

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

3
K&R

- Editorial: Datenschutz im Smart Home
Dr. Markus Böhme
- 145 Der In-Game-Verkauf von Lootboxen – jugendgefährdendes Glücksspiel oder bloßes Transparenzproblem?
Dr. Patrick Ehinger und Lukas Schadomsky
- 149 Rundfunkrecht in der Entwicklung (Teil 1)
Prof. Dr. Christoph Degenhart
- 155 Sensibilisierungsversuch des BayLDA – die Online-Selbsteinschätzung zur DSGVO
Orcun Sanli und Christoph Knopp
- 160 Der Versand von E-Mails an falsche Empfänger
Dr. Bernd Lorenz
- 163 Länderreport USA · *Clemens Kochinke*
- 165 EuGH: Verbraucher kann nur eigene Ansprüche gegen soziales Netzwerk geltend machen
- 178 BGH: Selektives Vertriebssystem mit Verbot für Preisvergleichsportale rechtswidrig mit Kommentar von *Dr. Christoph Rempe*
- 186 BGH: Festzins Plus: Irreführende Blickfangangabe bei Online-Werbung für Kapitalanlage
- 190 OLG Frankfurt a. M.: Vertrag über Kauf von Adressdaten mangels Einwilligung Betroffener nichtig
- 197 Hanseatisches OLG Bremen: Ermittlungsverfahren wegen Urheberrechtsverletzung im europäischen Online-Handel
- 199 OLG Dresden: Unverpixelte Bildberichterstattung im Zusammenhang mit Strafverfahren kann zulässig sein
- 212 BVerwG: Speicherung und Nutzung von Telekommunikations-Metadaten durch den BND rechtswidrig

21. Jahrgang

März 2018

Seiten 145 – 216

mente sowie die zwingende Nutzung von kostenpflichtigen Lootbox-Systemen für spielrelevante Items kenntlich gemacht werden. Ein Single-Player-Game mit integriertem Lootbox-System ist rechtlich vor allem dann problematisch, wenn der Kunde beim Kauf nicht weiß, ob das „Durchspielen“ des Games ohne zusätzliche Zahlungen in angemessener Spielzeit überhaupt möglich ist. Selbiges

gilt, wenn wesentliche Teile des Spiels ohne den Inhalt von Lootboxen nicht sinnvoll nutzbar sind. Genauso sollte der Käufer auch bei Multiplayer-Spielen bereits beim Erwerb des Spiels wissen, ob es sich um ein Spiel auf Pay-2-Win-Basis handelt, oder ob allein seine Leistungen und Fähigkeiten ausschlaggebend sind, um wettbewerbsfähig zu sein.

Prof. Dr. Christoph Degenhart, Leipzig*

Rundfunkrecht in der Entwicklung (Teil 1)

Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit wird entscheidend durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und deren Konstanten im Wandel der Medien geformt. Ebenso leisten aber auch die Verfassungsgerichte der Länder, die Verwaltungsgerichte und die Zivilrechtsprechung maßgebliche Beiträge zur Entwicklung des Rundfunkrechts. Der nachstehende Beitrag versucht einen Überblick über die Entwicklung des Rundfunkrechts in der Rechtsprechung der letzten Jahre zu geben.

I. Verfassungsrechtliche Grundlagen – Öffentlich-rechtlicher Rundfunk

1. Einführung – Verfassungsrechtsprechung und Reformdebatte

Nachdem das zweite Rundfunkgebührenurteil des BVerfG vom 11. 9. 2007¹ die verfassungsrechtlichen Grundlagen der dualen Rundfunkordnung und hierin insbesondere die verfassungsrechtliche Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bestätigt² und im Urteil zu den Medienbeteiligungen politischer Parteien vom 12. 3. 2008³ der Zweite Senat sich der Sehweise des Ersten Senats angeschlossen hatte, stand im Verfahren zum ZDF-Staatsvertrag das Organisationsmodell der öffentlich-rechtlichen Anstalt zur verfassungsrechtlichen Prüfung an und wurde im Urteil vom 25. 3. 2014⁴ unter dem Gesichtspunkt der Staatsfreiheit begrenzten Korrekturen unterworfen – erstmals nach über fünf Jahrzehnten Rundfunkrechtsprechung des BVerfG als des eigentlichen Rundfunkgesetzgebers. Die anhängigen Verfahren zum Rundfunkbeitrag nach der Neuregelung der Rundfunkfinanzierung durch den Rundfunkbeitragsstaatsvertrag 2013 und möglicherweise auch die Verfassungsbeschwerde des NDR im Verfahren Tageschau-App werden weiteren Anlass geben, die verfassungsrechtliche Position des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und seinen Auftrag in einer konvergenten Medienwelt zu bestimmen. Aktuelle Debattenbeiträge reichen hier von nahezu unbegrenzter Expansion⁵ bis zu einer Beschränkung auf ein bundesweites Vollprogramm in Fernsehen.⁶

2. Staatsfreiheit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – Urteil zum ZDF-Staatsvertrag

a) Staatliche und staatsnahe Vertreter

Nachdem es über fünf Jahrzehnte hinweg in – je nach Zählweise – 13 Rundfunkentscheidungen die essentielle

Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als eines Garanten der Vielfalt für freie Meinungsbildung in der demokratischen Ordnung entfaltet und hieraus umfassende Bestands-, Entwicklungs- und Finanzierungsgarantien abgeleitet hatte,⁷ stellte das BVerfG im Urteil vom 25. 3. 2014 zum ZDF-Staatsvertrag die Verfassungswidrigkeit der Zusammensetzung der ZDF-Gremien auf Grund eines zu hohen Anteils staatlicher bzw. staatsnaher Vertreter fest.⁸ Die Gremienmitglieder haben hiernach fiduziarisch als Sachwalter der Allgemeinheit dafür Sorge zu tragen, dass Vielfalt im Programm gewährleistet ist, die unterschiedlichen gesellschaftlichen Strömungen und Gruppen angemessen zu Worte kommen, nicht aber soll ihr Mandat dahin gehen, die Interessen der jeweiligen gesellschaftlichen Gruppe zur Geltung zu bringen.⁹ Nachdem das Gericht etwa im WDR-Urteil dem Gesetzgeber weitgehende Prerogativen zugebilligt hatte, bis hin zur „Schwelle grober Verzerrung“,¹⁰ weist sein Urteil nun über die bisherige, weitgehend durch die Dominanz etablierter Verbände und Interessengruppen, gleichsam „ständisch“ geprägte Gruppenzusammensetzung der Rundfunkgremien deutlich hinaus, wenn es Gesichtspunkte des Wechsels und der Dynamik betont.¹¹ Der Gesetzgeber hat einer „Versteinerung“ entgegenzuwirken,¹² er hat „dafür zu sorgen, dass ... möglichst unterschiedliche Gruppen und dabei neben großen, das öffentliche Leben bestimmenden Ver-

* Der Bericht umfasst Rechtsprechung vorzugsweise der Obergerichte seit etwa 2012; soweit die Entscheidungen nach Randnummern zitiert sind, sind diese juris entnommen. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

1 BVerfG, 11. 9. 2007 – 1 BvR 2270/05 u. a., BVerfGE 119, 181.

2 Degenhart, BonnK, 2017, Art. 5 I und II Rn. 292.

3 BVerfG, 12. 3. 2008 – 2 BvF 4/03, BVerfGE 121, 30.

4 BVerfG, 5. 3. 2014 – 1 BvF 1/11, 4/11, BVerfGE 136, 9 = K&R 2014, 334.

5 S. z. B. Dörr/Holznapel/Picot, Legitimation und Auftrag des öffentlich-rechtlichen Fernsehens in Zeiten der Cloud, Rechtsgutachten im Auftrag des ZDF, 2016, auch abrufbar unter www.ZDF.de, im folgenden „Gutachten“, zitiert nach der Printversion.

6 So die Vorschläge aus der Staatskanzlei des Landes Sachsen-Anhalt, www.n-tv.de, abgerufen am 19. 12. 2017, s. dazu Degenhart, in: *themen&frequenzen*, herausgegeben von der Sächsischen Landesanstalt für privaten Rundfunk und neue Medien (SLM), Heft 3/2017 vom Dezember 2017.

7 Zu den Rundfunkentscheidungen des BVerfG s. Degenhart (Fn. 2), Art. 5 I und II Rn. 284 ff.

8 Degenhart, NVwZ 2010, 877, 879; Kühling, in: Gersdorf/Paal, *Informations- und Medienrecht*, 2014, Art. 5 GG Rn. 87.

9 BVerfG, 5. 3. 2014 – 1 BvF 1/11, 4/11, BVerfGE 136, 9 = K&R 2014, 334, Rn. 34 ff.; BVerfG, 5. 2. 1991 – 1 BvF 1/85, 4/85, BVerfGE 83, 238, 333.

10 BVerfG, 5. 2. 1991 – 1 BvF 1/85, 4/85, BVerfGE 83, 238, 333, 335.

11 Einen „dynamisierten Gruppenpluralismus“ auf der Gesellschaftsbank konstatiert zutr. Cornils, K&R 2014, 386, 392; s. auch Hesse/Schneider, NVwZ 2014, 881, 882.

12 BVerfG, 5. 3. 2014 – 1 BvF 1/11, 4/11, BVerfGE 136, 9 Rn. 68, 72, 73, 74.

bänden untereinander wechselnd auch kleinere Gruppierungen oder Institutionen, die nicht ohne Weiteres Medienzugang haben, Berücksichtigung finden und auch nicht kohärent organisierte Perspektiven abgebildet werden.“¹³

Anders als das Sondervotum missbilligt der Senat nicht generell die Einbeziehung staatsnaher Mitglieder in die Rundfunkgremien. In der Tat können diese durchaus relevante Funktionen erfüllen, sehen sie sich als Vertreter jener allgemeinen Interessen, die bei der ständisch geprägten Zusammensetzung der Rundfunkgremien aus Vertretern gesellschaftlicher Gruppen nicht hinreichend zu Wort kommen. Die Grenze wird bei einem Drittel der Gremienmitglieder gezogen; gefordert werden weiterhin ausreichende Regelungen der Inkompatibilität, auch für Personen, die für politische Parteien herausgehobene Verantwortung tragen. Im Übrigen bestätigt das BVerfG erneut den „klassischen Funktionsauftrag“ (nicht mehr: Grundversorgungsauftrag) des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im dualen System: „Er hat die Aufgabe, als Gegengewicht zu den privaten Rundfunkanbietern ein Leistungsangebot hervorzubringen, das einer anderen Entscheidungsrationale als der der marktwirtschaftlichen Anreize folgt und damit eigene Möglichkeiten der Programmgestaltung eröffnet.“¹⁴

b) Weitere Korrekturen

Das Gericht fordert weitere Korrekturen auch in der Bestimmung der Gremienmitglieder und ihrer rechtlichen Stellung. Die Entsendung von Mitgliedern des Fernsehrats unmittelbar durch die Ministerpräsidenten der Länder, wie dies nach der für verfassungswidrig erklärten Regelung in § 21 Abs. 4 i. V. m. Abs. 1 lit. r ZDF-StV ohne weitere Maßgaben der Fall war, ist mit dem Gebot der Staatsferne des öffentlich-rechtlichen Rundfunks unvereinbar. Es ist der Bestimmungsmodus, der das Verdikt der Verfassungswidrigkeit begründet. Da die Auswahlentscheidung hier nicht bei zivilgesellschaftlichen Gruppen oder staatsfernen Organisationen liegt, sondern unmittelbar bei der staatlichen Exekutive, genügt sie, so das BVerfG, nicht den Anforderungen an die Staatsferne der Gremienmitglieder, da für sie nicht in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise sichergestellt sei, dass sie in der gebotenen Distanz zum Staat stehen.¹⁵ Daraus folgt zum einen, dass für die „Gesellschaftsbank“ Staatsferne auch durch Inkompatibilitätsregelungen zu sichern ist.¹⁶ Daraus folgt auch zwingend, dass staatsferne Mitglieder nicht durch die Exekutive bestimmt werden dürfen, wie ja der Senat mehrfach betont, dass die Exekutive auf deren Bestellung keinen bestimmenden Einfluss haben darf.¹⁷

c) Konsequenzen

Mit dem 17. Rundfunkänderungsstaatsvertrag wurden die Vorgaben des BVerfG umgesetzt; der Forderung nach einer Dynamisierung in der Zusammensetzung des Fernsehrats des ZDF unter Einbeziehung auch gesellschaftlicher Bereiche mit geringerem Organisationsgrad wurde Rechnung getragen durch die in § 21 lit. q ZDF-StV benannten 16 Vertreter aus unterschiedlichen, den Ländern zugeordneten Bereichen – so z. B. einem Vertreter des Bereichs „Wissenschaft und Forschung“ aus dem Land Bremen oder einem Vertreter des Bereichs „Migranten“ aus dem Land Hessen. „Medienwirtschaft und Film“ sind Nordrhein-Westfalen zugeordnet, „Kunst und Kultur“ dem Saarland, der Bereich „inklusive Gesellschaft“ dem Land Rheinland-Pfalz und der Bereich „LSBTIQ“¹⁸ dem Frei-

staat Thüringen. Auch für die Rundfunkgesetze der Länder ergab sich aus dem Urteil Anpassungsbedarf.

3. Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – Paradigmenwechsel

a) Demokratieabgabe auf Raumeinheiten

Seit 2013 wird an Stelle der gerätebezogenen Rundfunkgebühr der Rundfunkbeitrag erhoben, im privaten Bereich für jede „Wohnung“, § 2 RBStV, und im nicht-privaten Bereich für jede „Betriebsstätte“, § 5 RBStV. Hier ist der Beitrag nach Beschäftigtenzahl degressiv gestaffelt; ob Rundfunkempfangsgeräte vorhanden sind, ist unerheblich; auch Betriebsstätten, in denen der Rundfunkempfang den Beschäftigten untersagt ist und auch über das Internet keine Rundfunkteilnahme möglich ist, sind beitragspflichtig. Von einigen wenigen sozialstaatlich motivierten Ausnahmen ist die gesamte Bevölkerung, teilweise mehrfach, beitragspflichtig – was anstattseitig mit dem Wort vom Rundfunkbeitrag als „Demokratieabgabe“¹⁹ erklärt wurde.

b) Vorteilsausgleich und Typisierung – affirmative Verwaltungsrechtsprechung

Auch wer bewusst auf Fernsehen verzichtet, muss nunmehr den vollen Beitrag entrichten. Konvergenz der Medien und zunehmende Vollzugsdefizite²⁰ bei der gerätebezogenen Rundfunkgebühr („Schwarzseher“) wurden als Grund für die Notwendigkeit einer Neuordnung genannt.²¹ Im Schrifttum wird der Rundfunkbeitrag deshalb teilweise als – kompetenzwidrige – Steuer und nicht als Beitrag gesehen, da es an dem für den Beitrag in finanzverfassungsrechtlichem Sinn wesentlichen Kriterium des individualisierbaren Vorteils²² fehle.²³ Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte²⁴ sowie der Verfassungsgerichte von

13 BVerfG, 5. 3. 2014 – 1 BvF 1/11, 4/11, BVerfGE 136, 9 = K&R 2014, 334, Rn. 39.

14 BVerfG, 5. 3. 2014 – 1 BvF 1/11, 4/11, BVerfGE 136, 9, Rn. 31.

15 BVerfG, 5. 3. 2014 – 1 BvF 1/11, 4/11, BVerfGE 136, 9, Rn. 94.

16 BVerfG, 5. 3. 2014 – 1 BvF 1/11, 4/11, BVerfGE 136, 9, Rn. 76, 96.

17 BVerfG, 5. 3. 2014 – 1 BvF 1/11, 4/11, BVerfGE 136, 9, Rn. 66, 94 ff.

18 Lesbische, Schwule, Bisexuelle, Transsexuelle, Transgender, Intersexuelle und queere Menschen.

19 In dieses Bild passt, wenn einer der Autoren des Cloud-Gutachtens (Fn. 5) in der Kritik des Systems der Gebühren- bzw. Beitragsfinanzierung einen Angriff auf die Grundlagen unserer freiheitlich-demokratischen Ordnung sah.

20 Vgl. zum Kriterium des strukturellen Vollzugsdefizits bei Abgabennormen BVerfG, 9. 3. 2004 – 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94, 115.

21 Kirchhof, Gutachten, über die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, erstattet im Auftrag der ARD, des ZDF und von Deutschlandradio, 2010, S. 12 ff. unter dem Gesichtspunkt der Belastungsgleichheit; vgl. ferner Schneider, in: Binder/Vesting, Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, vor RBStV Rn. 6.

22 Vgl. Waldhoff, HStR V, 3. Aufl. 2007, § 116 Rn. 90; Kirchhof (Fn. 21).

23 Für Steuer im finanzverfassungsrechtlichen Sinn Koriath//Koemm, DStR 2013, 833, 834; Terschüren, Die Reform der Rundfunkfinanzierung in Deutschland, 2013, bes. S. 99 ff., 142 f.; Séché, NVwZ 2013, 683; Geuer, CR 2013, 156; Bölek, NVwZ 2014, 266; Exner/Seifarth, NVwZ 2013, 1569; Siekmann, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, vor Art. 104 a Rn. 117 ff.; Degenhart, HFR – www.humboldt-forum-recht.de – 7/2013 Rn. 21 ff.; ders., K&R 2013, Beihefter zu H. 3; Pagenkopf, NJW 2016, 2535; Wiemers, GewA 2011, 110; Winkler, K&R 2016, 478; für Beitrag Kube, Der Rundfunkbeitrag, S. 32 f.; unentschieden, wenn gleich – ohne nähere Sachauseinandersetzung – zur Annahme eines „noch“ zulässigen Beitrags neigend Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, 19. Aufl. 2016, Rn. 116 f., dabei aber ersichtlich auf die „Haushaltspauschale“ bzw. Betriebsstättenabgabe abstellend; offengelassen bei Kloepfer, Finanzverfassungsrecht, 2014, Rn. 2.19.; für sachkompetenzimplizite Abgabe Gersdorf, in: Gersdorf/Paal (Fn. 8), § 1 RBeitrStV Rn. 4; für Beitrag Schneider, in: Binder/Vesting (Fn. 21), vor RBStV Rn. 49 ff.; Bosman, K&R 2012, 6, 9; Bornemann, K&R 2012, 557.

24 Für den privaten Bereich BVerwG, 18. 3. 2016 – 6 C 6.15, BVerwGE 154, 275 = K&R 2016, 538; für den nicht privaten Bereich BVerwG, 7. 12. 2016 – 6 C 49.15 und Parallelentscheidungen, BVerwGE 156, 358, vorgehend BayVG, 30. 10. 2015 – 7 BV 15.344, ZUM-RD 2016, 410.

Bayern und Rheinland-Pfalz²⁵ bejaht Beitragsqualität und sieht in der Möglichkeit des Rundfunkempfangs einen beitragsmäßig abzugelenden Sondervorteil, wobei über Einwände auf Grund teilweiser Mehrfachbelastung²⁶ mit dem Hinweis auf die Befugnis des Gesetzgebers zur Pauschalierung und Typisierung hinweggegangen wird. Hiernach soll es dem Gesetzgeber offenstehen, vom „allein lebenden ‚Medienverweigerer‘, über die ‚typische‘ Familie bis hin zur ‚medienaffinen‘ Wohngemeinschaft“ den gleichen Beitragsvorteil zu fingieren und demgemäß die gleiche Beitragsbelastung anzuordnen;²⁷ gleiches gelte für Betriebsstätten etwa des Einzelhandels, die in keiner Weise zum Rundfunkempfang bestimmt sind.²⁸ Das BVerwG bejaht hier vielfältige betriebliche Vorteile aus dem öffentlich-rechtlichen Rundfunkangebot, da der Betriebsinhaber die bei ihm vermuteten Rundfunkempfangsgeräte zur Information und Unterhaltung seiner Mitarbeiter und Kunden und „zur Erledigung betriebsbezogener Aufgaben“²⁹ nutzen könne; dies vermutet es schon deshalb, weil in nahezu allen Unternehmen („Betriebsstätten“) PC-Anschlüsse vorhanden seien, über die auch Rundfunk empfangen werden könne. Diese Vermutungen werden durch die betriebliche Realität schwerlich erhärtet. Von der nahezu einhellig die Verfassungskonformität des Rundfunkbeitrags sowohl in kompetenzieller als auch in materiell-grundrechtlicher Hinsicht bestätigenden Rechtsprechung hebt sich ein Urteil des BVerwG vom 27. 9. 2017³⁰ ab, in dem die Beitragspflicht für nicht mit Rundfunk bzw. Internet ausgestattete Zimmer in Hotels abgelehnt wird. Die Erhebung des zusätzlichen Beitrags vom Betriebsstätteninhaber ist hiernach verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt, soweit dieser seinen Gästen eine Möglichkeit der Nutzung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in den Hotelzimmern etc. zur Verfügung stelle. Für die anderen erweise sich die Beitragsregelung als verfassungswidrig, weil der Gesetzgeber ihnen nicht den Nachweis ermöglicht habe, dass ihre Zimmer nicht mit Empfangsgeräten oder einem geeigneten Internetzugang ausgestattet seien. Dies gilt für jene Hotelbetriebe insbesondere im low-budget-Sektor, deren Geschäftsmodell gerade nicht auf der Ausstattung der Zimmer mit Fernsehen etc., vielmehr auf dem Fehlen derartiger Ausstattungsmerkmale beruht.

c) Anhängige Verfahren

In den anhängigen Verfahren vor dem BVerfG wird u. a. zu klären sein, ob der Rundfunkbeitrag für Zweitwohnungen eine verfassungswidrige Mehrfachbelastung darstellt,³¹ denn der Inhaber der Zweitwohnung leistet bereits für die Erstwohnung seinen Beitrag für die Teilhabe am Rundfunk bzw. die Möglichkeit hierzu. Ebenso wird zu klären sein, welche spezifischen, beitragsmäßig abzugelenden Vorteile sich für die Inhaber von Betriebsstätten aus der Möglichkeit des Rundfunkempfangs durch die Beschäftigten ergeben und ob die Belastung mit zusätzlichen Rundfunkbeiträgen für betrieblich genutzte Kraftfahrzeuge gleichheitskonform ist. Dass der einzelne Beitragsschuldner sich nicht auf Programmdefizite und Fehlentwicklungen beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk berufen kann, bekräftigt u. a. das OVG Münster in einem Urteil vom 11. 7. 2017.³²

d) Sozialstaatliche Befreiungstatbestände

Zur Rundfunkgebühr nach RGebStV sah das BVerfG in einer Kammerentscheidung vom 9. 11. 2011³³ die Schlechterstellung eines Rentners mit einem nur geringfügig über

den Regelsätzen nach SGB II und SGB XII liegenden Einkommen gegenüber Empfängern dieser Sozialleistungen als nicht gerechtfertigt unter Betonung auch des Rundfunkempfangs als Element des sozialen Existenzminimums.³⁴ Zum Rundfunkbeitrag nach RBStV sieht das BVerwG in einem weiteren Urteil vom 27. 9. 2017³⁵ die Privilegierung gemeinnütziger Einrichtungen der Altenhilfe nach § 5 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 RBStV als gleichheitskonform, da sich die damit verbundenen, umverteilungsbedingten Belastungen nichtprivilegierter Einrichtungen „in engen Grenzen halten.“

4. Von der Grundversorgung über den Funktionsauftrag zur strukturellen Diversifikation

a) „Dienende Freiheit“

Mit der Bestätigung des „klassischen Funktionsauftrags“ im ZDF-Urteil³⁶ – man kann hier von einem Prinzip der strukturellen Diversifikation sprechen³⁷ – wird auch die grundrechtliche Sonderdogmatik für die Rundfunkfreiheit als einer „dienenden Freiheit“ beibehalten.³⁸ Sie wird allerdings im Schrifttum nicht mehr uneingeschränkt geteilt und durchaus kritisch hinterfragt.³⁹

b) Rundfunkauftrag und Tagesschau-App

Für Telemedien wurde mit dem 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 18. 12. 2008 in § 11 d RStV dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk ein gesetzlicher Auftrag erteilt,⁴⁰ ohne dass dies notwendig gleichbedeutend wäre mit einem originär-verfassungsrechtlichen Online-Auftrag. Dieser dürfte eine Rolle spielen im Verfahren um die Tagesschau-App, sollte das BVerfG damit befasst werden. Das LG Köln hat mit Urteil vom 27. 9. 2012⁴¹ die Tagesschau-App vom 15. 6. 2011 für wettbewerbswidrig erklärt. Es sah im Angebot dieses Tages einen Verstoß gegen das Verbot nichtsendungsbezogener presseähnlicher Angebote in § 11 d Abs. 2 Nr. 3 letzter Halbsatz RStV und wertet dieses Verbot als zweifelsfreie Marktverhaltensregelung im Sinn des § 4 Nr. 11 UWG. Das OLG Köln⁴² sah sich demgegenüber außerstande, einen Wettbewerbsverstoß festzustellen. Denn es sah sich an einer

25 BayVerfGH, 15. 5. 2014 – Vf. 8-VII-12, Vf. 24-VII-12, NJW 2014, 3215 Rn. 68 ff.; VerfGH RhPf, 13. 5. 2014 – VG B 35/12, DVBl 2014, 842 Rn. 89 ff.

26 Vgl. für Zweitwohnungen *Korioth/Koemm*, DStR 2012, 833; *Gersdorf*, in: *Gersdorf/Paal* (Fn. 8), § 1 RBeitrStV Rn. 5.

27 BayVerfGH, 15. 5. 2014 – Vf. 8-VII-12, 14-VII-12, NJW 2014, 3217 Rn. 110.

28 Vgl. *Degenhart*, HFR – www.humboldt-forum-recht.de – 7/2013 Rn. 21 ff.; *ders.*, K&R 2013, Beihefter zu H. 3; *Gersdorf*, in: *Gersdorf/Paal* (Fn. 8), § 1 RBeitrStV Rn. 3.

29 BVerwG, 7. 12. 2016 – 6 C 12.15, BVerwGE 156, 358 unter Rn. 68.

30 BVerwG, 27. 9. 2017 – 6 C 32.16.

31 Vern. BVerwG, 25. 1. 2017 – 6 C 15.16, Rn. 51, juris.

32 OVG Münster, 11. 7. 2017 – 2 A 2260/15.

33 BVerfG, 9. 11. 2011 – 1 BvR 665/10, BVerfGE 129, 181; hierauf bezugnehmend VG Saarland, 6. 10. 2017 – 6 K 1258/15, juris.

34 I. S. v. BVerfG, 2. 3. 2010 – 1 BvR 256/08 u. a., BVerfGE 125, 175, 228.

35 BVerwG, 27. 9. 2017 – 6 C 34/16.

36 BVerfG, 25. 3. 2014 – 1 BvF 1/11, 4/11, BVerfGE 136, 9 Rn. 31; s. auch E 114, 371, 397; 119, 181, 217 – vgl. o. I. 2. a).

37 *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 34 ff., 67 ff.; *Eifert*, ZUM 1999, 595, 596 ff.; *Trute*, in: *VVDStRL* 57, 1998, S. 216, 230 ff.

38 Vgl. *Degenhart* (Fn. 2), Art. 5 I und II Rn. 41, 280 ff.

39 *Hartmann*, JZ 2016, 18; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 54 ff.; *Kühling*, in: *Gersdorf/Paal* (Fn. 8), Art. 5 GG Rn. 46; *Schoch*, JZ 2002, 798 ff.

40 *Held*, in: *Binder/Vesting* (Fn. 21), § 11 d RStV Rn. 1.

41 LG Köln, 27. 9. 2012 – 31 O 360/11, K&R 2012, 769 ff.

42 OLG Köln, 20. 12. 2013 – 6 U 188/12, K&R 2014, 127; s. dazu *Degenhart*, AfP 2014, 107 ff.; ferner *Hain*, AfP 2016, 11.

Prüfung der Vereinbarkeit des ganz konkreten Angebots eines ganz bestimmten Tages, der Tagesschau-App vom 15. 6. 2011 dadurch gehindert, dass in einem Schreiben der Niedersächsischen Staatskanzlei als der Rechtsaufsichtsbehörde vom 17. 8. 2010 keine Einwände gegen das Internet-Portal „tagesschau.de“ erhoben worden seien, nachdem dieses Angebot den Dreistufentest nach § 11 f RStV durchlaufen habe.⁴³

Das Angebot der „Tagesschau-App“ hatte bereits das LG als hiermit identisch gesehen. Nach Auffassung des OLG Köln sollte ein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG dann ausscheiden, wenn die zuständige Verwaltungsbehörde einen Verwaltungsakt erlassen hat, durch den ein bestimmtes Marktverhalten eines Unternehmers ausdrücklich erlaubt wurde. In diesem Fall sei das Verhalten so lange als rechtmäßig anzusehen, wie der Verwaltungsakt wirksam sei.⁴⁴ Einen Verwaltungsakt dieses Inhalts sah das OLG in der „Freigabe“ des vom Rundfunkrat der beklagten Anstalt beschlossenen Telemedienkonzepts durch die Rechtsaufsichtsbehörde.⁴⁵ Die „Legalisierungswirkung“ des Dreistufentests erfasse nicht nur das „Konzept“ von tagesschau.de und das mit nach Auffassung des Gerichts identische Angebot der „Tagesschau-App“, sondern auch dessen einzelne Folgen.⁴⁶ Der Dreistufentest, die Bewertung des Telemedienangebots durch den Rundfunkrat und dessen Prüfung durch die Rechtsaufsichtsbehörde und anschließende Veröffentlichung als staatlicher Betrauungsakt bezogen sich jedoch auf das Konzept des Angebots, nicht auf konkrete Inhalte seiner einzelnen Ausgaben. Schon deshalb lag kein „genehmigtes Marktverhalten“⁴⁷ vor. Zutreffend stellt der BGH im Urteil vom 30. 4. 2015⁴⁸ klar, dass die Beurteilung eines Telemedienkonzepts als nicht presseähnlich durch das zuständige Gremium (§ 11 f Abs. 4 bis 6 RStV) und die Freigabe dieses Telemedienkonzepts durch die Rechtsaufsichtsbehörde (§ 11 f Abs. 7 RStV) keine Tatbestandswirkung für die Beurteilung der Presseähnlichkeit eines konkreten Telemedienangebots entfalten. Der BGH entwickelt auch Kriterien für die Beurteilung der Presseähnlichkeit. Als Indiz hierfür ist es insbesondere zu werten, wenn bei einem Telemedienangebot Texte und stehende Bilder überwiegen.⁴⁹

Das Kriterium des Sendungsbezugs wird vom OLG Köln im Urteil vom 30. 6. 2016⁵⁰ – nach Zurückverweisung – dann dahingehend konkretisiert, dass der zeitliche und inhaltliche Bezug des Beitrags zu einer bestimmten Sendung ausgewiesen sein muss; zur Presseähnlichkeit wird ergänzend ausgeführt, dass Hyperlinks auf andere Inhalte diese nicht entfallen lassen. Das OLG betont auch im Ergebnis zu Recht, dass verfassungsrechtliche Bedenken gegen das Verbot nicht sendungsbezogener Telemedien nicht bestehen.⁵¹ Dem ist zuzustimmen; es handelt sich hier um eine verfassungskonforme Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit durch Konkretisierung des Rundfunkauftrags. Das Verbot nicht sendungsbezogener presseähnlicher Telemedienangebote nach § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV wird vom BGH als Marktverhaltensregelung i. S. v. § 4 Nr. 11 UWG (jetzt: § 3 a UWG) eingestuft.⁵² Nachdem die Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH mit Beschluss vom 14. 12. 2017 – I ZR 2016/16 zurückgewiesen wurde, wurde vom NDR Verfassungsbeschwerde eingelegt.

c) Funktionsauftrag und Internet

Ein spezifischer Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Internet wird vor allem daraus begründet, dass er – über entsprechende qualitative Standards

hinaus – Glaubwürdigkeit in fragmentierten Informationsmärkten vermittelt, dem Nutzer in der „unüberschaubaren Überfülle des Internet“ Transparenz und Orientierung sowie Hilfestellung bieten müsse.⁵³ Dass, nachdem zunächst der Mangel an Informationsangeboten eine Sonderordnung erforderlich machte, ein Überangebot zum gleichen Ergebnis führen soll, überzeugt nicht. Nicht tragfähig ist die Erwägung, der öffentlich-rechtliche Rundfunk leiste deshalb einen unverzichtbaren Beitrag zur Meinungsbildung, weil er die Vielfalt der Meinungen konzentriert präsentiere, der Bürger, dem nur eine begrenzte Zeit zur Verfügung stehe, „müsse sie dann nicht selbst zusammensuchen“.⁵⁴ Damit würden die Unterschiede zwischen Internetaufnutzung und klassischen Fernsehkonsum verkannt. Der Rezipient ist hier durchaus in der Lage, die Vielfalt der Informationsangebote zu nutzen, ohne dass eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt sie ihm „konzentriert“ präsentieren müsste.

d) „Fernsehen im Zeichen der Cloud“

Noch weitergehende Vorstellungen werden aus öffentlich-rechtlicher Sicht für „Fernsehen im Zeichen der Cloud“ entwickelt.⁵⁵ Cloud TV, so die Gutachter des ZDF, bildet die nächste Generation des Fernsehens, nach Terrestrik, Kabel und Satellit und digitalem Fernsehen, und bedeutet, dass herkömmliches, lineares Programmfernsehen, Video on demand, Telemedien und begleitende Dienste wie social media vom Nutzer jederzeit und überall – breitbandige Internetkonnektivität vorausgesetzt – abgerufen werden können, er jederzeit auf Programme, Mediatheken und Dienste aller Art zugreifen kann. In der Konsequenz wird u. a. die beitragsfinanzierte Erstellung eigener Online-Inhalte für eigene Plattformen, ebenso wie eine intensivierte Präsenz auf Drittplattformen und eine „Flexibilisierung“ der Verweildauer öffentlich-rechtlicher Inhalte in den Mediatheken der Anstalten gefordert. Es geht also darum, die Bestands-, Entwicklungs- und Finanzierungsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk auf die Dienste der „Cloud“ auszuweiten. Wenn die Rechtsprechung diese Funktionsgarantie aus „Aktualität, Suggestivkraft“⁵⁶ und Breitenwirkung⁵⁷ des „bewegten Bil-

43 OLG Köln, 20. 12. 2013 – 6 U 188/12, K&R 2014, 127 ff. = juris, Rn. 43, 46.

44 OLG Köln, 20. 12. 2013 – 6 U 188/12, K&R 2014, 127 ff. = juris, Rn. 39 unter Verweis auf BGH, 23. 6. 2005 – I ZR 194/02, BGHZ 163, 265 – Atemtest.

45 OLG Köln, 20. 12. 2013 – 6 U 188/12, K&R 2014, 127 ff. = juris, Rn. 40.

46 OLG Köln, 20. 12. 2013 – 6 U 188/12, K&R 2014, 127 ff. = juris, Rn. 50 f.

47 I. S. v. BGH, 23. 6. 2005 – I ZR 194/02, BGHZ 163, 265 – Atemtest, Rn. 17, juris, unter Verweis auf BGH, 11. 10. 2001 – I ZR 172/99, GRUR 2002, 269, 270 – Sportwetten-Genehmigung.

48 BGH, 30. 4. 2015 – I ZR 13/14, BGHZ 205, 195 = K&R 2015, 798, Rn. 33, 45.

49 BGH, 30. 4. 2015 – I ZR 13/14, BGHZ 205, 195 = K&R 2015, 798, Rn. 62.

50 OLG Köln, 30. 6. 2016 – I-6-U 188/12, K&R 2016, 749, Rn. 32 f.

51 OLG Köln, 30. 6. 2016 – I-6-U 188/12, K&R 2016, 749, Rn. 109.

52 BGH, 30. 4. 2015 – I ZR 13/14, BGHZ 205, 195 = K&R 2015, 798, Rn. 52; zu Marktverhaltensregelungen im Recht der Medien s. Degenhart, AfP 2014, 107 ff.

53 So Holznel, Der Funktionsauftrag des Zweiten Deutschen Fernsehens, 1999, S. 119 ff., für das ZDF und ebenso jetzt Dörr/Holznel/Picot (Fn. 5), S. 40 f.

54 So aber Papier/Schröder, epd medien 2010, Nr. 60 S. 16 ff.

55 Dörr/Holznel/Picot (Fn. 5).

56 BVerfG, 11. 9. 2007 – 1 BvR 2270/05 u. a., BVerfGE 119, 181, 215.

57 BVerfG, 27. 7. 1971 – 2 BvF 1/68, 2 BvR 702/68, BVerfGE 31, 314, 325; BVerfG, 22. 2. 1994 – 2 BvL 30/88, BVerfGE 90, 60, 87; BVerfG, 17. 2. 1998 – 1 BvL 1/91, BVerfGE 97, 228, 256; BVerfG, 24. 1. 2001 – 1 BvR 2623/95, 622/99, BVerfGE 103, 44, 74; BVerfG, 26. 10. 2005 – 1 BvR 396/98, BVerfGE 114, 371, 387; BVerfG, 11. 9. 2007 – 1 BvR 2270/05 u. a., BVerfGE 119, 181, 215 – näher Lent, Rundfunk-, Tele- und Mediendienste, 2001, S. 40 ff., 75 ff.

des“ und der hieraus resultierenden besonderen Meinungsmacht vor allem des Fernsehens ableitet, so bedürfte es des Nachweises entsprechender Meinungsmacht auch für die neu beanspruchten Tätigkeitsfelder und es bedürfte des Nachweises, dass auf die neuen Entwicklungen zwingend mit der Ausweitung öffentlich-rechtlicher Angebote und durch öffentlich-rechtliche Anstalten zu reagieren ist.

e) Soziale Netzwerke

Eine Auftragsdefinition für Online-Aktivitäten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die notwendig auch konkretisierende Begrenzungen umfasst, bedeutet eine Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit, für die dem Gesetzgeber Gestaltungsspielraum zuzuerkennen ist, wie im Blick auf Art. 10 EMRK der österreichische Verfassungsgerichtshof in einer Entscheidung aus 2013 ausführt: Das Verbot des Bereitstellens eines sozialen Netzwerks liegt hiernach innerhalb dieses Gestaltungsspielraums, der dem Gesetzgeber gerade für wettbewerbsintensive Bereiche wie dem der Online-Aktivitäten von Rundfunkveranstaltern zukommt.⁵⁸ Es ist sachlich gerechtfertigt und entspricht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass der ORF kein soziales Netzwerk in dem Sinn bereitstellen darf, dass er selbst als Veranstalter dieses Netzwerks auftritt. Demgegenüber wird der Auftritt mit einer eigenen Unternehmensseite in sozialen Netzwerken als zulässig erachtet.⁵⁹

5. Kultureller Auftrag – BR-Klassik

Um den klassischen Auftrag ging es im Verfahren um das Hörfunkprogramm „Bayern Klassik“. Es war geplant, das Programm 2018 auf UKW abzuschalten und es nur noch digital auf DABplus auszustrahlen. Seinen Sendeplatz auf UKW sollte ein bisher digital ausgestrahltes Jugendprogramm einnehmen, das als das „junge Programm des Bayerischen Rundfunks“ beschrieben wird, „und zwar in echt. Musik, die so kein anderer Sender spielt. Mitmachen über die Smartphone-App...“.⁶⁰ Dergestalt solle einem „Generationenabriss“ bei den Rundfunkteilnehmern begegnet werden⁶² – was insofern nicht auf den ersten Blick einleuchtet, da es an sich näher läge, ein Programm, dessen Zielpublikum die Generation der „digital natives“ ist, auch digital zu verbreiten. Wenn nun das Klassikprogramm nicht mehr für das gesamte Publikum erreichbar ist, ist dies eine Frage auch der kulturellen Verantwortung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Element seines Grundversorgungsauftrags.⁶³ Hinzu kommt, dass die analoge Verbreitung eines bisher ausschließlich digital verbreiteten Programms nach der expliziten Regelung des § 19 S. 3 RStV i. d. F. des 12. RÄndStV unzulässig ist. Und schließlich lautet § 11 c Abs. 2 S. 4 RStV, eingefügt durch den 12. RÄndStV: „Der Austausch eines in digitaler Technik verbreiteten Programms gegen ein in analoger Technik verbreitetes Programm ist nicht zulässig“. Im Widerspruch hierzu bestimmt jedoch Art. 2 Abs. 4 BR-G in der seit 1. 1. 2010 geltenden Fassung: „Der Austausch eines in digitaler Technik verbreiteten Hörfunkprogramms gegen ein in analoger Technik verbreitetes Hörfunkprogramm ist zulässig, wenn die Anzahl der analogen Hörfunkprogramme nicht vergrößert wird und dadurch insgesamt keine Mehrkosten entstehen“. Nach der lex-posterior-Regel würde dann letztere Bestimmung gelten, doch dürfte die staatsvertragliche Regelung nach dem die Qualität eines ungeschriebenen Rechtssatzes des Bundesverfassungsrechts aufweisenden Rechtssatz des „pacta sunt servanda“ als Bestandteil des Staatsvertragsrechts⁶⁴ Vorrang genießen. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof,⁶⁵ auch hierin staatstragend wie der Bayerische

Rundfunk selbst, verneint jedoch den Normwiderspruch unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte: Angesichts des von den Ländern gesteckten Ziels der Digitalisierung der Übertragungswege sollten Programme, die ausschließlich digital gestartet worden seien, nicht nachträglich als analoges Angebot verbreitet werden.⁶⁶ Er führt weiter aus: „Der nächste und letzte Satz der amtlichen Begründung zu der hier maßgeblichen Regelung für Hörfunkprogramme hat folgenden Wortlaut: ‚Dies wäre nur gegen Verzicht auf ein bestehendes Analogprogramm möglich‘“. In methodischer Nonchalance wird hier aus einem im Konjunktiv gehaltenen Nebensatz der amtlichen Begründung auf einen den Intentionen der Vertragsparteien und dem Wortlaut der Norm konträren Willen des Gesetzgebers geschlossen. Auch für ein Verfassungsgericht gilt, dass der Wortlaut der Norm Grenze der Auslegung ist. Zum Jahresende 2017 gab jedoch der Bayerische Rundfunk überraschend bekannt, das Vorhaben aufzugeben, BR Klassik also weiter auf UKW auszustrahlen.

6. Rundfunkverbreitung – öffentlich-rechtliche Pflichtprogramme

Rundfunkfreiheit ist auch Freiheit der rundfunkmäßigen Verbreitung,⁶⁷ ob terrestrisch, via Kabel, über Satellit oder Internet. Must-carry-rules wie § 52 Abs. 1 S. 1 RStV konstituieren eine spezifische eigentumsgrundrechtliche Sozialpflichtigkeit des Eigentums der Betreiber von Kabelanlagen⁶⁸ bzw. Plattformen,⁶⁹ die zur Aufrechterhaltung des Pluralismus gerechtfertigt sein kann,⁷⁰ jedoch im Lichte der Grundrechte der Betreiber aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG sowie der grundsätzlichen Verfassungsentscheidung für Privatwirtschaftlichkeit in Art. 87 f GG zu sehen ist. Die must-carry-Regelung nach § 52 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RStV für Fernsehprogramme bzw. nach Nr. 2 für Hörfunkprogramme bedeutet eine Privilegierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, zumal eine Einspeisung gesetzlich nicht vorgesehen ist.⁷¹ Die Übertragungspflicht ist, wie der Kartellsenat des BGH im Urteil vom 16. 6. 2015⁷² entschied, nicht unzumutbar i. S. v. Art. 31 Abs. 1 UDRL und bedeutet keine unverhältnismäßige Eigentumsbindung i. S. v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Demgemäß entschied der BayVGH im Beschluss vom 3. 3. 2016,⁷³ dass die Einspeisungspflicht gemäß Art. 36

58 VerfGH Wien, 27. 6. 2013 – G 34/2013, juris.

59 VerfGH Wien, 6. 3. 2014 – B 1035/2013, juris.

60 S. hierzu Degenhart, BayVBl 2015, 545 ff.

61 www.br.de, aufgerufen am 27. 3. 2014.

62 Pressemitteilung vom 8. 4. 2014 – <http://www.presseportal.de/pm/7560>.

63 BVerfG, 5. 3. 2014 – 1 BvF 1/11, 4/11, BVerfGE 136, 9 = K&R 2014, 334 Rn. 37, unter Verweis auf BVerfG, 4. 11. 1986 – 1 BvF 1/84, BVerfGE 73, 118, 158; BVerfGE 119, 181, 218.

64 BVerwG, 5. 2. 1976 – VII A 1.76, BVerwGE 50, 124 Rn. 38 bei juris.

65 BayVerfGH, 17. 7. 2017 – Vf. 9-VII-15.

66 BayVerfGH, 17. 7. 2017 – Vf. 9-VII-15, Rn. 64.

67 BVerfG, 4. 11. 1986 – 1 BvF 1/84, BVerfGE 73, 118, 196 ff.; BVerfG, 5. 2. 1991 – 1 BvF 1/85, 4/85, BVerfGE 83, 238, 322 ff.

68 S. dazu näher Bauer, Netz und Nutzung, 2004, S. 146 ff.

69 Jahn, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 52 b RStV Rn. 2; zu weitgehend Hahne, Kabelbelegung und Netzzugang, 2003, S. 43 ff.; Buch/Assion, in: Binder/Vesting (Fn. 21), § 51 b RStV Rn. 17; differenzierend demgegenüber Bauer (Fn. 68), S. 87 ff.; vgl. auch LG Stuttgart, 20. 1. 2013 – 11 O 215/12, ZUM-RD 2014, 224, 243; Inhalts- und Schrankenbestimmung; grundsätzlich jetzt BGH, 16. 6. 2015 – KZR 83/13, BGHZ 205, 355 Rn. 28 ff.; VG Leipzig, 20. 11. 2015 – 1 K 315/13 Rn. 74.

70 EuGH, 13. 12. 2007 – C-250/06.

71 LG Stuttgart, 20. 3. 2013 – 11 O 215/12, ZUM-RD 2014, 224, 243; OLG Düsseldorf, 21. 5. 2014 – VI U (Kart) 13/16, ZUM-RD 2015, 166; BGH, 16. 6. 2015 – KZR 83/13, BGHZ 205, 355 = K&R 2015, 582 Rn. 22 ff.

72 BGH, 16. 6. 2015 – KZR 83/13, BGHZ 205, 355 = K&R 2015, 582 Rn. 26 f.

73 BayVGH, 3. 3. 2016 – 7 CE 15.1741, K&R 2016, 288.

Abs. 1 S. 1 BayMG unabhängig von einer vorgehenden vertraglichen Vereinbarung besteht.⁷⁴ Dass das Bildungsprogramm BR alpha auch nach der Umbenennung in ard alpha als ein gesetzlich für Bayern bestimmtes Programm anzusehen sein soll,⁷⁵ vermag demgegenüber nicht zu überzeugen – es mag sich um dasselbe Programm handeln, aber es wird eben als ARD-Programm veranstaltet und verbreitet. Eine Pflicht der öffentlich-rechtlichen Anstalten zum Abschluss eines Einspeisungsvertrags für Pflichtprogramme verneint auch das OVG Münster mit Urteil vom 19. 10. 2017.⁷⁶

II. Privater Rundfunk

1. Zulassungsentscheidung – Grundrechtsberechtigung

Den Grundrechtsschutz des Rundfunkveranstalters bzw. -anbieters im Stadium der Bewerbung um eine Rundfunkzulassung⁷⁷ bekräftigt das BVerwG im Urteil vom 31. 5. 2017.⁷⁸ Hiernach darf der Gesetzgeber der jeweiligen Landesmedienanstalt einen begrenzten, gesetzlich vorkonstruierten Entscheidungsspielraum für den Fall, dass eine Auswahlentscheidung erforderlich wird, einräumen.⁷⁹ Dabei ist der Rundfunkfreiheit der Bewerber auch hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Grundlagen Rechnung zu tragen.⁸⁰ Mit der Feststellung, das Grundrecht der Rundfunkfreiheit stehe allen zugelassenen Rundfunkveranstaltern und allen Bewerbern um eine Rundfunklizenz ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform sowie den kommerziellen oder nichtkommerziellen Charakter ihrer Betätigung zu und dies gelte uneingeschränkt auch für die bayerischen Programmanbieter bzw. für die Bewerber um eine Lizenz nach dem bayerischen Landesmedienrecht ungeachtet der öffentlich-rechtlichen Trägerschaft nach Art. 111 Abs. 2 S. 1 BayVerf, bringt das BVerwG im Urteil vom 31. 5. 2017⁸¹ erneut zum Ausdruck, dass die Programmanbieter entgegen der Auffassung der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM) nicht auf eine nachrangige Grundrechtsberechtigung⁸² verwiesen werden dürfen. Hatte die BLM in der Vergangenheit noch ein Grundrechtsmonopol beansprucht,⁸³ so steht nunmehr fest, dass einer Landesmedienanstalt im Verhältnis zu den grundrechtsberechtigten Bewerbern um Zulassung zum Rundfunk ein eigener bundesverfassungsrechtlicher Grundrechtsschutz, der im Wege der Herstellung praktischer Konkordanz berücksichtigt werden müsste, nicht zukommt.⁸⁴

2. Widerruf

a) Widerrufsgründe

Den denkbar intensivsten rechtsaufsichtlichen Eingriff in die Rechte der Rundfunkveranstalter bewirkt der Widerruf einer rundfunkrechtlichen Genehmigung. Demgemäß fordert § 38 Abs. 4 Nr. 1 lit. b RStV wiederholte schwerwiegende Verstöße gegen gesetzliche Bestimmungen, um den Widerrufsgrund der rundfunkrechtlichen Unzuverlässigkeit zu begründen; auch dies unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit.⁸⁵ Die Gründe hierfür müssen in ihrem Gewicht den Gründen für eine Versagung der Genehmigung entsprechen; eine Änderung der Teilnehmungsverhältnisse kann nur dann einen Widerruf rechtfertigen, wenn hierdurch Meinungsvielfalt „in einer Weise verkürzt würde, dass die Fortsetzung auch nur für die Restlaufzeit der Genehmigung nicht mehr hinnehmbar wäre“⁸⁶ – so das BVerwG in seinem Urteil vom 11. 7. 2012,⁸⁷ in dem es den Widerruf einer rundfunkrechtlichen Anbieterzulassung nach BayMG durch die Bayeri-

sche Landeszentrale wegen geänderter Teilnehmungsverhältnisse für rechtswidrig erklärte. Die BLM hatte den Widerruf auf ihre Fernsehsetzung gestützt; hierin sah das BVerwG keine hinreichende Rechtsgrundlage. Ein so intensiver Grundrechtseingriff wie der Widerruf einer Genehmigung, eine so wesentliche Grundrechtsfrage muss unmittelbar vom Gesetzgeber entschieden werden,⁸⁸ zumal hier von einem Fall der Grundrechts-Ausgestaltung, der die Entscheidung des Gesetzgebers verzichtbar erscheinen ließe,⁸⁹ keine Rede sein kann.

Demgegenüber sieht der BayVGH in einem Beschluss vom 6. 11. 2017⁹⁰ den nach § 38 Abs. 4 Nr. 1 RStV zwingenden Widerruf für den Fall, dass die Zulassungsvoraussetzung der Zuverlässigkeit nachträglich weggefallen ist, als zulässige Beschränkung der Rundfunkfreiheit. Es müssen allerdings entsprechend der hohen Eingriffsintensität hinreichend gewichtige Gründe vorliegen. Wiederholte und nachhaltige Verstöße gegen Urheberrecht und gegen Jugendschutzbestimmungen rechtfertigten hiernach den Widerruf der medienrechtlichen Zulassung für Veranstaltung und Verbreitung eines bundesweiten Fernsehspartenprogramms über das Internet.

b) Eigentumsschutz des Veranstalters

Der Veranstalter kann sich neben der Rundfunkfreiheit auch auf sein Eigentumsgrundrecht berufen: seine Rechtsposition stellt ein subjektives, vermögenswertes, eigentumsähnliches Recht dar.⁹¹ Demgemäß wurde dem Rundfunkanbieter auf Grund des rechtswidrigen Widerrufs mit Grundurteil des OLG München vom 17. 9. 2015⁹² Entschädigung aus

74 Zum Verwaltungsrechtsweg s. BayVGH, 6. 10. 2014 – 7 C 14.1372, AfP 2014, 568; OVG Hamburg, 8. 10. 2014 – 4 So 62/14, ZUM 2015, 352; OVG Koblenz, 3. 11. 2014 – 2 E 10685/14, ZUM-RD 2015, 319.

75 BayVGH, 3. 3. 2016 – 7 CE 15.1741, K&R 2016, 288, Rn. 10; nachgehend BayVerfGH, 13. 12. 2016 – Vf. 25-VI-16.

76 OVG Münster, 19. 10. 2017 – 13 A 1348/15, juris.

77 S. Degenhart, K&R 2011, 376 zu BVerfG, 20. 2. 1998 – 1 BvR 661/94, BVerfGE 97, 298, 309.

78 BVerwG, 31. 5. 2017 – 6 C 42/16, NVwZ-RR 2017, 897; in der Vorinstanz BayVGH, 15. 6. 2016 – 7 B 15.1490, ZUM-RD 2016, 617.

79 BVerwG, 31. 5. 2017 – 6 C 42/16, NVwZ-RR 2017, 897 Rn. 16.

80 BVerwG, 31. 5. 2017 – 6 C 42/16, Rn. 26 ff.; Degenhart (Fn. 2), Art. 5 I und II Rn. 408.

81 BVerwG, 31. 5. 2017 – 6 C 42/16, NVwZ-RR 2017, 897.

82 So noch Bethge, „Die materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Stellung der BLM im Rechtsstreit mit der Münchener Fernsehfenster Fernsehprogramm GmbH & Co KG (MFF). Ein verfassungsrechtliches Positionspapier“, 2004.

83 Vgl. Herrmann, ZUM 1998, 311 zu einem der BLM in „ungezählten Entscheidungen“ bestätigten Grundrechtsmonopol.

84 BVerwG, 31. 5. 2017 – 6 C 42/16, NVwZ-RR 2017, 897 Rn. 14.

85 Vgl. Schuler-Harms, in: Binder/Vesting (Fn. 21), § 38 RStV Rn. 45 f.

86 BVerwG, 11. 7. 2012 – 6 C 39/11, ZUM-RD 2012, 620 Rn. 35.

87 BVerwG, 11. 7. 2012 – 6 C 39/11, ZUM-RD 2012, 620 Rn. 33 ff.

88 BVerwG, 11. 7. 2012 – 6 C 39/11, ZUM-RD 2012, 620 Rn. 28 ff.; Vgl. Degenhart, Demokratiegebot, Parlamentsvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie als Grenzen staatsfreier Normsetzung, in: BM-Symposium Medienrecht 2013, S. 59, 69 ff.

89 Cornils, Der Anwendungsbereich staatsfreier Normsetzung zur Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit, ebda. S. 17 ff.

90 BayVGH Bayern, 6. 11. 2017 – 7 CS 17.1899, juris.

91 BVerwG, 11. 7. 2012 – 6 C 39/11, ZUM-RD 2012, 620, Rn. 19; zum Eigentumsschutz öffentlich-rechtlicher Konzessionen und Genehmigungen, soweit diese auf Grund eigener Leistung des Inhabers ins Werk gesetzt wurden, etwa Wendt, in: Sachs (Fn. 23), Art. 14 Rn. 36; Depenheuer, in: von Mangoldt/Klein/Starck I, 6. Aufl. 2012, Art. 14 Rn. 172; Kersten/Ingold, ZG 2011, 350, 354 f.; A. A. Cornils, ZUM 2014, 270 ff. unter unzut. Berufung auf Degenhart, BonnK, Art. 5 I und II (2006), Rn. 944: die dortigen Ausführungen beziehen sich, was Cornils übersieht, ausschließlich auf Art. 12 GG, nicht auf Art. 14 GG und gehen auch für Art. 12 GG von der tatbestandlichen Anwendbarkeit aus.

92 OLG München, 17. 9. 2015 – 1 U 1041/15; vorgehend LG München I, 26. 2. 2014 – 15 O 27991/12; zur Durchführung des Betragsverfahrens wurde der Rechtsstreit an das LG München I zurückverwiesen, wo er derzeit anhängig ist. – Der Verf. war an dem Verfahren als Gutachter für den Veranstalter beteiligt.

enteignungsgleichem Eingriff zugesprochen, der, so das OLG, den Wert der seinerzeit befristeten Rundfunkzulassung für deren Restlaufzeit unter Einbeziehung auch der Aussicht auf Verlängerung der Anbieterzulassung zu berücksichtigen hat.⁹³ Ein Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG wurde verneint; die Medienanstalt hatte sich auf die sog. Kollegialrichtlinie berufen, wonach kein Verschulden angenommen werden kann, wenn ein Verhalten von einem Kollegialgericht als rechtmäßig bewertet wird. Hier hatten vor dem Urteil des BVerwG das VG München und der BayVGH den Widerruf als rechtmäßig gesehen. Allerdings beruht das Prinzip der Kollegialrichtlinie auf der Erwägung, dass von einer Behörde nicht mehr an rechtl. Sachverstand erwartet werden dürfe als von einem Kollegialgericht. Für die sachkundigen Gremien einer Landesmedienanstalt, gar der Bayerischen Landeszentrale, trägt dieser Gedanke aber nicht. Der BGH sah im Beschluss vom 18. 8. 2016⁹⁴ die Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff und aus Amtshaftung als inhaltlich identisch und den Veranstalter daher nicht als beschwert.

3. Grundrechtsberechtigung der Medienanstalt?

Gegen das Urteil des BVerwG vom 11. 7. 2012 legte die BLM unter Berufung auf das ihr nach ihrer Auffassung zustehende Grundrecht der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG⁹⁵ Verfassungsbeschwerde ein, welche jedoch nicht zur Entscheidung angenommen wurde.⁹⁶ Von einer Begründung sah die Kammer ab, doch dürfte die Verfassungsbeschwerde bereits wegen fehlender Grundrechtsberechtigung der Landesmedienanstalt aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG unzulässig gewesen sein.⁹⁷ Ob diese sich im Verhältnis zur staatlichen Rechtsaufsicht auf Grundrechte berufen kann, wurde bisher nicht ausdrücklich entschieden, ist aber zu verneinen. Doch „selbst wenn diese Frage zu bejahen wäre, könnte eine eigene Grundrechtsberechtigung der Beklagten jedenfalls nur gegenüber staatlichen Einrichtungen bestehen. Insbesondere privaten Rundfunkanbietern tritt sie – wie das BVerfG klargestellt

hat – als Teil der öffentlichen Gewalt entgegen und ist daher nicht davon entbunden, den Grundrechtsschutz auf der Anbieterseite zu beachten“ – so das BVerwG im Urteil vom 6. 5. 2015⁹⁸ zur Klage eines Fernsehproduzenten gegen ein Programmänderungsverlangen; es betraf das Verfahren um das Format „Ultimate Fighting“ der DSF.⁹⁹

Um Grundrechte der Medienanstalt ging es auch in einem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, in dem der Rechtsstreit um Schadensersatz bzw. Entschädigung für eine rechtswidrig widerrufenen Anbietergenehmigung¹⁰⁰ eine etwas skurrile Fortsetzung erfuhr. Die Medienanstalt als Verfügungsklägerin beehrte vom Bevollmächtigten der Klägerin, die Verbreitung einer als ehrenrührig empfundenen Presseerklärung über den Stand des Verfahrens, insbesondere der Entscheidungen des OLG und des BGH zu unterlassen. Das LG München I verneint hier bereits die Aktivlegitimation der BLM, die als juristische Person des öffentlichen Rechts nicht Trägerin des Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG sein könne und nur ausnahmsweise zivilrechtlichen Ehrenschatz genieße.¹⁰¹

93 Zum gebundenen Ermessen der Landesmedienanstalt bei Entscheidung über die Verlängerung einer befristeten Genehmigung – Befristung war seinerzeit im BayMG vorgesehen – s. BayVerfGH, 28. 1. 2003 – Vf. 10-VII-02, VerfGHE 56, 1 Rn. 42; BayVerfGH, 30. 5. 2005 – Vf. 23-VI-04, VerfGHE 58, 137 Rn. 41; *Degenhart*, K&R 2014, Beih. 4.

94 BGH, 18. 8. 2016 – III ZR 325/15.

95 S. hierzu näher *Degenhart* (Fn. 2), Art. 5 I und II Rn. 362.

96 BVerfG, 13. 7. 2015 – 1 BvR 1864/12.

97 S. dazu *Degenhart*, K&R 2011, 374, 376.

98 BVerfG, 6. 5. 2015 – 6 C 11/14, BVerwGE 152, 122 Rn. 24.

99 S. dazu bereits K&R 2011, 374, 376.

100 Vorstehend 2. a), b).

101 LG München I, 22. 12. 2016 – 25 O 18042/16.

Hinweis der Redaktion:

Der Beitrag wird in K&R Heft 4/2018 fortgesetzt, u. a. mit den Themen: Privater Rundfunk – Aufsichtsmaßnahmen und Jugendschutz sowie Einzelfragen der Rundfunkberichterstattung: Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken.

RA Orcun Sanli und Christoph Knopp, LL.M., Köln*

Sensibilisierungsversuch des BayLDA – die Online-Selbsteinschätzung zur DSGVO

Kritische Betrachtung der erzielten Sensibilisierung im Lichte der DSGVO und rechtliche Qualität

Das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht (BayLDA) bietet Unternehmen und anderen Verantwortlichen eine Online-Selbsteinschätzung zur Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) an. Der Beitrag misst diese am Maßstab der Sensibilisierungspflicht nach Art. 57 Abs. 1 lit. d DSGVO. Die Autoren kommen zu dem Ergebnis, dass die Selbsteinschätzung über wesentliche Neuerungen der DSGVO nicht aufklärt. Trotz fehlender rechtlicher Verbindlichkeit kann eine scheinbare DSGVO-Compliance erweckt werden.

I. Einleitung

Am 25. 5. 2018 endet die zweijährige Übergangsfrist für die Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO). Aufsichtsbehörden ist es ab diesem Zeitpunkt möglich bei relevanten Datenschutzverstößen Bußgelder in Höhe von bis zu 4 % des weltweiten Unternehmensumsatzes oder bis zu 20 Mio. € zu verhängen. Das scharfe

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.