« gewahrt bleibt, unbedenklich.

7. Es ist dem WDR grundsätzlich verwehrt, selbst allgemein »Presse zu machen«; auch die Beteiligung an einem Presseunternehmen zu diesem Zweck ist ihm nicht gestattet. Deshalb ist auch keine bedenkliche »Vermischung« des Bereichs der Presse mit dem des Rundfunks zu befürchten.

8. Eine Verbindung öffentlich-rechtlicher mit privatrechtlichen Organisationsformen durch eine Beteiligung

des WDR an privatrechtlichen Rundfunkunternehmen ist nicht schon per se ein Verfassungsverstoß. Aus dem Begriff der »Modellkonsistenz« allein lassen sich keine konkreten Rechtsfolgen ableiten.

9. Bei einer »offenen« Beteiligung des WDR an einem Gemeinschaftsunternehmen mit (einem) privaten Dritten ist das veranstaltete Programm Teil des »Gesamtprogramms« des WDR; die Programmgrundsätze des § 5 WDRG sind anzuwenden.

10. Rundfunkveranstaltungen in »verdeckter« Beteiligung fallen aus dem gesetzlichen Aufgabenkreis des WDR heraus; sie sind unzulässig.

»Duale Rundfunkordnung« und Werbung in Programmen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten

Von Professor Dr. Karl-Heinz Ladeur, Bremen*

I. Rechtliche Regelung der Werbung und neuere Rechtsprechung zum Gesetzesvorbehalt

Die rechtlichen Grundlagen der Veranstaltung von Werbung in den Programmen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten sind auch und gerade nach dem 4. Fernsehurteil des BVerfG zum Gegenstand rechtlicher und politischer Kontroversen geworden¹. Dabei geht es vor allem um die Frage, ob und wie weit Werbung nach der vom BVerfG zur Dogmatik des Gesetzesvorbehalts entwickelten »Wesentlichkeitstheorie« einer gesetzlichen Regelung bedarf. Das BVerfG hat in mehreren Urteilen zu unterschiedlichen Konfliktbereichen die Reichweite des Gesetzesvorbehalts über den klassischen Grundrechtseingriff hinaus ausgedehnt und z.B. für das Schulrecht (Sexualkunde), aber auch im Strafvollzugsrecht gefordert², daß traditionell durch Verwaltungsvorschriften geregelte – nach der älteren Auffassung als »Interna« der nicht-gesellschaftlichen, staatlich-öffentlichen Organisationssphäre zugehörnde – Handlungsbereiche dann und soweit gesetzlich geregelt werden müssen, wie es um die Setzung von Bedingungen geht, die für die Ausübung von Grundrechten »wesentlich« sind, die also Grundrechte »berühren«, ohne in sie einzugreifen³.

Dies hängt letztlich damit zusammen, daß das Eingriffsabwehrdenken der klassischen Grundrechtsdogmatik⁴ nicht nur um eine sozialstaatliche Leistungsdimension, sondern auch um eine, die Kooperation zwischen

Staat und Bürger stützende Organisationsdimension erweitert werden muß: Vor allem in komplexen Handlungsfeldern ist das die Geltung der Grundrechte indizierende Eingriffskriterium zu starr geworden. Hier geht es überwiegend um mehrpolige Interessengeflechte, um die Gestaltung von Beziehungen zwischen mehreren Interessenten, nicht um deren Abgrenzung⁵. Dies gilt für

* Der Verfasser ist Professor für öffentliches Recht an der Universität Bremen. – Der Beitrag ist Helmut Ridder gewidmet anlässlich seiner Emeritierung am 30.9.1987.

1 Vgl. nur Seemann, KifU Nr. 24/1987, 7, 9; Bundesverband Kabel und Satellit, KifU Nr. 18/1987, 19; Schmitt Glaeser, DVBl. 1987, 14 ff., 15; das Urteil ist abgedruckt u.a. in: ZUM 1986, 602 ff.; Media Perspektiven Dok./VI 1986, 213 ff.; DVBl. 1987, 30 ff. (auszugsweise); schon früher Bullinger, ZUM 1985, 121 ff.; ders., ZUM Sonderheft 1986, 219 ff.; vgl. auch die Beiträge in: Lüder (Hrsg.), Rundfunk im Umbruch. Stand und Entwicklung der wirtschaftlichen Situation der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, 1985; Börner, Organisation, Programm und Finanzierung der Rundfunkanstalten im Lichte der Verfassung, 1984; Fuhr/Krone, AfP 1984, 141 ff.; Jarass, 56. Deutscher Juristentag, Gutachten G, 1986, S. 64; vgl. auch zum Streit um die Werbung im 3. Programm des Hessischen Rundfunks Gallwas, ZUM 1986, 1 ff.; Ricker, Rundfunkwerbung und Rundfunkordnung, 1985.

2 BVerfGE 47, 46, 79; 33, 1, 10.

3 Vgl. aus der Literatur nur Ossenbühl, in: Götz/Klein/Starck (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S. 9 ff.; Eberle, DÖV 1984, 485 ff.; Ladeur, Zeitschrift für Gesetzgebung 1987, H. 2.

4 Vgl. Schlink, EuGRZ 1984, 457 ff.

5 Vgl. dazu nur Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984.