

Zeitschrift für
Informations-,
Telekommunikations-
und Medienrecht

MMMR

MultiMedia und Recht

8/2003

Beilage

HERAUSGEBER

Dietrich Beese, Geschäftsführer Corporate Affairs, O₂ Germany GmbH & Co oHG, München – **Dorothee Belz**, Kaufmännische Geschäftsführerin, BetaResearch GmbH, Ismaning – **Dr. Michael Bertrams**, Präsident VerfGH und OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, Münster – **Dr. Herbert Burkert**, Wiss. Mitarbeiter GMD, St. Augustin – **RA Dr. Oliver Castendyk**, Erich Pommer Institut, Potsdam – **Jürgen Doetz**, Vorstand ProSieben SAT1 Media AG/Präsident Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation e.V. (VPRT), Berlin – **Prof. Dr. Carl-Eugen Eberle**, Justiziar ZDF, Mainz – **Prof. Dr. Eike Ullmann**, Vors. Richter des I. Zivilsenats am BGH, Karlsruhe – **Erich Gahrau**, Justiziar Bertelsmann AG, Gütersloh – **Hans-Willi Hefekäuser**, Leiter des Zentralbereichs Ordnungs- und Wettbewerbspolitik, Deutsche Telekom, Bonn – **Prof. Dr. Thomas Hoeren**, Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Bernd Holznel**, Direktor der Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Günter Knieps**, Direktor des Instituts für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik, Universität Freiburg – **Christopher Kuner J.D.**, LL.M., Attorney at Law, Hunton & Williams, Brüssel – **Matthias Kurth**, Präsident der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Bonn – **Prof. Dr. Wernhard Möschel**, Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi/Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität Tübingen – **Prof. Dr. Christoph Paulus**, Humboldt Universität zu Berlin – **Dr. Bernd Pill**, Leiter Recht und Regulierung Vodafone D2 GmbH, Düsseldorf – **Robert Queck**, Maître de Conférences, Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID), Universität Namur, Belgien – **RA Prof. Dr. Peter Raue**, Hogan & Hartson Raue LLP, Berlin – **RA Dr. Wolfgang von Reinersdorff**, Justiziar Verband Privater Kabelnetzbetreiber e.V. (ANGA), Bonn/Heuking Kühn Lüer Wojtek, Hamburg – **Min.Dir. Dr. Eike Röhling**, Leiter der Abt. IV – Technologie- und Innovationspolitik; Neue Bundesländer, BMWi, Berlin – **Prof. Dr. Alexander Roßnagel**, Universität GH Kassel/wissenschaftlicher Direktor des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR), Saarbrücken – **RA Prof. Dr. Joachim Scherer**, Döser Amereller Noack/Baker & McKenzie, Frankfurt a.M. – **Prof. Dr. Gerhard Schricker**, Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München – **RA Dr. Raimund Schütz**, Freshfields Bruckhaus Deringer, Düsseldorf – **Prof. Dr. Ulrich Sieber**, Universität München – **Prof. Dr. Gerald Spindler**, Universität Göttingen – **RA Dr. Arthur Waldenberger**, LL.M., Verband Deutscher Zeitschriftenverleger, Leitung Europaangelegenheiten und Medien, Berlin

REDAKTION

Anke Zimmer-Helfrich, Chefredakteurin –
RAin Ruth Schrödl, Redakteurin –
Marianne Gerstmeier, Redaktionsassistentin
Wilhelmstr. 9, 80801 München

THOMAS HOEREN

Rechtliche Fragen der Einführung einer Hörfunkquote zu Gunsten neuer, deutschsprachiger Musiktitel

Schon seit längerem fordert die Musikindustrie die Einführung einer sog. Hörfunkquote. Zur Förderung von Neuerscheinungen, gerade auch deutschsprachiger Musikinterpreten, soll jeder zweite im Rundfunk gespielte Titel eine Neuheit sein. Um auch bisher unbekanntem Künstlern mehr Chancen zu geben, wird zusätzlich gefordert, dass der Künstler bisher höchstens zwei Alben veröffentlicht hat, von denen keines den Goldstatus erreicht hat. Jeder zweite Titel der so definierten Neuheiten soll darüber hinaus deutschsprachig sein.

Im Folgenden wird diese Forderung daraufhin untersucht, ob sie rechtlich zulässig und einforderbar ist. Dem Text liegt ein Gutachten des Autors im Auftrag des Bundesverbandes der Phonographischen Wirtschaft e.V. zu Grunde. Das Gutachten wurde auf besonderen Wunsch des Verbandes weisungsfrei und unabhängig erstellt.

■ Professor Dr. Thomas Hoeren ist Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster.

I. Problemstellung

Die Musikindustrie in Deutschland steht zu Beginn des neuen Jahrtausends vor immensen Herausforderungen. Nach mehreren Jahren der Stagnation bei den Verkaufszahlen musste die deutsche Musikindustrie im Jahr 2001 einen Rückgang der Umsätze von durchschnittlich mehr als zehn Prozent hinnehmen.¹

Als Hauptursache für die Umsatzrückgänge wird in weiten Teilen der Musikindustrie vor allem der Zuwachs bei Kopien durch die fortschreitende digitale Ausstattung privater Haushalte ausgemacht.² Von anderer Seite wird die Musikindustrie selbst für die Misere verantwortlich gemacht. Kritiker werfen der Musikindustrie zu wenig Nachhaltigkeit bei dem Aufbau ihrer Produktpalette vor. Anstatt hoffnungsvolle Nachwuchstars aufzubauen, werde immer mehr auf kurzfristige Erfolge gesetzt. Andere Stimmen sehen den Grund für die derzeitige kreative Krise in der Musikbranche in der allmählichen Erschöpfung des Vorrats an neuen musikalischen Ideen für die Songwriter.³

Aber auch die Radiosender rücken bei der Diskussion um fehlende Innovation in der Popmusik in den Mittelpunkt der Kritik. Die Radiosender dienen von jeher nicht allein der Unterhaltung ihres Publikums. Sie sind vor allem ein wesentlicher Faktor für die Vermarktung von Musik und die öffentliche Meinungsbildung. Daher hat innovative Musik nur dann eine realistische Chance sich durchzusetzen, wenn sie als Bestandteil des Rundfunkprogramms weiterreichende Bekanntheit erlangen kann. In diesem Zusammenhang wird sowohl den Privatsendern als auch den öffentlich-rechtlichen Sendern, eine verfehlte Programmpolitik vorgeworfen.⁴ Die Radiosender sind in den letzten Jahren dazu übergegangen, weitestgehend Hits zu spielen, die sich bei ihrem Publikum längst durchgesetzt haben.⁵ Dagegen haben Neuheiten von bisher wenig bekannten Künstlern wegen ihrer geringen Programmpräsenz wenig Chancen, sich am Markt durchzusetzen. Dies gilt umso mehr für deutschsprachige Neuheiten.⁶ Die Folgen dieser Programmpolitik bekommen jedoch nicht nur bisher unbekannt Künstler zu spüren. Primär leidet die Qualität der Programme unter dem gegenwärtigen Zustand der deutschen Hörfunklandschaft. Die überwiegende Konzentration auf die Verkaufscharts geht mit einem Weniger an Programmvierfalt einher. Der Hörfunk als Sprachrohr des kulturellen Lebens seines Verbreitungsgebiets verkommt dadurch zu einer einseitigen Massenveranstaltung mit Einheitsbrei. Massenattraktivität heißt die Zauberformel, die hohe Werbeeinnahmen verspricht. Dies mag bei den werbefinanzierten privaten Rundfunksendern noch nachvollziehbar sein. Dagegen haben die öffentlich-rechtlichen Sender gerade wegen ihrer überwiegenden Gebührenfinanzierung innerhalb der dualen Rundfunkordnung einen Kulturauftrag. Sie werden mit der Gebührenfinanzierung in die Lage versetzt, auch weniger massenattraktive, der kulturellen Programmvierfalt dienende Programmbestandteile aufzunehmen. Diesem Auftrag wird die überwiegende Anzahl der öffentlich-rechtlichen Hörfunksender nicht gerecht, indem sie ihre Programme denen der meisten Privatsender angleichen.⁷

Auf der Popkomm 2002 wurde daher die Forderung nach einer Programmquote für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk laut.⁸ Im Rahmen dieser Forderung wird auf die positiven Erfahrungen aus Frankreich verwiesen, wo seit 1994 eine gesetzliche Regelung zur Radioquote besteht.⁹ Die geforderte Quote für das Musikprogramm im öffentlich-rechtlichen Radio in Deutschland sieht eine 50:50-

Formel vor. Demnach soll jeder zweite gespielte Titel eine Neuheit sein. Eine Neuheit liegt jedoch nur dann vor, wenn die Veröffentlichung nicht länger als drei Monate zurückliegt. Um auch bisher unbekannt Künstlern mehr Chancen zu geben, wird zusätzlich gefordert, dass der Künstler bisher höchstens zwei Alben veröffentlicht hat, von denen keines den Goldstatus erreicht hat. Jeder zweite Titel der so definierten Neuheiten soll darüber hinaus deutschsprachig sein.¹⁰

Der vor dem Hintergrund der derzeitigen Programmpolitik der öffentlich-rechtlichen Rundfunksender folgerichtige Vorschlag ist gesellschaftspolitisch und rechtlich jedoch nicht unproblematisch. Der bereits im Vorfeld der Popkomm 1996 durch *Heinz Rudolf Kunze* artikulierte Vorschlag einer Hörfunkquote zu Gunsten deutschsprachiger Musik, hatte heftige verbale, wenig konstruktive Auseinandersetzungen zur Folge.¹¹ Auch in rechtlicher Hinsicht ist eine Hörfunkquote nicht unproblematisch. Die Vorgabe von Programminhalten durch staatliche Stellen stellt eine erhebliche Beeinträchtigung der Programmfreiheit der Rundfunkveranstalter aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. GG dar.¹² Darüber hinaus kann die französische Quotenregelung wegen der bestehenden strukturellen Unterschiede nicht ohne weiteres übernommen werden. Aus der föderalistischen Struktur Deutschlands können sich nicht nur Probleme bei der gesetzlichen Umsetzung einer Quote ergeben, sondern auch bei der Überwachung ihrer Einhaltung. Auf europäischer Ebene stellt sich vor allem die Frage nach der Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten des Freien Warenverkehrs aus Art. 28 EGV und der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 EGV. Nicht zuletzt bestehen gegen eine nationale Hörfunkquote auch Bedenken hinsichtlich der Einhaltung internationaler Abkommen. Hierbei sind insbesondere das GATT-Abkommen für Warenleistungen und das GATS-Abkommen für Dienstleistungen hervorzuheben.

II. Wirtschafts- und gesellschaftspolitische Hintergründe

Die Forderung nach der Einführung einer Hörfunkquote für den öffentlich-rechtlichen Hörfunk hat erhebliche wirtschafts- und gesellschaftspolitische Dimensionen, die im Folgenden näher beleuchtet werden sollen.

- 1) tagesschau.de, Die Musikbranche in der Krise, Beitrag v. 27.12.2002.
- 2) tagesschau.de, Die Musikbranche in der Krise, Beitrag v. 27.12.2002; Schramm, in: Süddeutsche Zeitung v. 19.11.2002.
- 3) *Rudy Holzhauer*, zit. in: Schaumann, Die Krise in der Popmusik, Musiker-Magazin 02/02.
- 4) *Gebhardt*, in: GEMA Nachrichten, Ausgabe 166, Sieben Gründe für die Quote, Musikwoche v. 16.8.2002.
- 5) *Gebhardt*, in: GEMA Nachrichten, Ausgabe 166, verfügbar unter: <http://www.gema.de>; *Janssen*, Haste mal'n Trend?, Hannoversche Allgemeine v. 17.8.2002; *Dopp*, zit. in: Popkomm: Trends vermisst, heise-online v. 18.8.2002.
- 6) *Kunze*, Interview, Die Tageszeitung v. 16.8.1996; *Schaumann*, Die Krise in der Popmusik, Musiker-Magazin 02/02.
- 7) *Gebhardt*, in: GEMA Nachrichten, Ausgabe 166, verfügbar unter: <http://www.gema.de>; *Schaumann*, Die Krise in der Popmusik, Musiker-Magazin 02/02.
- 8) *Schramm*, in: Süddeutsche Zeitung v. 19.11.2002; *Gebhardt*, in: GEMA Nachrichten, Ausgabe 166, verfügbar unter: <http://www.gema.de>; *Nida-Rümelin*, zit. in: Popkomm: Trends vermisst, heise online v. 18.8.2002.
- 9) Die französische Quote als Vorbild, Musikwoche v. 16.8.2002; *Gebhardt*, in: GEMA Nachrichten, Ausgabe 166, verfügbar unter: <http://www.gema.de>.
- 10) *Gebhardt*, in: GEMA Nachrichten, Ausgabe 166, verfügbar unter: <http://www.gema.de>.
- 11) *Kunze*, Interview, Die Tageszeitung v. 16.8.1996.
- 12) *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 5 Rdnr. 35; BVerfGE 51, 231, 258 ff.

1. Gesellschaftspolitische Diskussion

Die Idee einer Hörfunkquote in Deutschland ist nicht neu. Spätestens seit Frankreich mit Gesetz v. 1.2.1994¹³ eine Sprachquote auch für den Hörfunk eingeführt hat, wurde auch in Deutschland über die Einführung einer solchen Quote nachgedacht. Artikuliert wurde der Gedanke erstmals im Vorfeld der Popkomm 1996 durch *Heinz Rudolf Kunze*, der sich damals einer gewaltigen Ablehnungsfront auch aus dem eigenen Lager gegenübergesehen hat.¹⁴ U.a. wurde ihm durch die Gruppe „*Element Of Crime*“ vorgeworfen, er fordere eine Zensur des Hörfunkprogramms.¹⁵ Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass der eigentliche Initiator der Idee, der *Deutsche Rock- und Popmusikerverband (DRMV)*,¹⁶ den Gedanken nicht mehr weiterverfolgt hat. Erst auf der Popkomm 2002 ist die Diskussion über eine Hörfunkquote durch die Initiative insbesondere der deutschen Phonoverbände erneut intensiver angestoßen worden.¹⁷

2. Wirtschaftliche Situation des deutschen Musikmarkts

Der neuerliche Anstoß der Debatte um eine Hörfunkquote erfolgt zu einer Zeit, in der sich die deutsche Musikindustrie in einer kritischen Situation befindet. Bereits im Jahr 2001 musste die deutsche Musikindustrie Umsatzrückgänge von über zehn Prozent gegenüber dem Vorjahr hinnehmen. Im Jahr 2002 waren nochmals Umsatzeinbußen von 11,3 Prozent zu verzeichnen.¹⁸ Der Tonträgerabsatz verringerte sich von 266,4 Mio. Stück im Jahr 2000 auf 223,7 Mio. Einheiten in 2002.¹⁹ Damit einhergehend sind 2001 erstmals mehr CD-Rohlinge als Alben verkauft worden.²⁰ Als Ursache für die derzeitige Misere werden neben dem derzeit ungünstigen Konsumklima mehrere Faktoren in Betracht gezogen.

a) Kopien

Die Anzahl der verkauften CD-Rohlinge lässt erahnen, in welchem Umfang Werke im Jahr 2001 kopiert wurden. Nach einer Umfrage wurden 2001 über 182 Mio. CDs kopiert.²¹ Hinzu kommen die Online-Tauschbörsen, die be-

liebter denn je sind. Laut einer Studie wurden von den Deutschen im Jahr 2001 insgesamt 492 Mio. Songs über solche Börsen getauscht.²² Vor dem Hintergrund, dass auch im analogen Kontext das Problem der Werkkopien bereits bestand, kann dies jedoch nicht die einzige Ursache für die derzeitige Situation sein.

b) Produktpolitik

Kritiker werfen der Musikindustrie eine verfehlte Produktpolitik in den letzten Jahren vor.²³ Kernpunkt der Kritik ist die zunehmende Fixierung der Musikindustrie auf kurzfristige Erfolge.²⁴ Damit einhergehend sei die Entwicklung und Förderung junger Künstler auf der Strecke geblieben. Damit bekämen Bands und Interpreten nicht die Chance, in jahrelanger Aufbauarbeit zu reifen und sich ein künstlerisches, langfristig tragfähiges Konzept zu erarbeiten. Hierdurch entstehe ein akuter Mangel an Acts, die sich so gut etabliert haben, dass die Konsumenten automatisch das jeweils neue Album kaufen. Damit fehle den Labels ein solides Fundament, das ihnen konstante Einnahmen sichert.²⁵ Ein gutes Beispiel hierfür seien die ordentlichen Stückzahlen, die „alte“ Künstler wie *Phil Collins* oder die *Red Hot Chili Peppers* auch heute noch verkaufen.²⁶ Die Fixierung auf kurzfristige Erfolge in den Single Charts führe zudem dazu, dass „gecovert“ wird wie noch nie. Im September des Jahres 2001 bestanden in einer Woche sieben der Top-Ten-Hits aus gecoverten Versionen.²⁷ Der Hintergrund ist einleuchtend. Das wirtschaftliche Risiko einer Markteinführung mit einer bereits charterproben Melodie ist weit aus geringer, als die Akzeptanz einer neuen Melodie durch das Publikum zu suchen. Allerdings setzt sich die Branche damit dem mittel- bis langfristigen Risiko aus, dass sich die Zugkraft bei bestimmten Melodien beim Publikum durch Übersättigung verliert. Dennoch ist bei aller Kritik die momentane Zurückhaltung der Musikindustrie bei langfristigen Investitionen und Projekten vor dem Hintergrund der derzeitigen Rahmenbedingungen nachvollziehbar. Langfristige Investitionen in neue Bands und Interpreten müssen sich amortisieren. Derzeit existiert jedoch weder ein wirksamer technischer noch rechtlicher Schutz gegen Urheberrechtsverletzungen.²⁸ Gerade das Internet ermöglicht dabei eine weiter reichende Verbreitung von Kopien als das früher im analogen Kontext möglich war. Ohne die Schaffung der rechtlichen und technischen Voraussetzungen für die Amortisation langfristiger Investitionen wird sich an dem gegenwärtigen Trend nichts ändern.

c) Erschöpfung des kreativen Potenzials

Der Mangel an neuer Musik im Popbereich wird von anderer Seite mit der Erschöpfung des kreativen Potenzials für die Songwriter begründet.²⁹ Demnach gebe es bei weitem nicht genug gute Melodien. Früher sei es wesentlich leichter gewesen, einen guten Song zu schreiben. Nach einer Vorgeschichte des Pop von mittlerweile 40 Jahren sei der Vorrat an neuen musikalischen Ideen weitgehend erschöpft. Es bliebe demnach nichts anderes übrig, als alte Melodien wieder aufzugreifen. Der Mangel an neuen Melodien könne auch nicht durch neue Interpreten kompensiert werden. Letztlich seien es die Songs und weniger die ausführenden Künstler, die in den Charts funktionierten.³⁰ Der Weg aus der gegenwärtigen Krise müsse somit an der Nachwuchsförderung der Songwriter ansetzen.

d) Das Einerlei der Radiostationen

Als wesentlicher Punkt für die gegenwärtige Krise in der Musikindustrie wird insbesondere die Programmpolitik

13) Art. 12 des Loi No 94-88 du 1er février 1994 modifiant la loi No 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

14) Keller, Ablenkung, Kölner Stadt-Anzeiger v. 19.8.2002; Kunze, Interview, Die Tageszeitung v. 16.8.1996.

15) Kunze, Interview, Die Tageszeitung v. 16.8.1996.

16) Kunze, Interview, Die Tageszeitung v. 16.8.1996.

17) Ein Herz für Nicole, Frankfurter Rundschau v. 18.8.2002; Keller, Ablenkung, Kölner Stadt-Anzeiger v. 19.8.2002; Per Quote sollen mehr deutsche Pop-Songs ins Radio, Nürnberger Zeitung v. 21.8.2002.

18) PM des Bundesverbands der Phonographischen Wirtschaft v. 26.2.2003.

19) PM des Bundesverbands der Phonographischen Wirtschaft v. 26.2.2003.

20) tagesschau.de, Die Musikbranche in der Krise, Beitrag v. 27.12.2002; IFPI unter: www.ifpi.de/zahlen/index.shtml.

21) tagesschau.de, Die Musikbranche in der Krise, Beitrag v. 27.12.2002, in dem Gebhard zitiert wird; IFPI unter: www.ifpi.de/zahlen/index.shtml.

22) tagesschau.de, Die Musikbranche in der Krise, Beitrag v. 27.12.2002; IFPI unter: www.ifpi.de/zahlen/index.shtml.

23) Keller, Ablenkung, Kölner Stadt-Anzeiger v. 19.8.2002; tagesschau.de, Die Musikbranche in der Krise, Beitrag v. 27.12.2002; Orthmayr, Die sieben Apokalypsen der Musikindustrie, Die Welt v. 15.8.2002; Schaumann, Die Krise in der Popmusik, Musiker Magazin 02/02.

24) Orthmayr, Die sieben Apokalypsen der Musikindustrie, Die Welt v. 15.8.2002; Schaumann, Die Krise in der Popmusik, Musiker Magazin 02/02.

25) Schaumann, Die Krise in der Popmusik, Musiker Magazin 02/02.

26) Orthmayr, Die sieben Apokalypsen der Musikindustrie, Die Welt v. 15.8.2002.

27) Schaumann, Die Krise in der Popmusik, Musiker Magazin 02/02.

28) tagesschau.de, Die Musikbranche in der Krise, Beitrag v. 27.12.2002.

29) Rudy Holzhauer, zit. in: Schaumann, Die Krise der Popmusik, Musiker Magazin 02/02.

30) Rudy Holzhauer, zit. in: Schaumann, Die Krise der Popmusik, Musiker Magazin 02/02.

der Hörfunksender genannt.³¹ Die Radiosender sind immer mehr dazu übergegangen, weitestgehend Hits zu spielen, die sich beim Publikum längst durchgesetzt haben.³² Wenn Neuheiten gespielt werden, handelt es sich überwiegend um die aktuellen Charts.³³ Manche Hit-Radios haben so nur eine Rotation von einigen hundert Titeln.³⁴ So wird verschiedentlich beklagt, dass das eigentliche Hörfunkprogramm nur noch als Abschaltbremse zwischen den Werbeblöcken diene.³⁵ Programme, die sich auf einen subjektiven Geschmack gründen, gibt es bei der gegenwärtigen Gleichmacherei immer seltener. Symptomatisch hierfür ist, dass es immer weniger Musikredakteure gibt, die einen subjektiven Geschmack einbringen könnten. Stattdessen werden Musikeinsätze immer häufiger von Computerprogrammen gesteuert.³⁶ Bei einer derart auf die Hörerquote fixierten Programmpolitik ist es nicht verwunderlich, dass neue Musik, die sich noch nicht bei den Hörern durchgesetzt hat, einen schweren Stand hat. Hiervon ist vor allem die deutschsprachige Rock- und Popmusik betroffen. Der Aufbau von Nachwuchskünstlern scheidet meist an der strikten Abwehrhaltung der deutschen Pop-Radiostationen. Hier hat ganz schlechte Karten, was deutschsprachig und kein Hit ist.³⁷ Bei den Neuheiten aus dem angloamerikanischen Raum stellt sich das Problem hingegen weniger dramatisch dar. Aus den USA kommen zu 95% Acts, die in den Staaten schon erfolgreich sind.³⁸ Es bedarf daher keines großen Mutes, diese Titel in deutschen Hörfunksendern als Neuheiten zu präsentieren. Die Lage wird insbesondere dadurch verschärft, dass auch die öffentlich-rechtlichen Sender ihre Programmpolitik hiernach ausrichten, um im Kampf um die Hörerquoten keine Anteile an die private Konkurrenz zu verlieren.³⁹

Eine von Staatsminister a.D. *Nida-Rümelin* bei *Media Control* in Auftrag gegebene Studie über die Einsätze deutscher und deutschsprachiger Produktionen in den Rundfunkprogrammen⁴⁰ bestätigt die vorgenannten Kritikpunkte. Von Anfang Mai 2001 bis Ende April 2002 wurden 94 öffentlich-rechtliche und private Rundfunkprogramme in Deutschland beobachtet. Die Sendeprofile zerfallen dabei in zwei relativ klar abgrenzbare Gruppen: „deutsche Schlager, Oldies, Volksmusik“ einerseits und „Rock- und Pop-Mainstreamformate“ andererseits.

In der ersten Gruppe ist der Anteil deutschsprachiger Titel hoch. In der Regel bewegt er sich zwischen 85 und 95 Prozent. In der zweiten, auch in der Reichweite der angesprochenen Hörer deutlich größeren Gruppe dagegen ist der Anteil der deutschen wie auch der deutschsprachigen Produktionen gering. Die Einsätze deutscher Produktionen bewegen sich zwischen zwanzig und zehn Prozent. Der Anteil deutschsprachiger Titel liegt in der Regel deutlich unter zehn Prozent. Von den untersuchten 94 Programmen weisen 51 einen Anteil von weniger als fünf Prozent deutschsprachiger Titel auf. Diese Sender erreichen immerhin mit 39 Mio. Hörern jeden zweiten Hörer. Die 30 größten Sender brachten es im Schnitt auf drei deutschsprachige Titel pro Tag. Beleg für die Nachahmung im öffentlich-rechtlichen Bereich ist, dass eines der größten öffentlich-rechtlichen Mainstreamprogramme es auf einen Anteil deutschsprachiger Titel von gerade einmal 1,1 Prozent gebracht hat.⁴¹ Insgesamt entfallen nur 6,6 Prozent Programmanteil im öffentlichen Rundfunk auf deutschsprachigen Rock und Pop.⁴²

Noch verheerender stellt sich die Situation bei den Newcomern dar. Eine durch den *Bundesverband der Phonogra-*

phischen Wirtschaft bei der *Media Control* in Auftrag gegebene Studie kommt zu dem Ergebnis, dass der Newcomeranteil am Programm der öffentlich-rechtlichen Hörfunksender im Zeitraum vom 1.5.2001 bis 30.4.2002 gerade einmal bei 14,3 Prozent gelegen hat. Der dabei auf deutschsprachige Newcomer entfallende Anteil von 1,2 Prozent ist verschwindend gering. Bei den privaten Sendern lag der Anteil der Newcomer mit 17,1 Prozent zwar höher, jedoch bewegte sich der Anteil deutschsprachiger Newcomer mit 0,6 Prozent nur knapp über der Wahrnehmungsgrenze.⁴³

Weiterer Fakt ist, dass unter den Top-100-Airplay-Charts 2001 nur 11 deutsche Produktionen vertreten waren. Erst auf Platz 163 kam der erste deutschsprachige Titel.⁴⁴

Die vorgenannte Aufzählung verdeutlicht die Situation auf dem deutschen Musikmarkt eindrücklich. Der im Verhältnis zu dem Sprachanteil noch relativ hohe Anteil deutscher Produktionen ändert an der Dominanz insbesondere angloamerikanischer Musik nichts. Denn ein nicht unerheblicher Anteil deutscher Produktionen ist in englischer Sprache gehalten. Die These, dass durch die Programmpolitik der Radiosender der Aufbau vor allem deutschsprachiger Künstler erschwert wird, wird deshalb durch das ermittelte Zahlenwerk erhärtet.

Die so angegriffenen Radiosender weisen die Kritik an ihrer Programmgestaltung von sich.⁴⁵ Nicht die auf Quote getrimmte Programmpolitik, sondern die mangelnde Qualität deutscher Pop- und Rockmusik im Vergleich zu den angloamerikanischen Angeboten soll für den geringen Programmanteil verantwortlich sein.⁴⁶ Die Anhänger dieser Auffassung verwechseln jedoch Qualität mit Popularität. Gerade die Erfolge der deutschen Sängerin *Sarah Connor* mit ihren Balladen zeigen, dass auch in Deutschland ein gutes Stimmenpotenzial vorhanden ist. So wird die Frage erlaubt sein dürfen, ob der Erfolg in dieser Form auch mit einem deutschsprachigen Titel eingetreten wäre. Die Messlatte für die Frage der Qualität von Musik kann nicht sein, welcher Sprache sie sich bedient. Darüber hinaus lässt sich die Qualität von Kunst nicht objektiv bestimmen. Kunst ist als besondere Ausdrucksform vielmehr durch die subjektive Meinung der Wahrnehmenden bestimmt. Die Wahrnehmung von Musik erfolgt durch die breite Öffentlichkeit neben Konzerten hauptsächlich durch Hörfunkprogramme. Hörfunkprogramme stellen damit eine für den einzelnen Künstler wesentliche Plattform seines

31) Deutschsprachige Titel im Radio unterrepräsentiert, *Musikwoche* v. 16.8.2002; Ein Herz für Nicole, *Frankfurter Rundschau* v. 18.8.2002; *Laith Al Deen*, zit. In: *Westdeutsche Zeitung* v. 13.8.2002; *Schramm*, *Süddeutsche Zeitung* v. 19.11.2002; *Gebhardt*, in: *GEMA Nachrichten*, Ausgabe 166; *Schaumann*, *Die Krise der Popmusik*, *Musiker-Magazin* 02/02.

32) *Gebhardt*, in: *GEMA Nachrichten*, Ausgabe 166.

33) *Schaumann*, *Die Krise der Popmusik*, *Musiker-Magazin* 02/02.

34) *Sieben Gründe für die Quote*, *Musikwoche* v. 16.8.2002.

35) *Gebhardt*, in: *GEMA Nachrichten*, Ausgabe 166; *Sieben Gründe für die Quote*, *Musikwoche* v. 16.8.2002.

36) *Sieben Gründe für die Quote*, *Musikwoche* v. 16.8.2002.

37) *Schaumann*, *Die Krise der Popmusik*, *Musiker-Magazin* 02/02.

38) *Schaumann*, *Die Krise der Popmusik*, *Musiker-Magazin* 02/02.

39) *Schaumann*, *Die Krise der Popmusik*, *Musiker-Magazin* 02/02; *Gebhardt*, in: *GEMA Nachrichten*, Ausgabe 166.

40) Ein Herz für Nicole, *Frankfurter Rundschau* v. 18.8.2002.

41) Ein Herz für Nicole, *Frankfurter Rundschau* v. 18.8.2002.

42) *Gebhardt*, in: *GEMA Nachrichten*, Ausgabe 166.

43) *PM des Bundesverbands der Phonographischen Wirtschaft* v. 26.2.2001.

44) *Gebhardt*, in: *GEMA Nachrichten*, Ausgabe 166.

45) *Schaumann*, *Die Krise der Popmusik*, *Musiker-Magazin* 02/02; *Kellin*, *Ablenkung*, *Kölnischer Stadtanzeiger* v. 19.8.2002.

46) *Schaumann*, *Die Krise der Popmusik*, *Musiker-Magazin* 02/02; *Kellin*, *Ablenkung*, *Kölnischer Stadtanzeiger* v. 19.8.2002.

künstlerischen Ausdrucks dar. Wenn daher das Kriterium der Qualität danach bestimmt wird, was die Hörer hören wollen, darf man diesen Aspekt nicht unbeachtet lassen. Denn was die Hörer wollen, bestimmt sich bei der gegenwärtigen Programmpolitik der meisten Rundfunksender nach den Verkaufscharts.⁴⁷ Jeder, der eine solche Programmpolitik betreibt, muss sich dabei bewusst sein, dass damit die Wahrnehmung des Publikums auf bereits Bekanntes verengt wird. Durch die damit gegebene Allgegenwärtigkeit der Charts und dem damit verbundenen Bekanntheitsgrad der Titel werden diese dann auch vornehmlich – getreu dem Sprichwort: „Die Hausse nährt die Hausse“ – in den Plattenläden verkauft. Letztlich wird so künstlerische Qualität mit Verkaufserfolg gleichgesetzt, ohne dabei den eigenen Beitrag in Form der Programmgestaltung zu reflektieren. Auch ein nach dem Erkenntnisstand der Musikwissenschaft künstlerisch wenig qualitativer Beitrag kann so durch Publicity in der öffentlichen Meinung zu einem Hit stilisiert werden. Die Rundfunksender müssen sich daher insbesondere mit Blick auf junge Künstler über die Möglichkeiten ihres Einflusses auf die öffentliche Meinung und der damit verbundenen Verantwortung bewusst werden. Dies gilt umso mehr für die öffentlich-rechtlichen Anstalten, denen innerhalb der dualen Rundfunkordnung auf Grund ihrer überwiegenden Gebührenerfinanzierung und der damit gegebenen weitgehenden Unabhängigkeit von der Werbefinanzierung eine besondere Pflicht zur Vielfaltsicherung obliegt.

e) Fazit

Der deutsche Musikmarkt wird gegenwärtig mehr denn je durch angloamerikanische Produktionen etablierter Künstler geprägt. Entsprechend rau ist das Klima für deutsche Produktionsfirmen und insbesondere deutschsprachige unbekanntere Interpreten und Bands. Ursächlich für die gegenwärtige Misere sind dabei nicht allein die durch die weite Verbreitung von digitalen Kopiermöglichkeiten erweiterten Vervielfältigungsmöglichkeiten. Auch innerhalb der Musikindustrie wurden Fehler gemacht, indem zu wenig eine nachhaltige Förderung neuer Künstler verfolgt wurde. Insbesondere sind es jedoch die Radiosender, die die gegenwärtige Fehlentwicklung verfestigt haben. Durch eine Programmpolitik, die sich im Wesentlichen an Zuhörerquoten und damit gegebenen zusätzlichen Werbepotenzialen orientiert, fehlt der deutschen Rundfunklandschaft Vielfalt und damit Innovationspotenzial. Die damit verbundene Angleichung der Programmformate ist vor allem den mit einem Kulturauftrag ausgestatteten öffentlich-rechtlichen Rundfunksendern vorzuwerfen.

3. Inhalt der gegenwärtigen Diskussion

Die gegenwärtige Diskussion um eine Hörfunkquote wurde i.R.d. Popkomm 2002 angestoßen. Dabei handelt es sich nicht um ein Engagement nur einzelner Musiker, sondern um eine breit angelegte Initiative, die vor allem durch die deutschen Phonoverbände und den *Deutschen Musikverleger-Verband* unterstützt wird.⁴⁸ Die Initiative sieht auf Grund der bereits aufgezeigten Mängel in der Programmpolitik der Hörfunksender folgende Quotenregelung für den öffentlich-rechtlichen Hörfunk vor: Eine 50:50-Quote für Neuheiten und deutsche Musik. Demnach soll jeder zweite gespielte Titel eine Neuheit sein. Wiederum die Hälfte der gespielten Neuheiten soll auf deutschsprachige Titel entfallen. Als Neuheit soll dabei nur derjenige Titel gelten, dessen Veröffentlichung nicht länger als drei Monate zurückliegt und dessen Künstler bisher höchstens zwei Alben und davon keines mit Goldstatus veröffentlicht hat.⁴⁹ Dieser Vorschlag soll Gegenstand der rechtlichen Beurteilung sein.

4. Französische Quotenregelung

Als Vorbild für eine Quotenregelung für öffentlich-rechtliche Hörfunkprogramme dient vor allem die seit 1994 in Frankreich geltende Hörfunkquote.

a) Französische Regelung

Mit Gesetz v. 1.2.1994 wurde in Frankreich auch für den Hörfunk eine Quotenregelung vorgesehen, die am 1.1.1996 in Kraft getreten ist.⁵⁰ In ihrer ursprünglichen Fassung sah die Quote vor, dass die Sender mindestens 40 Prozent ihres Musikanteils für französischsprachige Chansons zu reservieren haben. Wiederum die Hälfte hiervon musste für Produktionen junger Talente vorbehalten werden.⁵¹ Der Begriff Chanson umfasst dabei im französischen Sprachgebrauch sämtliche Musikstücke mit Texten.⁵² Damit fällt Instrumentalmusik nicht unter den Begriff des Chansons und wird daher von der Grundmenge für die Bemessung der Einhaltung der Quote abgezogen. Das Gesetz fordert ohne nähere Präzisierung die Einhaltung der Quoten auch zu Zeiten bedeutender Einschaltquoten, um das Abschieben unbeliebter Inhalte in das Nachtprogramm zu verhindern.⁵³ Die Festlegung der Zeiten bedeutender Einschaltquoten wurde der nationalen Medienaufsichtsanstalt *CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel)* überlassen. Die *CSA* definierte den Zeitrahmen für alle Radios gleichermaßen auf die Zeit zwischen 6.30 und 22.30 Uhr.⁵⁴ Auch in welchen Zeiträumen der Quotenanteil erfüllt sein muss, wurde trotz der wesentlichen Bedeutung für die Programmgestaltung durch die gesetzliche Regelung offen gelassen.⁵⁵ Zudem wendet die *CSA* das Gesetz auf bestimmte Radios nicht an, weil das Gesetz die Wesensart dieser Radios von vornherein ignorierte.⁵⁶ Damit bleibt festzuhalten, dass das französische Quotengesetz im Wesentlichen nur die Zielvorgaben aufstellt, während der *CSA* zu deren Erfüllung sehr weitreichende Befugnisse eingeräumt werden.

Seit der letzten Anpassung im August 2000 gilt eine flexiblere Quote in Frankreich. Demnach muss der Anteil französischsprachiger Titel zwischen 35 und 60 Prozent liegen. Abhängig hiervon muss der Anteil von Neuheiten zwischen 10 und 25 Prozent liegen. Es gilt damit die umkehrbare Faustregel: je weniger französischsprachige Titel, umso mehr Neuheiten müssen gespielt werden. Darüber hinaus unterscheidet das Gesetz drei Formate: Das Programm für die ältere Zielgruppe soll einen Programmanteil von 60 Prozent in französischer Sprache und 10 Pro-

47) Werle, Hits, Hits, Hits, Berliner Zeitung v. 18.12.2001.

48) Gebhardt, in: GEMA Nachrichten, Ausgabe 166; *Zombik/Holzhauser/Wegener/Gebhardt*, Quote heißt Öffnung – für mehr Vielfalt, Musikmarkt Online v. 28.10.2002, verfügbar unter: www.musikmarkt.de.

49) Gebhardt, in: GEMA Nachrichten, Ausgabe 166; *Zombik/Holzhauser/Wegener/Gebhardt*, Quote heißt Öffnung – für mehr Vielfalt, Musikmarkt Online v. 28.10.2002, verfügbar unter: www.musikmarkt.de; Per Quote sollen mehr deutsche Pop-Songs ins Radio, Nürnberger Zeitung v. 21.8.2002; *PM Bundesverband Phono und IFPI Deutschland v. 16.8.2002*, verfügbar unter: www.ifpi.de/news/news-221.htm.

50) Art. 12 des Loi No 94-88 du 1er février 1994 modifiant la loi No 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

51) Machill, MP 1996, 144, 149; Holzhauser, *Rundfunkrecht in Europa*, 1996, S. 273; Gundel, ZUM 1998, 1002, 1003.

52) Machill, MP 1996, 144, 149.

53) Machill, MP 1996, 144, 149.

54) Machill, MP 1996, 144, 149.

55) Machill, MP 1996, 144, 149.

56) Machill, MP 1996, 144, 149.

zent Neuheiten bieten. Bei Sendern mit Zuhörern verschiedener Altersgruppen liegt dieses Verhältnis bei 40 zu 20 Prozent und bei Jugendsendern bei 35 zu 25 Prozent.⁵⁷

b) Erfahrungen aus Frankreich

Das Echo auf die Quote fällt in Frankreich überwiegend positiv aus. Nach einer Umfrage von 1997 haben sich 87 Prozent der Franzosen positiv zu der Quote geäußert.⁵⁸ Zudem scheint die Quote auch ein wirtschaftlicher Erfolg zu sein. Im Gegensatz zu der Situation auf dem deutschen Tonträgermarkt konnten die Umsätze in Frankreich im Jahr 2001 um zehn Prozent gesteigert werden. In den Jahren 1997 bis 2001 konnte der CD-Absatz gar von 105 auf 125 Mio. Einheiten gesteigert werden.⁵⁹ Dies sind Zuwachsraten, von denen die deutsche Phonoindustrie derzeit nur träumen kann. Der gesteigerte Absatz wird nicht zuletzt auf den gestiegenen Anteil bei nationalen Produktionen zurückgeführt.⁶⁰ Gleichzeitig haben sich die Produktions- und Promotionsinvestitionen für französischsprachige Künstler von 1994 bis 1999 vervierfacht und für Nachwuchskünstler gar verfünffacht. Diese im Vergleich zum deutschen Markt positive Entwicklung in Frankreich wird nicht zuletzt auf die durch die Quotenregelung einsetzenden Wechselwirkungen zwischen den genannten Faktoren zurückgeführt.⁶¹

Jedoch gibt es auch Schwachpunkte bei der in Frankreich getroffenen Regelung.⁶² Die Quote wird nach der Gesamtzahl der gespielten Titel berechnet und nicht nach dem Anteil der Sendezeit. Daher werden oftmals französischsprachige Lieder nur 30 Sekunden lang angespielt, um die geforderte Quote zu erreichen. Die Regelung gibt vor, dass die Quote in der Tageszeit in den Programmen erreicht werden muss. Jedoch wird nicht die Verteilung über die Sendezeit spezifiziert. Daher werden französischsprachige Titel oftmals im Block zu Zeiten geringerer Einschaltquoten platziert.

Trotz dieser Schwachpunkte hat sich die Quote in Frankreich bewährt. Dies zeigt nicht allein die positive Entwicklung der französischen Musikindustrie. Gerade dass Jugendliche zwischen 15 und 24 Jahren nicht nur englische Songs, sondern auch französische aktuelle Hits bevorzugen,⁶³ zeigt, dass die Quote auch hinsichtlich der Gewährleistung kultureller Vielfalt in der Gesellschaft ein Erfolg ist.

5. Gesellschaftspolitische Aspekte

Auch gesellschaftspolitische Aspekte spielen bei der Forderung einer Hörfunkquote in Deutschland eine wichtige Rolle. Dabei muss insbesondere die Akzeptanz einer solchen Regelung in der Gesellschaft Beachtung finden. Anhaltspunkte für die damit verbundenen Probleme geben hierbei die zahlreichen negativen Kommentare zu der Forderung nach einer Programmquote.⁶⁴ Die Bezeichnung Quote für deutschsprachige Titel wird teilweise verschämt als „deutsche Quote“ abgelehnt.⁶⁵ Bei anderen wiederum wird das Unbehagen vor einer staatlichen Regulierung des Radioprogramms deutlich.⁶⁶ Insgesamt fällt das öffentliche Echo bezüglich einer Regulierung in der deutschen Bevölkerung im Vergleich zu Frankreich bisher überwiegend negativ aus.⁶⁷ Während sich die Franzosen in diesem Fall nationalbewusst geben, trifft auf die Deutschen gerade das Gegenteil zu.⁶⁸ Das im Unterschied zu Frankreich wenig ausgeprägte Nationalbewusstsein in Deutschland muss auf die neuere deutsche Geschichte zurückgeführt werden. Die begrüßenswerte und erforderliche kritische Auseinandersetzung hiermit führt bisweilen dazu, dass

eine sehr starke Sensibilisierung in der Bevölkerung hinsichtlich Fragen der nationalen Identität besteht. Entsprechend vorsichtig muss daher in der Öffentlichkeitsarbeit für eine Quote zu Gunsten deutschsprachiger Musik vorgegangen werden, damit das Thema nicht in eine Diskussion um Nationalismus abgleitet.

Gleiches gilt hinsichtlich der Vorbehalte bezüglich der staatlichen Regulierung an sich. Das Rundfunkrecht der ehemaligen DDR hatte eine Quote zu Gunsten sozialistischer Inhalte.⁶⁹ Aufgabe der Öffentlichkeitsarbeit wird es daher sein, das Ziel der Sicherung der Vielfalt in den Vordergrund zu stellen, um Vorwürfen der staatlich gelenkten Indoktrinierung bereits im Vorfeld die Argumentationsgrundlage zu nehmen. Es wird daher eine intensive, aber zugleich umsichtige Öffentlichkeitsarbeit erforderlich sein.

6. Fazit

Die Diskussion um eine Hörfunkquote in Deutschland ist nicht neu. Die neuerliche Intensivierung i.R.d. Popkomm 2002 ist dabei vor allem vor dem Hintergrund des derzeit angeschlagenen Musikmarkts in Deutschland zu sehen. Die gegenwärtige Krise erfasst dabei deutsche Produktionen und insbesondere solche in deutscher Sprache. Dass für die gegebene Situation die Dominanz angloamerikanischer Produktionen auf dem deutschen Markt eine nicht unerhebliche Ursache ist, zeigt der Vergleich mit Frankreich. Dort behaupten sich französische Produktionen gegenüber denen aus dem angloamerikanischen Raum gleichberechtigt.⁷⁰ Die damit gegebene größere Vielfalt auf dem Musikmarkt dürfte ein wesentliches Faktum für die kontinuierlichen Zuwachsraten bei den Tonträgerverkäufen sein. Seit der Einführung der Hörfunkquote hat sich die Förderung vor allem junger Künstler in ihrem Volumen vervielfacht. Damit sind wichtige Rahmenbedingungen für mehr kulturelle Vielfalt in Frankreich entstanden. Die gegenwärtige Programmpolitik der Hörfunksender in Deutschland orientiert sich wie in Frankreich vor Einführung der Quote weitgehend danach, welche Titel sich bereits auf dem Markt durchgesetzt haben. Nur wenn die Möglichkeit der Präsentation junger Künstler in den Hörfunkprogrammen besteht, sind entsprechende Investitionen in die Nachwuchsförderung wie in Frankreich zu erwarten. Das gilt insbesondere für deutschsprachige Interpreten und Bands in der Sparte Rock- und Popmusik. Die dabei Abhilfe versprechende Einführung einer Hörfunkquote muss in Deutschland durch eine intensive und be-

57) Die französische Quotenregelung als Vorbild, Musikwoche v. 16.8.2002.

58) *Lilienkamp*, Angloamerikanismus und Popkultur, 2001, 2.5.4.

59) *Nida-Rümelin*, zit. in: Ein Herz für Nicole, Frankfurter Rundschau v. 18.8.2002.

60) *Nida-Rümelin*, zit. in: Ein Herz für Nicole, Frankfurter Rundschau v. 18.8.2002; *Lilienkamp*, Angloamerikanismus und Popkultur, 2001, 2.5.4.

61) *Nida-Rümelin*, zit. in: Ein Herz für Nicole, Frankfurter Rundschau v. 18.8.2002.

62) *Lilienkamp*, Angloamerikanismus und Popkultur, 2001, 2.5.4.

63) *Machill*, MP 1996, 144, 150.

64) *Laith Al-Deen*, zit. in: Westdeutsche Zeitung v. 13.8.2002; *Keller*, Ablenkung, Kölner Stadt-Anzeiger v. 19.8.2002; *Grönemeyer*, der sich nur für eine Newcomer-Quote ausspricht, in: musikwoche.de 1/2/2003; vgl. Interview mit *Heinz Rudolf Kunze*, Die Tageszeitung v. 16.8.1996.

65) *Grönemeyer*, in: musikwoche.de 1/2/2003.

66) Vgl. Interview mit *Heinz Rudolf Kunze*, Die Tageszeitung v. 16.8.1996; *Laith Al-Deen*, zit. in: Westdeutsche Zeitung v. 13.8.2002.

67) *Lilienkamp*, Angloamerikanismus und Popkultur, 2001, 2.5.4.

68) *Lilienkamp*, Angloamerikanismus und Popkultur, 2001, 2.5.4.

69) *Hesse*, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 1999, S. 35.

70) *Machill*, MP 1996, 144, 150.

hutsame Öffentlichkeitsarbeit begleitet werden. Ansonsten besteht in Deutschland die Gefahr, dass das nicht nur wirtschaftlich, sondern insbesondere auch kulturell wichtige Thema als Deutschtümelei missverstanden wird.

III. Verfassungsrechtliche Vorfragen

Die Einführung einer Programmquote für den öffentlich-rechtlichen Hörfunk ist vor dem Hintergrund des dualen Rundfunksystems und der föderalen Struktur der Bundesrepublik Deutschland verfassungsrechtlich nicht unproblematisch. Die vorgeschlagene Programmquote sieht bindende Leitlinien für die inhaltliche Gestaltung von Hörfunkprogrammen vor. Damit ist eine hoheitliche Beschränkung der Programmgestaltung verbunden, die insbesondere vor dem Hintergrund der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG garantierten Rundfunkfreiheit problematisch sein kann. Vor dem Hintergrund der föderalen Struktur der Bundesrepublik stellt sich zudem die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz für eine solche Regelung.

1. Kompetenz zur Schaffung einer Quotenregelung

Auf Grund der föderalen Struktur der Bundesrepublik Deutschland stellt sich zunächst die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz für eine Hörfunkquote. Die Einführung einer Programmquote durch ein Bundesgesetz würde eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz des Bundes voraussetzen. Nach dem die grundsätzliche Kompetenzverteilung regelnden Art. 70 Abs. 1 GG gilt hierfür ein Regel-Ausnahme-Verhältnis.⁷¹ Demnach sind für die Gesetzgebung grundsätzlich die Länder zuständig, wenn die Materie nicht ausnahmsweise ausdrücklich der Gesetzgebung des Bundes zugewiesen ist. Das Grundgesetz enthält in Art. 70 ff. GG keine ausdrückliche Zuweisung der Regelungsmaterie Rundfunk zu den Gegenständen der Gesetzgebung des Bundes. Eine Bundeskompetenz kann sich allerdings aus einer zugewiesenen Materie mit Rundfunkbezug wie z.B. Art. 73 Nr. 7 GG ergeben. Demnach ist dem Bund u.a. die Regelungsmaterie der Telekommunikation zugewiesen. Unter den Begriff der Telekommunikation fällt auch die Übermittlung von Informationen für die Massenkommunikation.⁷² Bei der Kompetenzabgrenzung differenziert das BVerfG zwischen der Veranstaltung und der Verbreitung des Rundfunks.⁷³ Die Veranstaltung umfasst dabei neben organisatorischen Fragen die inhaltliche Gestaltung von Rundfunksendungen.⁷⁴ Die Einführung einer Programmquote betrifft die inhaltliche Gestaltung von Rundfunksendungen und ist somit dem Regelungsbe- reich der Veranstaltung zuzuordnen. Für die Regelung der Veranstaltung des Rundfunks besteht mangels einer Zu-

weisung zu der Bundesmaterie und der fehlenden Ableitbarkeit aus anderen ausdrücklich dem Bund zugewiesenen Materien eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder nach Art. 70 Abs. 1 GG.⁷⁵ Eine einheitliche bundesgesetzliche Regelung der Materie scheidet daher aus. Somit steht den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für eine Quotenregelung zu.

2. Rundfunkfreiheit durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG

Durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG wird die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk gewährleistet. Die Gewährleistung der Rundfunkfreiheit ist von zentraler Bedeutung, indem sie der Gewährleistung freier, individueller und öffentlicher Meinungsbildung dient.⁷⁶ Dabei hat der Rundfunk in bestmöglicher Breite und Vollständigkeit zu informieren, gibt dem Einzelnen und den gesellschaftlichen Gruppen Gelegenheit zu meinungsbildendem Wirken und ist selbst an dem Prozess der Meinungsbildung beteiligt.⁷⁷ Der Rundfunk nimmt somit die Vermittlungsfunktion zwischen den Grundrechten der Meinungsäußerungsfreiheit und der Informationsfreiheit wahr, indem er die weitreichende Verbreitung von Meinungen und die Information ermöglicht.⁷⁸ Deshalb wird verschiedentlich neben der Funktion der Rundfunkfreiheit als Abwehrrecht ein objektiver Gehalt der Rundfunkfreiheit angenommen, der den Staat zu einer Ausgestaltung der Freiheit verpflichtet.⁷⁹ Bei der Überprüfung der Einführung einer Quotenregelung anhand von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist daher von Bedeutung, ob dem Gesetzgeber ein solcher Gestaltungsauftrag zukommt. Im Falle des Vorliegens eines Gestaltungsauftrags kommt eine Einordnung der Quote als Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit in Betracht.

a) Träger der Rundfunkfreiheit

Vorab ist allerdings zu klären, ob die von einer Programmquote betroffenen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten überhaupt Träger des Grundrechts der Rundfunkfreiheit sein können. Auf Grund ihrer Rechtsform als „Anstalt des öffentlichen Rechts“⁸⁰ liegt der Gedanke nahe, sie dem Grundrechtsbindung unterliegenden Staat zuzuordnen. Die Grundrechtsfähigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist jedoch gerade im Hinblick auf ihre rundfunkspezifische Aufgabe anerkannt.⁸¹

b) Rundfunkbegriff

Mit der Maßgabe der Gewährleistung der Berichterstattung durch den Rundfunk hat die Verfassung eine weite Formulierung der Rundfunkfreiheit gewählt. Unter dem Begriff Rundfunk ist die Veranstaltung und Verbreitung von Darbietungen aller Art für die Allgemeinheit mit Hilfe elektrischer Schwingungen gemeint.⁸² Der Begriff des Rundfunks beinhaltet damit die Komponente der Verbreitung, verbunden mit der inhaltlichen Komponente der Darbietungen aller Art. Hinsichtlich der inhaltlichen Komponente der Darbietungen aller Art stellt sich die Frage, inwieweit durch die Einführung der Programmquote der Schutzbereich der Rundfunkfreiheit der öffentlich-rechtlichen Hörfunksender überhaupt tangiert wird. Durch die Programmquote wird nicht die Gestaltungsfreiheit des Gesamtprogramms, sondern nur der Teilaspekt der Musiksammensetzung des Hörfunkprogramms berührt.

Dies führt zu der weiter gehenden Frage, ob die Musik als Unterhaltungskomponente des Rundfunks, als Darbietung i.S.d. Rundfunkbegriffs und damit als Bestandteil des Schutzbereichs angesehen werden kann. Bei Beantwortung

71) Pieroth, in: Jarass/Pieroth GG, 6. Aufl. 2002, Art. 70 Rdnr. 1.

72) Pieroth, in: Jarass/Pieroth GG, 6. Aufl. 2002, Art. 73 Rdnr. 17; BVerfGE 12, 205, 225 ff.

73) BVerfGE 12, 205, 243, 249.

74) Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, S. 148.

75) BVerfGE 12, 205, 250 ff.; Knothe/Wanckel, ZUM 1995, 20, 21; Hesse, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 1999, S. 46; Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, S. 147.

76) BVerfGE 57, 295, 319; BVerfGE 74, 297, 323.

77) BVerfGE 59, 231, 257 f.; BVerfGE 73, 118, 152.

78) Vgl. BVerfGE 83, 238, 296; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 5 Rdnr. 28.

79) Jarass, in: Jarass/Pieroth GG, 6. Aufl. 2002, Art. 5 Rdnr. 28, 37; Ladeur, AfP 1998, 141, 142 f.

80) Herrmann, Rundfunkrecht, 1994, S. 234.

81) BVerfGE 59, 231, 259; Ladeur, AfP 1998, 141, 143; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 5 Rdnr. 34.

82) Jarass, in: Jarass/Pieroth GG, 6. Aufl. 2002, Art. 5 Rdnr. 29; OVG Münster DÖV 1978, 519 f.

tung dieser Frage muss die Funktion der Rundfunkfreiheit näher beleuchtet werden. Nach st. Rspr. des *BVerfG* ist der Rundfunk „Medium und Faktor“ des verfassungsrechtlich geschützten Prozesses, in dem sich Meinungsbildung vollzieht.⁸³ Die Musikkomponente des Hörfunkprogramms muss daher Bestandteil des verfassungsrechtlich geschützten Prozesses der Meinungsbildung sein.

Publizistische Relevanz

Wegen des engen Bezugs der Rundfunkfreiheit zu dem Prozess der Meinungsbildung könnte der Begriff der Darbietung dahingehend verengt werden, dass nur für die Meinungsbildung relevante Inhalte begrifflich erfasst werden. Einen Anhaltspunkt hierfür bietet das „Schliersee-Papier“ der Rundfunkreferenten der Bundesländer, das 1975 den verfassungsmäßig vorgegebenen Rundfunkbegriff zu konturieren suchte.⁸⁴ In dem Papier sprachen die Rundfunkreferenten auch Inhalten den Darbietungscharakter ab, die prinzipiell für die Meinungsbildung geeignet sind, jedoch i.S.d. vom *BVerfG* entwickelten Grundsätze zu Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht bedeutsam sind.

Auch in der Literatur gibt es Autoren, die einen Sendeinhalt von meinungsbildender Relevanz zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Tatbestands „Rundfunk“ fordern.⁸⁵ Wenn man zur Erfüllung des Rundfunkbegriffs eine derartige Differenzierung vornimmt, muss die Frage beantwortet werden, wann einem Beitrag die meinungsbildende Relevanz fehlt. Als Beispiel einer Differenzierung nach der meinungsbildenden Relevanz wird angeführt, dass Beiträge mit staats- und allgemeinpolitischem Bezug mehr Relevanz haben als schlichte, auf Zerstreuung gerichtete Unterhaltungsprogramme.⁸⁶ Wenn demnach der unterhaltenden Komponente des Rundfunks eine niedrige Relevanz zukommt, stellt sich die Frage nach der Schwelle, ab der die Relevanz den Anforderungen des Rundfunkbegriffs genügt. Diese Antwort bleiben die Vertreter dieser Auslegung des Begriffs der Darbietung weitgehend schuldig.⁸⁷ Überdies müsste zunächst geklärt werden, was als rein unterhaltend und damit für die Meinungsbildung wenig relevante Programmkomponente aufzufassen ist. Exemplarisch hierfür werden Musikspartenkanäle genannt.⁸⁸ Dies könnte zu der Meinung verleiten, dass die Programmkomponente Musik stets als unterhaltend und damit publizistisch wenig relevante Erscheinungsform des Rundfunks anzusehen ist. Eine solche undifferenzierte Betrachtungsweise würde indes der Bedeutung der Musik für die öffentliche Meinungsbildung nicht gerecht. Der Versuch der Differenzierung erfolgt nach der Bedeutung für den öffentlichen Meinungsbildungsprozess, wobei Beiträgen mit staats- oder allgemeinpolitischem Bezug mehr Bedeutung beigemessen wird.⁸⁹ Bei einer solchen Einteilung darf jedoch nicht verkannt werden, dass es neben trivialer Unterhaltungsmusik auch Musik mit politischen Inhalten gibt, die somit durchaus als Programmbestandteil eine erhebliche Relevanz für die politische Meinungsbildung haben kann.⁹⁰ Eine undifferenzierte Einteilung der Musik als lediglich unterhaltender Bestandteil des Programms mit wenig Relevanz für die öffentliche Meinungsbildung kann daher nicht erfolgen. Konsequenterweise kann damit die gesamte Programmkomponente Musik auch nicht wegen fehlender Überschreitung der Relevanzschwelle aus dem Rundfunkbegriff ausgenommen werden.

Weiter Begriff der Darbietung

Der Großteil der Literatur steht dem Erfordernis des Überschreitens der Relevanzschwelle zur Annahme einer Dar-

bietung i.S.d. Rundfunkbegriffs ablehnend gegenüber.⁹¹ Demnach ist der Grad der Relevanz für die Meinungsbildung kein geeignetes Kriterium, einen Rundfunkbeitrag aus dem Schutzbereich der Rundfunkfreiheit auszunehmen. Insbesondere gehe die differenzierende Auffassung mit der Reduzierung der öffentlichen Meinungsbildung auf politische Gehalte von einem zu engen Differenzierungskriterium aus. Sie verkenne damit, dass die öffentliche Meinungsbildung jeden Sachbereich erfassen kann.⁹² Demnach sei auch die scheinbar unpolitische Unterhaltung geeignet, gesellschaftliche und individuelle Verhaltensmuster mit zu schaffen oder zu beeinflussen. Dabei wird angeführt, dass Musikvideos bereits heute das Lebensgefühl großer Teile der jüngeren Bevölkerung prägen.⁹³ Zudem sprächen auch systematische Argumente für eine Unterstellung jedweden Inhalts unter das Tatbestandsmerkmal der Darbietung. Die Individualfreiheiten der Meinungs- und Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, deren massenkommunikative Kehrseite das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG darstelle, seien ohne Rücksicht auf eine eventuelle publizistische Relevanz des Geäußerten oder Gehörten einschlägig. Geschützt sei demnach jede Form der Meinungsäußerung, auch solche, die ob ihrer Trivialität vorderhand jegliche inhaltliche Wichtigkeit vermissen lasse. Entsprechend umfasse die Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG jede Form der Informationsbeschaffung aus allgemein zugänglichen Quellen, auch wenn die Information nicht geeignet zu sein scheine, zur Meinungsbildung des Einzelnen etwas beizutragen. Grund hierfür sei, dass für eine dogmatisch überzeugende Scheidung des Relevanten vom Irrelevanten eine nichtexistierende kompetente Entscheidungsinstanz vonnöten wäre. Deshalb werde schon die Bewertung einer Äußerung als meinungsrelevant oder -irrelevant durch den Äußernden bei der Meinungsfreiheit, respektive durch den Rezipienten bei der Informationsfreiheit, durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt. Wenn das Verdikt über publizistische Relevanz oder Irrelevanz i.R.d. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG wegen der Schwierigkeit, eine solche Entscheidung nach anderen als subjektiven Kriterien zu treffen, allein dem Rezipienten obliege, müsse folglich als Kehrseite der Massenkommunikation auch der Empfang jedweder Angebote wegen ihrer zumindest potenziellen publizistischen Relevanz grundrechtlich geschützt werden.⁹⁴ Nach dieser Auffassung fällt jedes der Masse zugängliche Angebot wegen seiner zumindest potenziellen publizistischen Relevanz unter den Begriff der Darbietung. Demnach ist die Programmkomponente Musik jedenfalls von dem Begriff der Darbietung und damit von dem Schutzbereich der Rundfunkfreiheit umfasst.

83) *BVerfG* AfP 1991, 389, 390; *BVerfGE* 12, 205, 260.

84) *Brand*, Rundfunk im Sinne des Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG, 2002, S. 65; *Schliersee-Papier* der Rundfunkreferenten v. 29.4. 1975, abgedr. bei *Brand*, S. 268 ff.

85) *Müller-Using/Lücke*, *ArchivPT* 1995, 32, 36; *Ricker/Schiwy*, *Rundfunkverfassungsrecht*, 1997, S. 68.

86) *Gersdorf*, *Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation*, 1995, S. 94.

87) *Müller-Using/Lücke*, *ArchivPT* 1995, 32, 36 ff.

88) *Kresse/Heinze*, *AfP* 1995, 574, 578.

89) *Gersdorf*, *Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation*, 1995, S. 94.

90) Ein gutes Beispiel hierfür aus der jüngeren Zeit ist der „Steuersong“.

91) *Gersdorf*, *Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation*, 1995, S. 94; *Brand*, *Rundfunk im Sinne des Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG*, 2002, S. 72 ff.; *Jarass*, *AfP* 1998, 133, 134.

92) *Jarass*, *AfP* 1998, 133, 134; vgl. *Kresse/Heinze*, *AfP* 1995, 574, 578.

93) *Kresse/Heinze*, *AfP* 1995, 574, 578.

94) *Brand*, *Rundfunk im Sinne des Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG*, 2002, S. 79 f.

Rechtsprechung des BVerfG

Die letztgenannte Auffassung wird durch die Rechtsprechung des BVerfG gestützt. Das BVerfG hat die unterhaltende Komponente seit seinem ersten Fernsehurteil ausdrücklich und beständig⁹⁵ unter den Schutz der Rundfunkfreiheit gestellt,⁹⁶ da allein durch die Auswahl des zu sendenden Inhalts – und sei er auch belanglos unterhaltensamen Charakters – auf die öffentliche Meinung Einfluss genommen werde.⁹⁷ Das BVerfG stellt damit gerade nicht auf die publizistische Relevanz der gesendeten Inhalte ab. In einer neueren Entscheidung⁹⁸ im Zusammenhang mit der Pressefreiheit führt das BVerfG aus:

„Aber auch der bloßen Unterhaltung kann der Bezug zur Meinungsbildung nicht von vornherein abgesprochen werden. Es wäre einseitig anzunehmen, Unterhaltung befriedige lediglich Wünsche nach Zerstreuung und Entspannung, nach Wirklichkeitsflucht und Ablenkung. Sie kann auch Realitätsbilder vermitteln und stellt Gesprächsgegenstände zur Verfügung, an die sich Diskussionsprozesse und Integrationsvorgänge anschließen können, die sich auf Lebenseinstellungen, Werthaltungen und Verhaltensmuster beziehen, und erfüllt insofern wichtige gesellschaftliche Funktionen.“⁹⁹

Das BVerfG folgert hieraus, dass Unterhaltung, gemessen an dem Schutzziel der Pressefreiheit, nicht unbeachtlich oder gar wertlos und deswegen ebenfalls in den Grundrechtsschutz einbezogen ist.¹⁰⁰ Insbesondere betont es in diesem Zusammenhang, dass „die Meinungsbildung nicht auf den politischen Bereich beschränkt“¹⁰¹ ist. Es erteilt somit i.R.d. Bestimmung des Umfangs des Schutzbereichs der Pressefreiheit der Differenzierung nach der publizistischen Relevanz der Beiträge eine Absage. Weil lediglich der technische Verbreitungsweg Rundfunk und Presse unterscheidet,¹⁰² sind die in dem Urteil getroffenen Feststellungen auf das Grundrecht der Rundfunkfreiheit übertragbar. Deshalb ist auch nach der Auffassung des BVerfG die Musik, selbst wenn sie nur Unterhaltungswert hat, als Komponente des Rundfunkprogramms von dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erfasst.

Fazit

Da nach allen genannten Auffassungen das Musikprogramm eine Darbietung i.S.d. Rundfunkbegriffs darstellt, wird die Programmkomponente der Musik jedenfalls von dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erfasst.

95) BVerfGE 12, 205, 260; BVerfGE 31, 314, 326; BVerfGE 35, 202, 222.

96) Brand, Rundfunk im Sinne des Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG, 2002, S. 72 ff.

97) BVerfGE 12, 205, 260; BVerfGE 31, 314, 326; BVerfGE 35, 202, 222.

98) BVerfG ZUM 2000, 149 ff.

99) BVerfG ZUM 2000, 149, 157.

100) BVerfG ZUM 2000, 149, 157.

101) BVerfG ZUM 2000, 149, 157.

102) Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 5 Rdnr. 29.

103) Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 5 Rdnr. 32.

104) BVerfGE 77, 65, 74; BVerfGE 91, 125, 135.

105) Degenhart, in: Bonner Kommentar GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rdnr. 645.

106) BVerfGE 57, 295, 319; BVerfGE 73, 118, 153; BVerfG AfP 1991, 389, 390.

107) Jarass, Gutachten G für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, Rdnr. 24 ff.; Hoffmann-Riem, in: AK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 156; Hoffmann-Riem, AöR 109 (1984), 304, 312 f.; Ruck, AöR 117 (1992), 543, 547 f.; Bethge, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 5 Rdnr. 92; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 5 Rdnr. 37; Eichler, ZUM 1995, 599, 601.

108) BVerfGE 57, 295, 319; BVerfG AfP 1991, 389, 390.

109) BVerfGE 57, 295, 319 f.

110) BVerfGE 12, 205, 260; BVerfGE 57, 295, 320.

c) Geschütztes Verhalten

Inhaltlich umfasst die Rundfunkfreiheit alle wesensmäßig mit der Veranstaltung von Rundfunk zusammenhängenden Tätigkeiten.¹⁰³ Der somit aus dem Schutzzweck sehr weit gefasste Schutzbereich der Rundfunkfreiheit reicht von der Beschaffung der Informationen und der Produktion der Sendungen bis hin zu ihrer Verbreitung.¹⁰⁴ Es sind somit alle rundfunkspezifischen Tätigkeiten der Veranstalter von dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erfasst. Dies gilt insbesondere für die inhaltliche Programmgestaltungsfreiheit der Rundfunkveranstalter als Kern der Rundfunkfreiheit. Dieser Kern der Rundfunkfreiheit wird durch die inhaltlichen Vorgaben einer Quotenregelung berührt.

d) Eingriff

Angesichts der Berührung der Programmgestaltungsfreiheit stellt sich daher die Frage, ob ein nach Art. 5 Abs. 2 GG rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in der Einführung einer Quotenregelung liegt. Nach seinem Wortlaut enthält Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG die Gewährleistung der Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk. Durch diesen Wortlaut und seine systematische Stellung¹⁰⁵ im Grundrechtsteil der Verfassung liegt es nahe, die Rundfunkfreiheit als klassisches Abwehrrecht gegen staatliche Beeinträchtigungen im grundrechtsrelevanten Bereich anzusehen. Demnach würde ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff durch eine Quotenregelung vorliegen. Andererseits muss das Grundrecht in seinem funktionsspezifischen Zusammenhang mit den Gewährleistungen in Art. 5 Abs. 1 GG gesehen werden. Sein spezifischer Bezug zu den durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten Grundrechten der Meinungs- und Informationsfreiheit könnte eine diesen Freiheiten dienende Funktion der Rundfunkfreiheit nahe legen. Zu der Gewährleistung der dienenden Funktion der Rundfunkfreiheit kann eine positive Ausgestaltung des Gesetzgebers erforderlich sein. Folglich kommt es für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage eines Eingriffs auf das normative Verständnis von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und die danach erfolgende Einordnung der vorgeschlagenen Quotenregelung an.

Normatives Verständnis der Rundfunkfreiheit

Die Beantwortung der Frage nach einem Eingriff in die Rundfunkfreiheit durch eine Quotenregelung hängt zunächst von dem normativen Verständnis der Rundfunkfreiheit ab.

■ **Objektivrechtlicher Gestaltungsauftrag:** Das BVerfG¹⁰⁶ und die ihm folgende Lit.¹⁰⁷ versteht das Grundrecht der Rundfunkfreiheit primär als dienende Freiheit. Die Rundfunkfreiheit dient demnach mit der Gewährleistung freier, individueller und öffentlicher Meinungsbildung der gleichen Aufgabe wie alle Garantien des Art. 5 Abs. 1 GG.¹⁰⁸ Indem Art. 5 Abs. 1 GG Meinungsäußerungs-, Meinungsverbreitungs- und Informationsfreiheit als Menschenrechte gewährleistet, sucht er zugleich diesen Prozess verfassungsrechtlich zu schützen. Art. 5 Abs. 1 GG begründet insoweit subjektive Rechte. Im Zusammenhang damit normiert er die Meinungsfreiheit als objektives Prinzip der Gesamtrechtsordnung, wobei subjektiv- und objektivrechtliche Elemente einander bedingen und stützen.¹⁰⁹ Dabei ist der Rundfunk Medium und Faktor dieses verfassungsrechtlich geschützten Prozesses freier Meinungsbildung.¹¹⁰ Die Rundfunkfreiheit ist demnach primär eine der Freiheit der Meinungsbildung in ihren subjektiv- und objektivrechtlichen Elementen dienende Freiheit, indem sie der Aufgabe, freie und umfassende Meinungsbildung durch Rundfunk zu gewährleisten,

dient.¹¹¹ Würde man den Rundfunk dem freien Spiel des Wettbewerbs überlassen, könne nach Ansicht des *BVerfG* nicht mit hinreichender Sicherheit erwartet werden, dass das Programmangebot in seiner Gesamtheit den Anforderungen der Rundfunkfreiheit entsprechen werde.¹¹² Zu der Gewährleistung dieser Aufgabe bedürfe es daher einer positiven Ordnung, welche sicherstelle, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in bestmöglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck finde. Um dies zu erreichen, seien daher materielle, organisatorische und Verfahrensregelungen erforderlich, die an der Aufgabe des Rundfunks orientiert und deshalb geeignet seien zu bewirken, was Art. 5 Abs. 1 GG gewährleisten wolle.¹¹³

Das *BVerfG* und die ihm folgende Literatur gehen damit davon aus, dass die Rundfunkfreiheit einer positiven Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bedarf, damit sie ihrer von der Verfassung vorgegebenen Aufgabe als Bestandteil der Kommunikationsfreiheiten gerecht werden kann. Somit reicht nach dieser Auffassung die Möglichkeit der Einschränkung der Rundfunkfreiheit über die Schranke in Art. 5 Abs. 2 GG nicht aus, die Aufgabenerfüllung des Rundfunks zu gewährleisten. Der Unterschied besteht darin, dass auch bei belastenden Ausgestaltungsregelungen die gesetzliche Regelung nicht an der Schranke des Art. 5 Abs. 2 GG gemessen wird.¹¹⁴ Vielmehr dienen Ausgestaltungsgesetze der Verwirklichung des Kommunikationsgrundrechts selbst.¹¹⁵ Es schafft damit erst die Voraussetzungen für Entfaltungsmöglichkeiten. Mit der Ausgestaltung verbundene Belastungen stellen demnach keine Eingriffe in Rechtspositionen dar, weil die Entfaltungsmöglichkeit durch die Ausgestaltung von vornherein als begrenzte besteht.¹¹⁶ Die Frage nach der Zulässigkeit einer belastend wirkenden Ausgestaltung richtet sich demgemäß allein nach Art. 5 Abs. 1 GG und nicht nach Art. 5 Abs. 2 GG.¹¹⁷ Demnach stellt die Quotenregelung keinen Eingriff in die Rundfunkfreiheit dar, wenn sie als Ausgestaltung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG anzusehen wäre.

■ **Vorrang subjektive Freiheit:** Nach der Gegenansicht in der Literatur¹¹⁸ beinhaltet das Grundrecht der Rundfunkfreiheit vorrangig ein subjektives Abwehrrecht. Soweit darüber hinaus ein objektivrechtlicher Gehalt anerkannt wird, dient dieser nur der Sicherung subjektiver Rechte. Für diese Sichtweise werden grundrechtsdogmatisch verschiedene Begründungsansätze gewählt. Nach einem Begründungsansatz ist die Rundfunkfreiheit ein unselbstständiger Unterfall der individuellen Meinungsfreiheit. Durch die Rundfunkfreiheit wird demnach neben Wort, Schrift und Bild zusätzlich die massenmediale Verbreitung von Meinungen geschützt. Danach hat die Rundfunkfreiheit keinen darüber hinausgehenden eigenständigen Gehalt, als den massenmedialen Verbreitungsweg von Meinungen subjektivrechtlich zu gewährleisten.¹¹⁹

Nach einem anderen Begründungsansatz kommt dem Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zwar ein eigenständiger Gehalt zu. Jedoch ist die Rundfunkfreiheit dazu bestimmt, der individuellen Meinungsfreiheit als Basisgewährleistung zu dienen.¹²⁰ Im Ergebnis gehen damit beide Begründungsansätze davon aus, dass sich der Gehalt der Rundfunkfreiheit in der subjektivrechtlichen Gewährleistung der massenmedialen Verbreitung von Meinungen erschöpft.

Ein neuerer Begründungsansatz setzt an dem durch das *BVerfG* formulierten Erfordernis der objektiven Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit an.¹²¹ Demnach können auch durch regulierende Vorgaben als Beschränkung des Freiheitsrechts nachteilige Auswirkungen eines freien Wettbe-

werbs auf dem Rundfunkmarkt begrenzt werden.¹²² Als Argument für das fehlende Erfordernis einer positiven Ausgestaltung wird der Vergleich mit der Situation im Pressewesen angeführt. Die Rundfunkfreiheit diene den gleichen Zielen wie alle Teilfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG. Deshalb spreche zunächst nichts dagegen, die Rundfunkfreiheit den anderen Teilfreiheiten und insbesondere der Pressefreiheit gleichzustellen.¹²³ Die Kritik knüpft dabei an der durch das *BVerfG* vorgenommenen Differenzierung zwischen der Situation auf dem Rundfunk- und dem Pressemarkt an.¹²⁴

Das *BVerfG* hatte in seiner Entscheidung ausgeführt, dass manches dafür spreche würde, dass sich bei Fortfall aller bisherigen Beschränkungen eine gewisse Vielfalt, wie sie heute im Bereich der überregionalen Tageszeitungen bestehe, auf dem Rundfunkmarkt einstellen werde. Dabei handele es sich aber nur um eine Möglichkeit. Das *BVerfG* folgerte hieraus, dass es bisher an einer hinreichenden Sicherheit fehle, dass das Programmangebot in seiner Gesamtheit kraft der Eigengesetzlichkeit des Wettbewerbs den Anforderungen der Rundfunkfreiheit entsprechen würde. Anders als auf dem Rundfunkmarkt habe bei der Presse die geschichtliche Entwicklung zu einem gewissen bestehenden Gleichgewicht geführt. Nach heutiger Sicht genüge es deshalb zur Sicherstellung umfassender Information und Meinungsbildung durch die Presse, Bestehendes zu gewährleisten.¹²⁵ Das *BVerfG* geht damit davon aus, dass auf Grund der genannten Besonderheiten die Rundfunkfreiheit einer positiven Ausgestaltung bedarf. Hingegen ist eine solche auf Grund des bestehenden Gleichgewichts auf dem Pressemarkt nach heutiger Sicht nicht erforderlich.

Gegen diese Differenzierung wird eingewendet, dass das *BVerfG* sich bei seiner Einschätzung einseitig an dem Bild des öffentlich-rechtlichen Rundfunks orientiert habe.¹²⁶ Vielmehr sei durch den publizistischen Wettbewerb auf dem Rundfunkmarkt eine dem Pressemarkt vergleichbare Vielfalt zu erwarten. Das Hindernis begrenzter Sendefrequenzen bestehe heute nicht mehr. Deshalb sei entgegen der Auffassung des *BVerfG* kein Gesichtspunkt ersichtlich, der eine unterschiedliche Sichtweise für Rundfunk- und Pressefreiheit rechtfertige.¹²⁷ Daher sei die Rundfunkfreiheit ebenso wie die Pressefreiheit als vorrangig subjektive Freiheit anzusehen.

Als zusätzliches Argument für ein überwiegend subjektiv geprägtes Recht wird angeführt, dass die Rundfunkfreiheit in den Grundrechtsteil der Verfassung Aufnahme gefunden hat. Dies spreche maßgeblich für die Annahme des Grundrechts als Freiheitsrecht.¹²⁸ Damit besteht nach die-

111) *BVerfGE* 57, 295, 320.

112) *BVerfGE* 57, 295, 322 f.

113) *BVerfGE* 57, 295, 320; *BVerfG AfP* 1991, 389, 390.

114) *Jarass*, Gutachten G für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, Rdnr. 33.

115) *Hoffmann-Riem*, in: *AK-GG*, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 158.

116) *Hoffmann-Riem*, *AöR* 109 (1984), 304, 315 f.; i.E. auch: *Jarass*, Gutachten G für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, Rdnr. 33.

117) *Jarass*, Gutachten G für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, Rdnr. 33.

118) *Degenhart*, in: *Bonner Kommentar GG*, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rdnr. 641 ff.; *Gabriel-Bräutigam*, *ZUM* 1991, 466, 469 f.; *Frohne*, *ZUM* 1989, 390, 395 f.

119) *Schmidt-Glaeser*, *Kabelkommunikation und Verfassung*, 1979, S. 149 ff.

120) *Scholz*, in: *FS Löffler*, 1980, S. 356, 358.

121) *Degenhart*, in: *Bonner Kommentar GG*, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rdnr. 641 ff.

122) *Degenhart*, in: *Bonner Kommentar GG*, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rdnr. 645.

123) *Degenhart*, in: *Bonner Kommentar GG*, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rdnr. 643.

124) *BVerfGE* 57, 295, 322 f.

125) *BVerfGE* 57, 295, 322 f.

126) *Degenhart*, in: *Bonner Kommentar GG*, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rdnr. 643.

127) *Gabriel-Bräutigam*, *ZUM* 1991, 466, 469 f.

128) *Degenhart*, in: *Bonner Kommentar GG*, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rdnr. 645.

ser Ansicht wegen der zu erwartenden Vielfalt durch publizistischen Wettbewerb keine Notwendigkeit zu einer gesetzlichen Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit. Belastende gesetzgeberische Maßnahmen sind demnach an dem Maßstab von Art. 5 Abs. 2 GG zu messen. Danach müsste eine Programmquote jedenfalls als Eingriff in die Programmgestaltung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten angesehen werden.

■ **Stellungnahme:** Die systematische Stellung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG spricht in der Tat für eine Einordnung des Grundrechts der Rundfunkfreiheit als Freiheitsrecht. Jedoch kann hieraus nicht das Fehlen eines Ausgestaltungsauftrags gefolgert werden. Auch bei dem Grundrecht aus Art. 14 GG auf Freiheit des Eigentums ist es Aufgabe des Gesetzgebers, den Inhalt der Rechte zu bestimmen, die dem Einzelnen dann als subjektive Rechte zugeordnet werden.¹²⁹

Zudem wird durch die Annahme einer Ausgestaltungsaufgabe durch den Gesetzgeber der subjektivrechtliche Gehalt von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht gänzlich verdrängt. Vielmehr treten subjektiv- und objektivrechtliche Elemente derart in Wechselwirkung, dass sie einander bedingen und stützen.¹³⁰ Das BVerfG hat dies noch einmal dadurch verdeutlicht, dass die Befugnis zur Ausgestaltung nicht zu einer Beschränkung berechtigt. Es stellt in diesem Zusammenhang klar, dass eine Beschränkung nur gem. Art. 5 Abs. 2 GG zulässig ist.¹³¹ Die diesbezügliche Aussage des BVerfG kann jedoch nicht dahingehend gedeutet werden, dass ausgestaltende Gesetze nicht belastend sein dürfen. Ansonsten wäre die Unterscheidung zwischen Ausgestaltung und Eingriff durch gesetzgeberische Maßnahmen praktisch bedeutungslos. Der Ausgestaltung ist in der Regel eine Belastung immanent, da sie den Rahmen des subjektiven Rechts bestimmt und somit gegenüber dem rahmenlos eingeräumten Freiheitsrecht naturgemäß eine normative Beschränkung der Freiheit darstellt.

Teilweise wird in der Literatur¹³² die Aussage des BVerfG so gedeutet, dass die zulässige Ausgestaltung von vornherein nicht als Belastung anzusehen sei. Bei generalisierter Betrachtungsweise werde durch die Ausgestaltung die reale Bedeutung des Grundrechts ausgeweitet und nicht etwa beschränkt. Demnach ist nicht auf die belastende Wirkung für den einzelnen Grundrechtsträger abzustellen, sondern auf die mit der Ausgestaltung verbundene Gewährleistung des tatsächlich verbleibenden Freiheitsbereichs vor dem Hintergrund seiner inhaltlichen Bedeutung. Dies entspricht der Funktion einer gesetzlichen Ausgestaltung. Während durch gesetzliche Beschränkungen innerhalb der Grundrechtsschranken Kollisionen mit anderen Grundrechten zum Ausgleich gebracht werden sollen, geht es bei der Ausgestaltung eines Grundrechts um die Gewährleistung seines durch die Verfassung eingeräumten Bedeutungsgehalts. Die Ausgestaltung dient damit der Grundrechtsverwirklichung. Somit ist bereits von dem funktionellen Verständnis einer Ausgestaltung her ein Eingriff in das Grundrecht begrifflich ausgeschlossen, da die

Freiheit erst durch die Ausgestaltung umfassend gewährleistet wird. Sie eröffnet erst die Freiheit in ihrem realen Bedeutungsgehalt für die Grundrechtsträger, auch wenn sie für den Einzelnen beschränkend wirkt. Deshalb muss auch i.R.d. Rundfunkfreiheit in der o.g. Weise zwischen Beschränkung und Ausgestaltung unterschieden werden. Eine nach Art. 5 Abs. 2 GG rechtfertigungsbedürftige Beschränkung liegt demnach nur dann vor, wenn durch eine gesetzliche Regelung eine Kollision der Rundfunkfreiheit mit Grundrechtspositionen anderer Grundrechte zum Ausgleich gebracht werden soll. Bei den durch das BVerfG genannten Ausgestaltungserfordernissen handelt es sich gerade nicht um den Ausgleich mit kollidierenden Grundrechtspositionen. Vielmehr dient es der Sicherung der verfassungsrechtlich der Rundfunkfreiheit zukommenden Funktion, freie und umfassende Meinungsbildung zu gewährleisten. Vor diesem Hintergrund stellt die Ausgestaltung ein Aliud gegenüber der Beschränkung der Rundfunkfreiheit dar.¹³³ Die Gegenmeinung verwischt diese funktionelle Unterscheidung, indem sie jede Maßnahme mit belastender Wirkung als eine nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Rundfunkfreiheit ansieht.

Daher ist es nicht verwunderlich, dass die Gegenmeinung bei der Rechtfertigung von belastenden Ausgestaltungsregelungen i.R.d. Prüfung anhand von Art. 5 Abs. 2 GG auf erhebliche Probleme stößt.¹³⁴ Art. 5 Abs. 2 GG fordert als qualifizierter Gesetzesvorbehalt ein allgemeines Gesetz zur Einschränkung von Art. 5 Abs. 1 GG. Allgemeine Gesetze i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG sind dabei solche, die sich nicht gegen die Äußerung einer Meinung als solche richten, die vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen.¹³⁵ Mit dieser Definition sind spezialgesetzliche Regelungen zur Gewährleistung der verfassungsrechtlichen Funktion des Rundfunks nur schwerlich vereinbar. Regelungsgegenstand solcher Regelungen ist die funktionelle Gewährleistung der Rundfunkfreiheit selbst und somit gerade kein außenstehendes Rechtsgut. Indem durch die Regulierung die meinungsbildende Funktion der Rundfunkfreiheit gewährleistet werden soll, ist solchen Regelungen grundsätzlich eine meinungsregelnde Tendenz immanent. Ein Lösungsansatz dieses Widerspruchs könnte sein, die dienende Funktion der Rundfunkfreiheit für die Meinungsbildung zwar anzuerkennen, gleichzeitig aber die freie Meinungsbildung als außerhalb der Rundfunkfreiheit angesiedelt anzusehen.¹³⁶

Eine solche künstliche Aufspaltung ist jedoch abzulehnen. Sie verkennt den natürlichen Zusammenhang der Teilfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 GG als Kommunikationsgrundrechte. Eine Aufspaltung in das Einzelgrundrecht der freien Meinungsbildung und der Rundfunkfreiheit ist zudem nicht durch die gesetzssystematische Ausgestaltung in Art. 5 GG intendiert. Dies liefe darauf hinaus, dass der qualifizierte Gesetzesvorbehalt in Art. 5 Abs. 2 GG nur für das Grundrecht der freien Meinungsbildung gilt und damit die übrigen Freiheiten in Abs. 1 nur einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegen. Dies ist nach Wortlaut und systematischer Stellung des Abs. 2 ganz offensichtlich durch das Grundgesetz nicht gewollt.

Weiterer Ansatzpunkt der Gegner einer Ausgestaltungsbefugnis ist der Vergleich der Rundfunkfreiheit mit den anderen Teilfreiheiten in Art. 5 Abs. 1 GG. Hierbei wird insbesondere der Vergleich zu der Pressefreiheit gesucht, für die das BVerfG ein Bedürfnis der Ausgestaltung verneint hat.¹³⁷ Da die Rundfunkfreiheit den gleichen Zielen dient wie die Pressefreiheit, spreche nichts gegen die Gleichbe-

129) Vgl. BVerfGE 58, 300, 331; Ruck, AöR 117 (1992), 543, 548 f.; Hoffmann-Riem, AöR 109 (1984), 304, 313.

130) BVerfGE 57, 295, 319 f.

131) BVerfGE 57, 295, 321.

132) Jarass, Gutachten G für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, Rdnr. 33.

133) Vgl. BVerfGE 74, 297, 343; Ruck, AöR 117 (1992), 543, 551 f.

134) Ruck, AöR 117 (1992), 543, 556 ff.

135) BVerfGE 7, 198, 209; Jarass, in: Jarass/Pieroth GG, 6. Aufl. 2002, Art. 5 Rdnr. 46.

136) Ruck, AöR 117 (1992), 543, 557 m.w.Nw.

137) BVerfGE 57, 295, 322 f.

handlung der Teilfreiheiten. Dem *BVerfG* wird damit eine Ungleichbehandlung der Teilfreiheiten vorgehalten. Dabei wird übersehen, dass durch das *BVerfG* in Wahrheit keine grundlegende Ungleichbehandlung erfolgt. Für die Pressefreiheit betont das *BVerfG* in seiner Entscheidung, dass wegen des bestehenden Gleichgewichts auf dem Pressesektor „heute zur Sicherstellung umfassender Information und Meinungsbildung in der Presse grundsätzlich genügen mag, Bestehendes zu gewährleisten“.¹³⁸ Das *BVerfG* verneint damit nicht grundsätzlich einen Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers für die Pressefreiheit. Vielmehr ist seinen Ausführungen zu entnehmen, dass derzeit wegen des bestehenden Gleichgewichts kein Bedürfnis der Ausgestaltung der Pressefreiheit besteht, da ihre Funktion für den Meinungsbildungsprozess derzeit gewährleistet erscheint. Dies bedeutet jedoch nicht, dass für die Pressefreiheit generell keine Ausgestaltungsbefugnis durch den Gesetzgeber besteht.

Der eigentliche Kern der Kritik an der Rechtsprechung des *BVerfG* zielt daher auf die Einschätzung hinsichtlich der zu erwartenden Vielfalt eines deregulierten Rundfunkmarkts. Das *BVerfG* hat in seiner Entscheidung betont, dass auch nach Wegfall der Knappheit der Sendefrequenzen es bei der Notwendigkeit gesetzlicher Vorkehrungen für die Gewährleistung der Freiheit des Rundfunks bleibt.¹³⁹ Anders als die Kritiker in der Literatur geht es somit nicht davon aus, dass sich die gebotene Vielfalt alleine durch den Wettbewerb verschiedener Anbieter einstellen wird.¹⁴⁰ Das *BVerfG* hebt hervor, dass von einem der Presse vergleichbaren Zustand zumindest vorerst nicht ausgegangen werden könne.¹⁴¹

Vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Programmlandschaft wird die Einschätzung des *BVerfG* bestätigt. Ein gutes Beispiel hierfür ist gerade die Hörfunklandschaft in Deutschland. Durch das hohe quantitative Wachstum der Anzahl der Radiosender in den letzten Jahren hat sich gerade nicht mehr Vielfalt entwickelt. Dies belegt bereits die Tatsache, dass die einzelnen Radiostationen heute mit einem viel kleineren Musikrepertoire auskommen.¹⁴² Zudem lässt sich eine Versparung der Programme in die Themen Klassik, Volksmusik/Oldies und Pop/Rock beobachten.¹⁴³ Erklären lässt sich dieser Schwund an Vielfalt bei gleichzeitig höherer Anbieterzahl durch die wirtschaftliche Konkurrenzsituation zwischen den Anbietern. Der überwiegend werbefinanzierte private Rundfunk ist zur Sicherung seiner finanziellen Grundlagen auf das Angebot massenattraktiver Programme angewiesen. Die Erreichbarkeit eines Programms ist hierbei für die Werbekunden bei der Auftragsvergabe entscheidend. Die hieran orientierte Programmausrichtung geht denknotwendig auf Kosten der Programmvietel, weil die Masse weniger interessierender Randthemen ausgelassen wird.¹⁴⁴ Die Situation verschärft sich umso mehr, je mehr Anbieter um die begrenzten Werberessourcen konkurrieren müssen. Zusätzlich haben die begrenzten Werberessourcen und damit die Aufteilung unter vielen Anbietern zur Folge, dass den einzelnen Sendern weniger Mittel für ihre Programmtätigkeit zur Verfügung stehen. Insbesondere hierauf dürfte der erhebliche Rückgang des Musikrepertoires und das Aussterben von Musikredakteuren zurückzuführen sein. Auch die überwiegend aus Gebühren finanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben ihre Programmformate weitgehend denen der privaten Anbieter angepasst. Hintergrund ist auch hier eine zielgruppenorientierte Programmpolitik, um zusätzliche Einnahmen aus Werbung generieren zu können.

Die derzeitige Situation auf dem Hörfunkmarkt beweist

damit, dass ein Mehr an Anbietern nicht gleichzeitig ein Mehr an inhaltlicher Vielfalt durch publizistischen Wettbewerb zwischen den Anbietern bedeutet. Die gegenteilige Auffassung lässt im Rahmen ihrer These die durch den wirtschaftlichen Wettbewerb der Sender untereinander auferlegten inhaltlichen Zwänge bei der Programmgestaltung außer Acht. Die als Beispiel für einen funktionierenden publizistischen Wettbewerb angeführte Situation auf dem Pressemarkt ist auf den Rundfunkmarkt nicht übertragbar. Bereits von seiner Struktur her weist der Pressemarkt weit weniger Vielfalt bei den Anbietern auf, als dies auf dem Rundfunkmarkt möglich ist. Neben einer Hand voll überregionaler Zeitungen bestehen zumeist regelrechte Gebietsmonopole von ein bis zwei Anbietern, die in einem gemeinsamen Verbreitungsgebiet miteinander konkurrieren. Im Vergleich dazu ist das Verbreitungsgebiet der einzelnen Rundfunksender größer, sodass innerhalb eines Verbreitungsgebiets mehr Sender um die Gunst der Hörer und damit auch der Werbekunden buhlen, als das bei Zeitungen der Fall ist. Die durch die geschichtliche Entwicklung geprägte Situation eines auf wenige Anbieter beschränkten Wettbewerbs auf dem Zeitungsmarkt führt daher dazu, dass der publizistische Wettbewerb mehr in den Vordergrund tritt, weil sich die Werberessourcen für Printmedien in den jeweiligen Verbreitungsgebieten auf weniger Anbieter verteilen.

Wegen dieser strukturellen Unterschiede differenziert das *BVerfG* daher zu Recht bei dem Bedürfnis der gesetzlichen Ausgestaltung zwischen Rundfunk- und Pressefreiheit. Es besteht auch keine unterschiedliche Behandlung der Teilfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG, da grundsätzlich auch die Pressefreiheit dem Gebot gesetzlicher Ausgestaltung unterliegt. Das Erfordernis der Ausgestaltung hängt davon ab, inwieweit die funktionsgerechte Ausübung der jeweiligen Teilfreiheit durch die tatsächlichen Gegebenheiten gewährleistet ist. Die Ausgestaltung ist dabei Aliud gegenüber der nach Art. 5 Abs. 2 GG rechtfertigungsbedürftigen Beschränkung der jeweiligen Teilfreiheit. Die Korrektur von Fehlentwicklungen vor dem Hintergrund der Bedeutung von Art. 5 Abs. 1 GG für die Teilfreiheiten durch eine Beschränkung der Teilfreiheit lässt sich mit der Schranke des Art. 5 Abs. 2 GG nicht vereinbaren. Gesetzliche Maßnahmen zur Sicherung der Funktion der Teilfreiheiten sind daher immer als Ausgestaltung der Teilfreiheit vor dem Hintergrund ihres verfassungsrechtlichen Bedeutungsgesichts anzusehen, deren Verfassungsmäßigkeit an dem Maßstab von Art. 5 Abs. 1 GG zu messen ist. Hingegen ist als nach Art. 5 Abs. 2 GG rechtfertigungsbedürftige Beschränkung jede Regelung anzusehen, die dem Ausgleich der Rundfunkfreiheit mit kollidierenden verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern außerhalb von Art. 5 Abs. 1 GG dient. Es besteht daher ein Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers zur Gewährleistung der verfassungsrechtlichen Funktion der Rundfunkfreiheit.

Einordnung der Programmquote

Die Einordnung der vorgeschlagenen Programmquote erfolgt somit nach dem von ihr verfolgten Regelungsziel. Dient die Quote der Gewährleistung der verfassungsrecht-

138) *BVerfGE* 57, 295, 323.

139) *BVerfGE* 57, 295, 322.

140) *Gabriel-Bräutigam*, ZUM 1991, 466, 469 f.; vgl. Ruck, AöR 117 (1992), 543, 556 m.w.Nw.

141) *BVerfGE* 57, 295, 323.

142) Sieben Gründe für die Quote, Musikwoche v. 16.8.2002.

143) Ein Herz für Nicole, Frankfurter Rundschau v. 18.8.2002.

144) Vgl. *BVerfGE* 73, 118, 155 f.

lichen Funktion der Rundfunkfreiheit, ist sie als Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit anzusehen. Dient sie dagegen der Verwirklichung von gesetzgeberischen Intentionen außerhalb Art. 5 Abs. 1 GG, ist sie als Einschränkung der Rundfunkfreiheit anzusehen.¹⁴⁵ Somit kommt es darauf an, ob die vorgeschlagene Programmquote dem kommunikationsbezogenen Rechtsgut der Rundfunkfreiheit dienen soll. Dies ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn es sich um eine reine Wirtschaftsförderungsquote handelt, deren Aufgabe ausschließlich die Sicherung von Arbeitsplätzen in der Musikproduktionsindustrie ist.¹⁴⁶

■ **Gesetzgeberisches Ziel der Quotenregelung:** Die von der Musikwirtschaft vorgeschlagene Programmquote beinhaltet bei genauerer Betrachtung zwei Komponenten. Hauptkomponente ist mit einem geforderten Programmanteil von 50 Prozent die Förderung von Neuerscheinungen von bisher in der Öffentlichkeit kaum in Erscheinung getretenen Künstlern. Daneben beinhaltet die vorgeschlagene Quotenregelung eine an die Sprache der Werke anknüpfende Komponente.

Hinsichtlich der Förderung von Neuerscheinungen könnte es nicht ganz fern liegen, eine vorrangig damit verfolgte wirtschaftliche Förderung bisher unbekannter Interpreten anzunehmen. Daneben wird der Musikindustrie der Aufbau neuer Interpreten durch die Quotenregelung erleichtert, da die Hörfunksender zur Erfüllung der gesetzlichen Programmvorgabe entsprechendes Material der Musikindustrie benötigen. Auch hinsichtlich der sprachlichen Komponente ist die wirtschaftsfördernde Bedeutung nicht von vornherein von der Hand zu weisen. Durch einen gesetzlich geforderten höheren Programmanteil deutschsprachiger Musiktitel wird indirekt die deutsche Musikindustrie gefördert, da anzunehmen ist, dass der Großteil der deutschsprachigen Musikproduktionen hier zu Lande produziert wird. Allerdings scheidet eine Ausgestaltung nur dann aus, wenn es sich um eine reine Wirtschaftsförderungsquote handelt. Dies ist jedoch dann nicht der Fall, wenn sich die wirtschaftsfördernde Wirkung einer an sich kommunikationsbezogenen Regelung als reiner Reflex und nicht als Hauptzweck der Regelung darstellt. Hauptzweck der genannten Komponenten der Quotenregelung ist die Herstellung von mehr inhaltlicher Vielfalt in den Hörfunkprogrammen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Die wirtschaftspolitischen Auswirkungen einer solchen Regelung stellen sich dabei lediglich als Folgewirkung der Regelung dar.¹⁴⁷ Für die Beurteilung einer Regelung nach ihrem Regelungsziel kann die rein faktische Auswirkung nicht Maßstab sein. Hierfür ist alleine das von dem Gesetzgeber verfolgte Regelungsziel entscheidend. Dies ist vorliegend das genannte kulturpolitische Ziel. Deshalb kann die vorgeschlagene Quotenregelung nicht als reine Wirtschaftsförderungsquote angesehen werden.

145) Vgl. BVerfGE 74, 297, 343; Ruck, AöR 117 (1992), 543, 552; Eichler, ZUM 1995, 599, 601.

146) Eichler, ZUM 1995, 599, 601 f.

147) Vgl. Eichler, ZUM 1995, 599, 602.

148) Müller-Using/Lücke, ArchivPT 1995, 32, 36; Ricker/Schivy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, S. 68.

149) Jarass, Gutachten G für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, Rdnr. 27; Hoffmann-Riem, AöR 109 (1984), 304, 338 ff.

150) Jarass, Gutachten G für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, Rdnr. 27.

151) Hoffmann-Riem, AöR 109 (1984), 304, 338 ff.

152) Eichler, ZUM 1995, 599, 602; Degenhart, ZUM 1992, 449, 450, W. Schmidt, ZUM 1989, 263, 263 ff.

153) Degenhart, ZUM 1992, 449, 450.

154) BVerfGE 59, 231, 258 ff.

■ **Der Rundfunkfreiheit dienend:** Zentrale Voraussetzung für die Annahme einer Ausgestaltung ist, dass die vorgeschlagene Programmquote der Förderung der Rundfunkfreiheit dient. Dies ist der Fall, wenn das Regelungsziel der Förderung und Erhaltung kultureller Vielfalt der Förderung der Rundfunkfreiheit vor dem Hintergrund ihrer Funktion für die Meinungsbildung dient. Dazu muss das Ziel kultureller Vielfalt Bestandteil der meinungsbildenden Funktion der Rundfunkfreiheit sein. Dies ist vor dem Hintergrund der Diskussion um das Erfordernis publizistischer Relevanz für die Meinungsbildung nicht unproblematisch.

■ **Publizistische Relevanz als Voraussetzung der Rundfunkfreiheit:** Anknüpfend an den Streit um den Begriff der Darbietung, könnte der Standpunkt vertreten werden, dass nur für die politische Meinungsbildung relevante Inhalte von Rundfunksendungen einer Ausgestaltung zugänglich sind. Demnach sind publizistische Beiträge, welche die Relevanzschwelle nicht überschreiten, von dem Schutzbereich der Rundfunkfreiheit erst gar nicht erfasst.¹⁴⁸ Demgemäß wären kulturelle Beiträge ohne Relevanz für die politische Meinungsbildung von der Rundfunkfreiheit gar nicht umfasst und somit auch einer Ausgestaltung nicht zugänglich.

■ **Abgestufte Ausgestaltungsaufgabe:** Eine differenzierende Auffassung¹⁴⁹ nimmt die Abstufung nach der publizistischen Relevanz nicht i.R.d. Begriffs der Darbietung vor, sondern bei der Definition der Ausgestaltungsaufgabe durch den Gesetzgeber. Demnach komme die Ausgestaltungsaufgabe vor allem zu Gunsten von Sendungen der Berichterstattung zum Tragen. Wenig ausgeprägt sei sie hingegen bei reinen Unterhaltungs- und Musiksendungen.¹⁵⁰ Hier komme es vor allem darauf an, dass solche Programme nicht die Berichterstattungs- und Übermittlungsfunktion des Rundfunks überwucherten.¹⁵¹ Demnach ist die vorgeschlagene Programmquote nicht von der Ausgestaltungsaufgabe umfasst, da sie nicht die Verhinderung der Überwucherung der Berichterstattungsfunktion mit Musiksendungen zum Ziel hat, sondern der inhaltlichen Ausgewogenheit innerhalb von Musiksendungen dient.

■ **Kulturpolitische Interpretation der Rundfunkfreiheit:** Eine weitere Auffassung vertritt eine kulturpolitische Interpretation der Rundfunkfreiheit.¹⁵² Demnach beinhaltet die Herstellung gleichgewichtiger Vielfalt nicht nur, dass alle relevanten Meinungsrichtungen zu Wort kommen können, sondern auch, dass alle kulturellen Strömungen hinreichend zum Ausdruck kommen. Damit hat der Rundfunk in seinem Gesamtprogramm auch eine dezidiert kulturelle Funktion.¹⁵³ Kulturelle Vielfalt ist damit integraler Bestandteil der verfassungsrechtlichen Aufgabe des Rundfunks. Somit sind Regelungen, die der kulturellen Vielfalt des Rundfunks dienen, als kommunikationsbezogen zu verstehen und damit ausgestaltender Gesetzgebung i.R.d. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zugänglich.

■ **Rechtsprechung:** Die Rundfunkurteile des BVerfG lassen erkennen, dass auch das BVerfG zu einer kulturpolitischen Interpretation der Rundfunkfreiheit tendiert. Bereits in einer älteren Entscheidung¹⁵⁴ hat das BVerfG ausgeführt, dass der Rundfunk dem Einzelnen und den gesellschaftlichen Gruppen Gelegenheit zu meinungsbildendem Wirken gebe und er damit selbst an dem Prozess der Meinungsbildung beteiligt sei. Meinungsbildung vollziehe sich dabei nicht nur durch Nachrichtensendungen, politische Kommentare oder Sendereien über Probleme der Vergangenheit, der Gegenwart oder der Zukunft, sondern ebenso in Hör- und Fernsehspielen, musikalischen Darbietungen oder Unterhaltungssendungen. Das BVerfG

stellt damit klar, dass nicht nur politische Inhalte des Rundfunks für die Meinungsbildung relevant sind. Vielmehr geht es von einem umfassenden Begriff des Prozesses der Meinungsbildung aus.

In der Entscheidung zum Niedersächsischen LRG hat das BVerfG ausgeführt, dass die mit der Grundversorgung gestellte Aufgabe die essenziellen Funktionen des Rundfunks für die demokratische Ordnung ebenso wie für das kulturelle Leben in der Bundesrepublik umfasse.¹⁵⁵ Dies unterstreicht die Gesamttendenz in der Rechtsprechung des BVerfG, den verfassungsrechtlichen Auftrag des Rundfunks entsprechend dem Darstellungsbegriff als umfassend anzusehen. Dass die Ausführungen i.R.d. Bestimmung der Aufgabe der Grundversorgung erfolgten, steht dieser Deutung der Urteile nicht entgegen. Die durch die Rechtsprechung des BVerfG konkretisierte Aufgabe der Grundversorgung deckt sich inhaltlich mit der dienenden Funktion der Rundfunkfreiheit für die Meinungsbildung. Dies ist Konsequenz des Verständnisses der Grundversorgung i.R.d. dualen Rundfunkordnung. Demnach entbindet der Grundversorgungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Anstalten die privaten Veranstalter nicht von dem Erfordernis inhaltlicher Ausgewogenheit.¹⁵⁶ Prinzipiell bestehen deshalb die gleichen inhaltlichen Anforderungen wie im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Durch das Erfordernis der Werbefinanzierung des privaten Rundfunks werden jedoch an die Programminhalte weniger Anforderungen gestellt als beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk.¹⁵⁷ Damit ist die Grundversorgung die Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Aufgabe der Rundfunkfreiheit. Das BVerfG vertritt daher auch eine kulturpolitische Interpretation der Rundfunkfreiheit. Damit sind kulturpolitisch motivierte Regelungen des Gesetzgebers grundsätzlich einer Ausgestaltung zugänglich, da sie der verfassungsrechtlichen Aufgabe des Rundfunks für die Meinungsbildung dienen.

■ **Stellungnahme:** Die Differenzierung nach der Relevanz für die Meinungsbildung i.R.d. Bestimmung der Ausgestaltungsaufgabe¹⁵⁸ wird dem wahren Bedeutungsgehalt der Rundfunkfreiheit für die Meinungsbildung nicht gerecht. Die Vertreter dieser Auffassung gehen davon aus, dass zwar alle Programmteile von dem Rundfunkbegriff und damit dem Schutzbereich der Rundfunkfreiheit umfasst sind, die Ausgestaltungsaufgabe jedoch weitgehend auf die der politischen Meinungsbildung dienenden Programmteile beschränkt ist. Dies ist bei näherer Betrachtung inkonsequent, da der i.R.d. Schutzbereichs bejahte umfassende Rundfunkbegriff auf der Seite der Ausgestaltung auf die Relevanz für die politische Meinungsbildung wieder eingeschränkt wird. Der Bedeutungsgehalt der Rundfunkfreiheit wird damit bei der Frage der Ausgestaltungsaufgabe beschränkt. Bejaht man grundsätzlich eine Ausgestaltungsaufgabe zur Sicherung der verfassungsrechtlichen Aufgabe der Rundfunkfreiheit, so muss konsequenterweise ein einheitliches Verständnis der inhaltlichen Reichweite der Rundfunkfreiheit zu Grunde gelegt werden.

Gänzlich abzulehnen ist die Differenzierung nach der Relevanz von Beiträgen bereits i.R.d. Schutzbereichsbestimmung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Folgte man dem, so wäre eine objektive Instanz nötig, welche die Relevanz einzelner Programmteile für die Meinungsbildung beurteilt, um die Schutzbereichsgrenze von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu bestimmen. Da die Beurteilung der Relevanz für die Meinungsbildung nach richtigem Verständnis jedoch letztlich durch den Rezipienten erfolgen muss, ist eine solche Beurteilungsinstantz unrealistisch.¹⁵⁹ Zudem kann dies

vor dem Verständnis der Meinungs- und Informationsfreiheit nicht richtig sein, nach dem der Schutz nicht von dem Wert einer Meinung oder Information abhängig ist. Die Auffassung verkennt damit den Zusammenhang der Teilfreiheiten in Art. 5 Abs. 1 GG als Kommunikationsfreiheiten.

Richtigerweise ist daher von einem umfassenden Verständnis der Rundfunkfreiheit auszugehen, das damit auch kulturelle Beiträge unabhängig von ihrer Relevanz für die politische Meinungsbildung umfasst.¹⁶⁰ Dieses kann konsequenterweise nicht i.R.d. Frage nach dem Umfang der Gestaltungsaufgabe auf Programminhalte mit weniger Relevanz für die politische Meinungsbildung begrenzt werden. Deshalb ist grundsätzlich bei Bestimmung der Ausgestaltungsaufgabe von dem umfassenden Verständnis der Rundfunkfreiheit auszugehen. Damit sind auch mit einem Gesetz verfolgte kulturpolitische Ziele einer gesetzlichen Ausgestaltung zugänglich.

■ **Verfassungswidrige Ausgestaltung als Eingriff:** Es könnte die Überlegung nahe liegen, eine verfassungswidrige Ausgestaltung als Eingriff in die Rundfunkfreiheit anzusehen, der dann nach Art. 5 Abs. 2 GG rechtfertigungsbedürftig wäre. Da jedoch Ausgestaltungs- und Schranken-gesetze notwendig unterschiedliche Rechtsgüter schützen¹⁶¹ und somit ein Aliud darstellen, kann eine verfassungswidrige Ausgestaltung daher nicht als Eingriff angesehen werden. Sie ist schlicht verfassungswidrig.

Durch die Einführung der vorgeschlagenen Programmquote erfolgt somit kein Eingriff in das Grundrecht der Rundfunkfreiheit. Vielmehr handelt es sich um eine Regelung zur Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit, deren Rechtmäßigkeit sich nach Art. 5 Abs. 1 GG bestimmt.

e) Voraussetzung und Grenzen einer Ausgestaltung

Die Einordnung von Programmquoten wirft die Frage nach den Voraussetzungen und Grenzen einer staatlichen Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit auf. Aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist nicht ersichtlich, welche Anforderungen an einen staatlichen Ausgestaltungsakt zu stellen sind und welchen verfassungsrechtlichen Grenzen ein solcher unterliegt. Auch aus der Rechtsprechung des BVerfG sind diese nicht klar ersichtlich.¹⁶² Die von der Rechtsprechung und der Literatur entwickelten Ansätze¹⁶³ orientieren sich weitgehend an Vergleichen mit anderen ausgestaltungsbedürftigen Grundrechten wie Art. 14 GG.

Vorbehalt des Gesetzes

Nach der Rechtsprechung¹⁶⁴ des BVerfG gilt für die Ausgestaltung der Vorbehalt des Gesetzes. Demnach handelt es sich bei Ausgestaltungsregelungen um wesentliche Entscheidungen, weil sie im grundrechtsrelevanten Bereich ergehen und wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte sind. Zudem treffen durch die Ausgestaltung verschiedene Grundrechtspositionen zusammen, die in Kollisi-

155) BVerfGE 73, 118, 157 f.

156) BVerfG AfP 1991, 389, 390.

157) BVerfG AfP 1991, 389, 390.

158) Jarass, Gutachten G für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, Rdnr. 27; Hoffmann-Riem, AöR 109 (1984), 304, 338 ff.

159) Brand, Rundfunk im Sinne des Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG, 2002, S. 79 f.

160) W. Schmidt, ZUM 1989, 263, 265; Eichler, ZUM 1995, 599, 602.

161) Ruck, AöR 117 (1992), 543, 552.

162) Vgl. insb. BVerfGE 57, 295, 324.

163) Ruck, AöR 117 (1992), 543, 547 ff.; Jarass, Gutachten G für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, Rdnr. 28 ff.

164) BVerfGE 57, 295, 320 f. mit Verweis auf BVerfGE 47, 46, 78 f.; BVerfGE 49, 89, 126 f.

sion miteinander geraten können. Dies ist einerseits der aus der Informationsfreiheit folgende Anspruch auf umfassende und wahrheitsgemäße Information, andererseits die Freiheit der Meinungsäußerung derjenigen, welche die Programme herstellen oder in den Sendungen zu Wort kommen.¹⁶⁵ Dementsprechend muss das zur Gewährleistung der Rundfunkfreiheit Wesentliche der Parlamentsgesetzgeber selbst bestimmen. Die vorgeschlagene Quotenregelung betrifft die inhaltliche Programmgestaltung der öffentlich-rechtlichen Hörfunksender. Es handelt sich bei einer Quotenregelung daher um eine für die Verwirklichung der Rundfunkfreiheit wesentliche Entscheidung, die deshalb dem Parlamentsgesetzgeber vorbehalten ist.

Inhalt der Ausgestaltung

Zu den inhaltlichen Anforderungen und Grenzen der gesetzlichen Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit finden sich in der Rechtsprechung bislang wenig aussagekräftige Anhaltspunkte.

Ausgangspunkt der Bestimmung der Anforderungen der Grenzen der Ausgestaltung muss nach der vorgenommenen funktionellen Abgrenzung zwischen Eingriffs- und Ausgestaltungsregelung die Funktion einer solchen Regelung sein. Folglich muss eine ausgestaltende Regelung der Aufgabe der Rundfunkfreiheit der Gewährleistung freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung¹⁶⁶ dienen. Ob und wie eine Ausgestaltung durch den Gesetzgeber erfolgen darf, richtet sich deshalb nach der Auslegung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.¹⁶⁷ Nach der hier vertretenen weiten Auslegung der Rundfunkfreiheit fallen alle auch nur potenziell der Meinungsbildung dienenden Beiträge als Darbietung i.S.d. Rundfunkbegriffs in den Schutzbereich. Somit dienen auch musikalische Darbietungen in Rundfunkprogrammen grundsätzlich dem Ziel der Gewährleistung freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung. Die mit der vorgeschlagenen Quotenregelung verfolgte Herstellung kultureller Vielfalt durch Programmvorgaben für musikalische Darbietungen im Rundfunk dient somit nach der umfassenden Sichtweise des BVerfG¹⁶⁸ der Gewährleistungsfunktion der Rundfunkfreiheit.

Gesetzgeberische Prognose

Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit einen weiten Gestaltungsspielraum. Er hat jedoch bei seiner Entscheidung über die Ausgestaltung eine Prognose über die zu erwartenden Auswirkungen zu erstellen.¹⁶⁹ Voraussetzung für eine Ausgestaltung ist die Prognose, dass die angestrebte Maßnahme ihr Regelungsziel der Stärkung des objektiven Gehalts der Rundfunkfreiheit erreichen kann. Dabei wird keine letzte Gewissheit gefordert, es muss aber zumindest eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen, dass das angestrebte Ziel der Ausgestaltung erreicht wird.¹⁷⁰ Nach dem hier vertretenen

weiten Verständnis, ist auch die kulturelle Vielfalt Bestandteil der dienenden Funktion der Rundfunkfreiheit. Deshalb muss zumindest eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen, dass durch die vorgeschlagene Quotenregelung ein Mehr an kultureller Vielfalt i.S.d. verfassungsrechtlichen Aufgabe der Rundfunkfreiheit erreicht wird. Da die vorgeschlagene Quote sehr stark der in Frankreich ursprünglich geltenden Quote ähnelt, kann bei der erforderlichen Prognose auf die dort gemachten Erfahrungen zurückgegriffen werden. Demnach hat die erzwungene Präsenz von Neuheiten und französischsprachigen Titeln in den Hörfunkprogrammen tatsächlich zu mehr kultureller Vielfalt in Frankreich geführt. Deshalb ist die Prognose angebracht, dass sich auch in Deutschland durch die Einführung entsprechender Programmquoten mehr kulturelle Vielfalt einstellen wird.

Dies könnte jedoch vor dem Hintergrund in Frage gestellt werden, dass die in Deutschland vorgeschlagenen Quoten nur für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gelten sollen und damit die Situation mit Frankreich nicht ganz vergleichbar ist. Somit ist denkbar, dass die Einführung der Quoten allein für den öffentlich-rechtlichen Hörfunk lediglich zu einer Verlagerung von Hörschichten auf die Privatsender führen könnte. Es müsste daher in die gesetzgeberische Prognose mit einfließen, ob das Regelungsziel nur mit einer einheitlichen Quote erreicht werden kann. Wäre dies der Fall, dann würde eine positive Prognose wegen der fehlenden hinreichenden Wahrscheinlichkeit von vornherein ausscheiden. Die Annahme einer Abwanderungsbewegung breiter Hörschichten berücksichtigt zunächst nicht die längerfristigen Bindungen, die Hörer zu einem Radiosender aufbauen. Zudem kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass eine mehr auf Vielfalt ausgerichtete Programmgestaltung durchaus auch auf den Geschmack der Hörer stoßen könnte. Dass dies nicht unwahrscheinlich ist, zeigt sich an der überwältigenden positiven Resonanz der Hörer in Frankreich.¹⁷¹ Dabei stellte sich die Rundfunklandschaft in Frankreich vor Einführung der Quote ähnlich dar wie gegenwärtig in Deutschland.¹⁷² Von daher verbietet sich die Annahme eines Automatismus dahingehend, dass eine nur den öffentlich-rechtlichen Hörfunk treffende Quotenregelung die Abwanderung zu den Privaten bewirkt und damit den Zweck der Quotenregelung ad absurdum führt. Vielmehr geht es um die Schaffung einer auf Vielfalt bedachten Alternative durch die öffentlich-rechtlichen Hörfunksender zu dem derzeitigen Programmangebot. Auf Grund der zu erwartenden positiven Resonanz auf ein vielfältigeres Angebot besteht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für die Erreichung des mit der Quote verfolgten Ziels.

Grenzen der Ausgestaltung

Auf Grund dieser sehr umfassenden Sichtweise der Gewährleistungsfunktion und dem damit verbundenen weiten inhaltlichen Gestaltungsspielraum für eine Ausgestaltung stellt sich die Frage nach deren Grenzen. Da es sich um eine Ausgestaltung und nicht um eine Einschränkung des Grundrechts der Rundfunkfreiheit handelt, kommt dem Gesetzgeber grundsätzlich auch hinsichtlich der Art und Weise der Wahrnehmung ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu.¹⁷³

■ **Staatsfreiheit des Rundfunks:** Eine wesentliche, sich aus der Bedeutung als Abwehrrecht ergebende Grenze ist die Staatsfreiheit des Rundfunks. Die Freiheit des Rundfunks von staatlicher Beherrschung und Einflussnahme ist eine Grundvoraussetzung für die freie individuelle und öf-

165) BVerfGE 57, 295, 321.

166) BVerfGE 57, 295, 319.

167) Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth GG, 6. Aufl. 2002, Vor Art. 1 Rdnr. 26; Eichler, ZUM 1995, 599, 602.

168) BVerfGE 59, 231, 258 ff.

169) Eichler, ZUM 1995, 599, 606; Hoffmann-Riem, in: AK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 158; Ruck, AöR 117 (1992), 543, 549.

170) Hoffmann-Riem, in: AK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 158; Ruck, AöR 117 (1992), 543, 549.

171) Machill, MP 1996, 144, 151.

172) Machill, MP 1996, 144, 149.

173) BVerfGE 57, 295, 321; Ruck, AöR 117 (1992), 543, 549; Hoffmann-Riem, in: AK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 158.

fentliche Meinungsbildung.¹⁷⁴ Diese Grenze der Ausgestaltung ergibt sich damit aus der Funktion der Rundfunkfreiheit selbst. Hierbei muss jedoch zunächst vorausgeschickt werden, dass es sich bei einer Ausgestaltung durch den Gesetzgeber stets um eine staatliche Einflussnahme auf die Rundfunkstätigkeit handelt. Der Staat steht damit in dem Zwiespalt, dass er einerseits Garant der Rundfunkfreiheit ist, andererseits aber nicht gegen das Verfassungsprinzip der Staatsfreiheit des Rundfunks verstoßen darf.¹⁷⁵ Programmbezogene Vorgaben in Form einer Ausgestaltung werden unter diesem Aspekt vielfach als problematisch angesehen.¹⁷⁶ Im Rahmen seiner Entscheidung zu der Festsetzung der Rundfunkgebühren¹⁷⁷ hat das BVerfG deutlich gemacht, dass auch die mittelbare staatliche Einflussnahme eine Gefahr für die Rundfunkfreiheit darstellen kann. In diesem Zusammenhang hat es auch auf die diesbezüglichen Gefahren durch die staatliche Ausgestaltung hingewiesen.¹⁷⁸ Gerade durch die staatliche Garantiefunktion für die Rundfunkfreiheit und die damit bestehenden Befugnisse besteht die Gefahr der indirekten Einwirkung auf die Programmgestaltung. Diese Gefahr ist nach Ansicht des BVerfG auch nicht durch den Parlamentsvorbehalt ausgeräumt, da die Neigung zur Instrumentalisierung des Rundfunks nicht nur bei der Regierung, sondern auch bei den im Parlament vertretenen Parteien bestehen kann.¹⁷⁹ Daher darf dem Parlament über die funktionssichernden gesetzlichen Programmvorgaben hinaus ebenfalls kein Einfluss auf Inhalt und Form der Programme der Rundfunkveranstalter eingeräumt werden.¹⁸⁰ Indes bezieht sich der Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks in seinem Bedeutungsgehalt auf die Verhinderung jeder politischen Instrumentalisierung des Rundfunks.¹⁸¹ Das BVerfG meint daher mit den Gefahren einer mittelbaren staatlichen Einflussnahme die politische Instrumentalisierung. Die mit den vorgeschlagenen Programmquoten verfolgten kulturpolitischen Ziele sind jedoch in diesem Sinne meinungsneutral. Würde man zudem jede programmbezogene Regelung als Verstoß gegen die Staatsfreiheit des Rundfunks ansehen, wäre in diesem Bereich kaum eine verfassungsrechtlich zulässige Ausgestaltung denkbar. Richtigerweise muss deshalb die Grenze dort verlaufen, wo der Rundfunk politisch instrumentalisiert wird und damit seiner Funktion für die umfassende Meinungsbildung nicht mehr nachkommen kann. Dies ist bei der vorgeschlagenen Regelung nicht der Fall, sodass sie nicht gegen das Erfordernis der Staatsfreiheit des Rundfunks verstößt.

■ **Übermaßverbot:** Die Einordnung als Ausgestaltungsgesetz wirft die Frage auf, inwieweit i.R.d. gesetzgeberischen Ausgestaltung der Gesetzgeber allgemeinen verfassungsrechtlichen Bindungen unterliegt. Das BVerfG hat hierzu bislang noch keine Stellung bezogen. Auch in der Literatur ist keine einheitliche Linie in dieser Frage zu erkennen. Einige¹⁸² vertreten die Ansicht, dass auch Ausgestaltungsgesetze den Bindungen der rechtsstaatlichen Anforderungen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit unterliegen. Allerdings berücksichtigen die meisten Vertreter die dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung zukommende Gestaltungsfreiheit, indem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht in einer besonders strikten Form zur Anwendung gelangen soll.¹⁸³ Demnach wäre es verfehlt, die Anforderungen bei Ausgestaltungsgesetzen in gleicher Weise zu überprüfen wie bei Schrankengesetzen.¹⁸⁴ In welcher Form der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf Ausgestaltungsgesetze zur Anwendung kommen soll, wird allerdings nicht näher konkretisiert. Nach anderer Auffassung¹⁸⁵ sind Ausgestaltungsregelun-

gen stets daran zu messen, ob sie den jeweiligen Grundrechtsträger im Hinblick auf seine Funktion im jeweils gewählten Ordnungsmodell für den Rundfunk unangemessen belasten. Dieser Bezugspunkt ist demnach der wesentliche Unterschied zu einer klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Eingriffschema, die sich an einem individuellen Recht orientiert.¹⁸⁶ Dies ist im Gegensatz zu der erstgenannten Auffassung vor dem Hintergrund der Ausgestaltung konsequent. Bei der Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit geht es nicht um die Beschränkung bestehender individueller Rechte, sondern um die Gewährleistung der Rundfunkfreiheit selbst. Die Grenzen der Ausgestaltung müssen sich daher aus der Rundfunkfreiheit ergeben. Handelt es sich wie bei der vorgeschlagenen Quotenregelung um eine belastende Ausgestaltung, muss das durch den Gesetzgeber ausgeübte gestalterische Ermessen darauf untersucht werden, ob der Gesetzgeber einen angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Grundrechtspositionen vorgenommen hat.

I.R.d. Beurteilung der vorgeschlagenen Programmquoten stellt sich damit die Frage, ob die hiermit verbundene Einschränkung der Programmgestaltung, gemessen an dem Ziel der Herstellung kultureller Vielfalt, angemessen ist. Dabei muss einfließen, dass Rundfunkfreiheit in ihrem Kern Programmfreiheit ist.¹⁸⁷ Hierdurch wird gewährleistet, dass die Programmgestaltung Sache des Rundfunks bleibt und sich an publizistischen Kriterien ausrichten kann. Durch die Umsetzung der vorgeschlagenen Quotenregelung wird die Gestaltungsfreiheit der betroffenen öffentlich-rechtlichen Rundfunksender erheblich eingeschränkt. Zwar kann die Programmgestaltung innerhalb der Vorgaben der Quote weiterhin nach publizistischen Kriterien ausgerichtet werden, da keine inhaltlichen Vorgaben im engeren Sinne gemacht werden. Jedoch gehört zu der publizistischen Freiheit der Hörfunkveranstalter auch die Entscheidung, was nicht gesendet werden soll, was die Hörer nicht zu interessieren braucht und was ohne Schaden für die öffentliche Meinungsbildung vernachlässigt werden kann.¹⁸⁸ Durch die Quotenregelungen sind die Veranstalter zu der in der Quote bestimmten Gewichtung von Programmanteilen verpflichtet und können damit hinsichtlich der begünstigten Anteile nicht mehr frei über deren Vernachlässigung bei der Programmgestaltung bestimmen.

Andererseits ist bei der gesetzgeberischen Abwägung die Bedeutung der Rundfunkfreiheit für die Sicherung von Meinungsvielfalt zu berücksichtigen. Hierzu gehört nach der hier vertretenen Ansicht nicht nur die politische Meinungsvielfalt, sondern auch die Sicherung kultureller Meinungsvielfalt durch den Rundfunk. Dies bedeutet, dass in der Programmgestaltung auch für die Masse weniger at-

174) BVerfGE 57, 295, 320; Eichler, ZUM 1995, 599, 606.

175) Ruck, AöR 117 (1992), 543, 548 m.w.Nw.

176) Vgl. Bethge, in: Stern, GG, Art. 5 Rdnr. 158; Eichler, ZUM 1995, 599, 606.

177) BVerfG ZUM 1994, 173 ff.

178) BVerfG ZUM 1994, 173, 180; Eichler, ZUM 1995, 599, 606.

179) BVerfG ZUM 1994, 173, 180.

180) BVerfG ZUM 1994, 173, 180.

181) BVerfG ZUM 1994, 173, 180.

182) Hoffmann-Riem, AöR 109 (1984), 304, 316; Jarass, Gutachten G für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, Rdnr. 36; Eichler, ZUM 1995, 599, 603.

183) Hoffmann-Riem, AöR 109 (1984), 304, 316; Jarass, Gutachten G für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, Rdnr. 36.

184) Hoffmann-Riem, AöR 109 (1984), 304, 316.

185) Ruck, AöR 117 (1992), 543, 549.

186) Ruck, AöR 117 (1992), 543, 550.

187) BVerfGE 95, 234.

188) BVerfGE 12, 205, 260.

traktive Bestandteile Berücksichtigung finden müssen.¹⁸⁹ Zumindest die öffentlich-rechtlichen Sender sind auf Grund ihrer überwiegenden Gebührenfinanzierung in der Lage und auf Grund ihrer Aufgabe in einer dualen Rundfunkordnung verpflichtet, auch weniger massenattraktive Programmbestandteile zu berücksichtigen.¹⁹⁰ Hierzu gehören derzeit u.a. Songs von bislang noch unbekanntem Künstlern und die überwiegende Anzahl an deutschsprachigen Musikproduktionen. Tatsächlich hat sich die Programmstruktur der öffentlich-rechtlichen Hörfunksender immer mehr der Struktur der privaten werbefinanzierten Sender angeglichen. Damit dominieren insbesondere bei Pop- und Rocksendern angloamerikanische Songs das Hörfunkangebot in Deutschland. Die so gegebene Vielfalt bei den angloamerikanischen Songs entspricht nicht dem Begriff der Vielfalt, der richtigerweise Art. 5 Abs. 1 GG zu Grunde zu legen ist. Vielfalt im Rundfunk muss sich auf Grund seiner meinungsbildenden Funktion aus der in der Gesellschaft gelebten Vielfalt definieren. Damit gehört auch die Vermittlung kultureller Identität zu der Vielfaltsaufgabe des Rundfunks. Wo sonst, als in den nationalen Hörfunkprogrammen, soll nationale Kultur gepflegt und repräsentiert werden. Den deutschsprachigen Künstlern wird derzeit überwiegend nicht einmal in ihrer künstlerischen Heimat die Möglichkeit zur Präsentation ihrer Werke gegeben. Insbesondere dieser Bestandteil der Vielfaltsaufgabe wird bei der gegenwärtigen Gleichmacherei in den Hörfunkprogrammen nicht erfüllt. Das Gesamtangebot gibt somit nicht die tatsächlich bestehende kulturelle Vielfalt in Deutschland wieder, sodass der Hörfunk seinem durch die Rundfunkfreiheit vorgegebenen Programmauftrag derzeit nicht gerecht wird.

Zwischen diesen widerstreitenden Aspekten der Rundfunkfreiheit hat der Gesetzgeber bei seiner Entscheidung über das Ob und Wie einer Quotenregelung abzuwägen. Dabei kommt der Programmfreiheit wegen ihrer Bedeutung für die Verwirklichung der Rundfunkfreiheit ein besonderes Gewicht zu.¹⁹¹ Vor diesem Hintergrund gestaltet sich die Einführung von gesetzlichen Programmvorgaben als schwierig. Denn dieser schwer wiegenden Belastung der Programmveranstalter muss mit der Gewährleistung kultureller Vielfalt ein zumindest gleichwertiges Ausgestaltungsziel gegenüberstehen, da ansonsten eine unangemessene Belastung der Grundrechtsträger durch die Ausgestaltung anzunehmen wäre.

Deshalb ist bereits bei der Frage des Ob einer Quotenregelung zu fragen, ob durch deren Einführung eine unangemessene Belastung der Programmveranstalter eintritt. Vor dem Hintergrund der Bedeutung der Programmfreiheit ist zumindest zweifelhaft, ob das Ziel der kulturellen Vielfalt zu einer so weitgehenden Einschränkung legitimiert. Allerdings sind bei der Beurteilung, ob eine unangemessene Belastung eintritt, auch die Besonderheiten einer dual gestalteten Rundfunkordnung zu berücksichtigen. Anders als in Frankreich beschränkt sich der Vorschlag der Einführung einer Programmquote auf den öffentlich-rechtlichen Hörfunk. Es stellt sich daher in diesem Rahmen nur die Fra-

ge nach der unangemessenen Belastung der öffentlich-rechtlichen Hörfunksender. Zwar steht auch dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk das Grundrecht der Rundfunkfreiheit zu.¹⁹² Jedoch unterliegt der öffentlich-rechtliche Rundfunk bei seiner Programmgestaltung stärkeren Bindungen als private Veranstalter. Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist die Sicherung der Meinungsvielfalt durch die Wiedergabe aller gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Strömungen und die Pflicht zur Versorgung der gesamten Bevölkerung mit Rundfunk.¹⁹³ Der so umschriebene Grundversorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks rechtfertigt die überwiegende Gebührenfinanzierung. Die Sender sollen hierdurch in die Lage versetzt werden, ihre Programmgestaltung weitgehend unabhängig von den Erfordernissen einer Werbefinanzierung vorzunehmen.¹⁹⁴ Deshalb trifft den öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine besondere Verpflichtung, die Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu erfüllen.¹⁹⁵ Vor diesem Hintergrund stellt die Aufstellung hieran orientierter inhaltlicher Anforderungen an die Programmgestaltung öffentlich-rechtlicher Rundfunksender keine unangemessene Belastung dar. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der bisherigen binnenpluralistischen Ausgestaltung der Vielfaltsicherung. Wie die Rundfunkordnung ausgestaltet wird, ist Sache der gesetzgeberischen Entscheidung. Dabei schreibt das Grundgesetz weder ein bestimmtes Modell vor, noch zwingt es zu konsistenter Verwirklichung des einmal gewählten Modells. Es kommt vielmehr nur auf die Verwirklichung der Gewährleistung freier und umfassender Berichterstattung an.¹⁹⁶ Daher bleibt zunächst festzuhalten, dass die Einführung an Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG orientierter Programmvorgaben für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk keine unangemessene Belastung darstellt.

Eine andere Frage ist allerdings, ob die vorgeschlagene Quotenregelung nach ihrem Inhalt zu einer unangemessenen Benachteiligung der betroffenen öffentlich-rechtlichen Hörfunksender führt. Die für die Programmfreiheit der öffentlich-rechtlichen Hörfunksender belastende Ausgestaltung rechtfertigt sich letztlich aus der Gewährleistung der Anforderungen, die durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG aufgestellt werden. Die Quotenregelung muss daher ihrem Inhalt nach so ausgestaltet werden, dass die Erfüllung dessen gewährleistet wird, was Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG fordert. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung wäre ansonsten nicht mehr von dem Ausgestaltungsauftrag gedeckt und würde damit die betroffenen Programmveranstalter in ihrer Programmgestaltungsfreiheit unangemessen belasten. Bei der Feststellung, was Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG an inhaltlicher Vielfalt fordert, stellt sich die Schwierigkeit, dass Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG selbst darüber keine Aussage trifft. Zudem könnte hierzu auch keine allgemein gültige Bestimmung getroffen werden, weil sich die Vielfaltanforderung an den tatsächlichen gesellschaftlichen Gegebenheiten orientiert, die von Natur aus einem ständigen Wandel unterworfen sind. Die Schwierigkeit einer verlässlichen Prognose wird bisher dadurch gelöst, dass die Programmvielfalt binnenplural durch Vertreter verschiedener gesellschaftlicher Gruppen überwacht wird.¹⁹⁷ Eine solche für die Konkretisierung der inhaltlichen Anforderungen der Rundfunkfreiheit erforderliche Flexibilität besteht bei der Festlegung bestimmter Programmanteile nicht mehr. Eine Sicherung der durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geforderten Programmvielfalt durch die Festlegung von Programmquoten kann wegen der fehlenden Bestimmbarkeit nur das Ziel verfolgen, ein Mindestmaß an inhaltlicher Vielfalt zu gewährleisten. Ansonsten besteht

189) BVerfGE 73, 118, 155 f.

190) BVerfGE 73, 118, 155 f.

191) Vgl. BVerfGE 59, 231, 258 ff.

192) Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 5 Rdnr. 34; BVerfGE 31, 314, 322.

193) BVerfGE 12, 205, 260; BVerfGE 31, 315, 326 f.; Kresse, ZUM 1995, 178, 181.

194) BVerfG AfP 1991, 389, 390.

195) Vgl. BVerfG AfP 1991, 389, 390.

196) BVerfG AfP 1991, 389, 390.

197) Herrmann, Rundfunkrecht, 1994, S. 230.

die Gefahr, dass die Quote durch die gesellschaftliche Realität eingeholt wird und damit die öffentlich-rechtlichen Hörfunksender in ihrer Programmfreiheit unangemessen belasten würde. Eine Quotenregelung muss sich daher auf die Sicherung eines Mindestmaßes an inhaltlicher Vielfalt beschränken.

Bei der Festlegung einer solchen Mindestquote muss den widerstreitenden Grundrechtspositionen innerhalb von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG angemessen Rechnung getragen werden. Den Sendern muss genügend Spielraum für eine an publizistischen Kriterien ausgerichtete Programmgestaltung mit Eigencharakter verbleiben. Zudem muss bei der Höhe der Quote berücksichtigt werden, inwieweit genügend Sendematerial für die Ausfüllung der Quote verfügbar ist. Auf der anderen Seite muss deutschsprachigen und internationalen Neuheiten eine die öffentliche Wahrnehmung beeinflussende Programmpräsenz durch die Quote gewährleistet werden. Mit der dadurch wahrnehmbaren Präsenz dieser bislang unterrepräsentierten Inhalte wird hinsichtlich dessen die vielfaltsichernde Funktion des öffentlich-rechtlichen Hörfunks innerhalb der dualen Rundfunkordnung gewährleistet. Der damit anfangs zu erwartende Nachteil bei der Werbefinanzierung ist den öffentlich-rechtlichen Sendern auf Grund ihrer überwiegenden Gebührenfinanzierung zumutbar. Diese rechtfertigt sich gerade aus dem besonderen Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zur Vielfaltsicherung. Voraussetzung ist allerdings, dass, wie bei der französischen Regelung, reine Instrumentalmusik bei der Berechnung nicht berücksichtigt wird. Anderenfalls würde die Quote als Nebeneffekt eine bindende Verpflichtung zu einem Sprachmusikanteil begründen. Dies kann bei Spartenprogrammen mit primärer Ausrichtung auf Instrumentalmusik zu einer Belastung der Programmgestaltungsfreiheit führen, die in keiner Beziehung zu den mit der Regelung verfolgten Zielen steht. Eine Quotenregelung für den öffentlich-rechtlichen Hörfunk ist daher unter Einhaltung der vorgenannten Voraussetzungen vor dem Hintergrund der Rundfunkfreiheit zulässig.

3. Gleichheitssatz aus Art. 3 GG

Auf Grund der einseitigen Betroffenheit der öffentlich-rechtlichen Hörfunksender könnte im Verhältnis zu den privaten Hörfunksendern ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 GG durch die Quotenregelung gegeben sein. Das setzt jedoch zunächst voraus, dass die Rundfunkanstalten Träger des Grundrechts aus Art. 3 GG sind. Das *BVerfG* verneint einen Schutz der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch Art. 3 GG, indem es betont, dass ihnen nur im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG Grundrechtsfähigkeit zukommt.¹⁹⁸ In der Lit. wird teilweise die Auffassung vertreten, dass Art. 3 GG in seiner objektiven Ausprägung die Rundfunkfreiheit auch zu Gunsten der öffentlich-rechtlichen Grundrechtsträger verstärke.¹⁹⁹ Allerdings sind auch bei Zugrundelegung der letztgenannten Auffassung Differenzierungen, die im Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks begründet liegen, der Legitimation gegenüber Art. 3 Abs. 1 GG in höherem Maße zugänglich als Differenzierungen, die nicht in diesem Sinn als systemkonsequent gelten können.²⁰⁰ Durch die Einführung einer Programmquote für den öffentlich-rechtlichen Hörfunk soll gerade dessen vielfaltbezogener Programmauftrag gewährleistet werden. Zwar stellt die einseitige Auferlegung der Programmquote für die betroffenen öffentlich-rechtlichen Hörfunksender einen Nachteil gegenüber den privaten Anbietern dar, weil diese

sich weiterhin auf massenattraktive Programme verlegen können. Allerdings rechtfertigt sich die überwiegende Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks innerhalb des dualen Rundfunksystems gerade aus den erhöhten Anforderungen an die inhaltliche Programmgestaltung.²⁰¹ Der öffentlich-rechtliche Rundfunk soll gerade wegen seines Auftrags, auch weniger massenattraktive Inhalte anzubieten, von dem Erfordernis der Werbefinanzierung weitgehend befreit sein. Somit rechtfertigt sich die Differenzierung bei Zugrundelegung der die Grundrechtsfähigkeit bejahenden Auffassung aus dem spezifischen Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks innerhalb der dualen Rundfunkordnung. Der Gleichheitssatz steht damit einer Quotenregelung im Bereich des öffentlich-rechtlichen Hörfunks nicht entgegen.

4. Fazit

Programmquoten für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk sind vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund der Rundfunkfreiheit und dem Gleichheitssatz grundsätzlich zulässig. Sie stellen keinen nach Art. 5 Abs. 2 GG rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG dar, sondern sind an der verfassungsrechtlichen Funktion der Rundfunkfreiheit orientierte Regelungen zur Ausgestaltung des Grundrechts der Rundfunkfreiheit. Als solche stellen sie für die Ausübung des Grundrechts wesentliche Entscheidungen des Gesetzgebers dar, die der Form eines Parlamentsgesetzes bedürfen. Bei der Ausgestaltung kommt dem Gesetzgeber zunächst ein weiter, nur durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG begrenzter Gestaltungsspielraum zu. Voraussetzung für die Ausübung des Gestaltungsspielraums ist jedoch eine positive Prognose durch den Gesetzgeber, wobei eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichend ist. Diese ist bei den vorgeschlagenen Programmquoten im Hinblick auf das Ziel der kulturellen Vielfalt vor allem wegen der bereits in Frankreich gemachten Erfahrungen zu bejahen. Der Gesetzgeber hat bei Ausübung seines gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums zu Gunsten des Aspekts der Programmvietalt auch den Aspekt der Programmgestaltungsfreiheit zu wahren. Eine unverhältnismäßige Belastung der Hörfunksender in ihrer Programmgestaltungsfreiheit ist dann gegeben, wenn sie durch die Ausgestaltung stärker eingeschränkt wird, als dies für die verfassungsrechtliche Vielfaltanforderung erforderlich ist. Das Maß der Vielfalt richtet sich nach den tatsächlichen gesellschaftlichen Gegebenheiten, die einem ständigen Wandel unterworfen sind. Deshalb kann Vielfalt nicht nach Zahl und Maß festgelegt werden. Dennoch ist eine Programmquote verfassungsrechtlich zulässig und sinnvoll zur Gewährleistung eines Mindestmaßes an inhaltlicher Vielfalt im Zusammenspiel mit der bestehenden binnenpluralen Vielfaltsicherung.

IV. Rundfunkrechtliche Vorfagen

Nach der Klärung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit stellt sich das Problem der Umsetzung einer Quotenregelung. Anders als das zentralistische Frankreich hat die Bundesrepublik eine föderalistische Struktur, in der primär die Länder für Rundfunkaufgaben zuständig sind. Hinsichtlich der Umsetzung der Quotenregelung durch die

198) *BVerfGE* 78, 101, 102.

199) *Degenhart*, ZUM 1997, 153, 155 ff.; *Bethge*, ZUM 1991, 337, 341.

200) *Degenhart*, ZUM 1997, 153, 156.

201) Vgl. *BVerfG AfP* 1991, 389, 390.

Landesgesetzgeber stellt sich damit bereits das Problem der Schaffung einer bundeseinheitlichen Quotenregelung. Darüber hinaus stellt sich das weitere Problem der Überwachung der Einhaltung der Mindestquoten. Anders als in Frankreich besteht mangels einer Bundeskompetenz in der Bundesrepublik keine für das gesamte Bundesgebiet zuständige Rundfunkbehörde für die Veranstaltung von Rundfunk.

1. Bundeseinheitliche Hörfunkquote

Ziel der Einführung einer Hörfunkquote sollte die Schaffung einer bundeseinheitlichen Regelung für die öffentlich-rechtlichen Hörfunksender sein. Die Quote kann ihr Ziel der Gewährleistung kultureller Programmvielfalt in den öffentlich-rechtlichen Hörfunkprogrammen nur dann optimal erreichen, wenn eine einheitliche Regelung besteht. Dies erschließt sich bereits daraus, dass die Verbreitung von Rundfunksendungen grundsätzlich keine Landesgrenzen kennt und somit bei unterschiedlichen Regelungen nicht einmal innerhalb eines einzelnen Bundeslandes der Effekt von mehr Vielfalt gewährleistet werden kann. Auch vor dem Hintergrund der ausschließlichen Zuständigkeit der Länder sind verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten vorhanden.

a) Regelung in den Rundfunkgesetzen

Zunächst ist eine landesgesetzliche Regelung einer Programmquote in den Rundfunkgesetzen denkbar. Eine bundeseinheitliche Regelung für die öffentlich-rechtlichen Sender würde dabei voraussetzen, dass alle Länder gleichermaßen eine Programmquote für den Hörfunk in ihren Rundfunkgesetzen vorsehen. Dass dies unter Umständen schwierig werden könnte, zeigt sich an den heftigen Kontroversen i.R.d. Streits um die Zustimmung der Bundesregierung zu der EG-Fernsehrichtlinie.²⁰² Gegen die Zustimmung der Bundesregierung unter dem Vorbehalt einer weiteren Regelung der Programmquoten haben die Länder damals ein Verfahren vor dem *BVerfG* eingeleitet.²⁰³ Grund für die Einleitung des Verfahrens war nicht nur die Frage der Kompetenz der Bundesregierung zur Erteilung der Zustimmung, sondern insbesondere auch der mit der europäischen Quotenregelung für Fernsehprogramme erfolgende tiefe Eingriff in innerstaatliches Recht durch die Regelung von Fragen politischer und kultureller Bedeutung durch Gemeinschaftsrecht.²⁰⁴ Die Kontroverse um die Quotenregelung zu Gunsten europäischer Fernsehproduktionen in der EG-Fernsehrichtlinie zeigt die Schwierigkeiten einer einheitlichen Regelung in allen Bundesländern auf. Selbst wenn alle Länder eine Quote einführen würden, könnte der Effekt der Quote durch unterschiedliche Ausgestaltungen beeinträchtigt werden. Daher ist eine durch die einzelnen Bundesländer getroffene Regelung in den Rundfunkgesetzen wenig geeignet, eine bundeseinheitliche Regelung zu gewährleisten.

b) Regelung im Rundfunkstaatsvertrag

Auf Grund der genannten Zweifel an einer Regelung durch die Länder in den Rundfunkgesetzen bietet sich die Aufnahme der Quote in den Rundfunkstaatsvertrag (RStV) v. 31.8.1991 an. Durch den am 1.1.1992 nach Billigung

durch alle 16 Länderparlamente in Kraft getretenen „Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinten Deutschland“ haben die Länder der dualen Rundfunkordnung eine bundesweite Rahmenordnung gegeben.²⁰⁵ Der Rundfunkstaatsvertrag stellt damit einen bundeseinheitlichen Rahmen für die Rundfunkstätigkeit in Deutschland dar. Eine Regelung von Programmquoten für den öffentlich-rechtlichen Hörfunk muss sich jedoch in den Regelungsrahmen des Staatsvertrags einfügen.

Inhalt und Struktur

Der derzeit geltende Rundfunkstaatsvertrag v. 31.8.1991 in der Fassung des sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrags vom 20.12.2001 gliedert sich in fünf Abschnitte.

Der erste Abschnitt enthält die vor die Klammer gezogenen Allgemeinen Vorschriften, die gleichermaßen für den öffentlich-rechtlichen und den privaten Rundfunk Geltung beanspruchen. Neben Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen werden insbesondere in §§ 2a, 3 und 6 RStV auch inhaltliche Bestimmungen hinsichtlich der Programmgestaltung getroffen. Besonderes Augenmerk verdient hierbei die Regelung in § 6 RStV. Die Sollvorschrift verfolgt in Umsetzung der EG-Fernsehrichtlinie²⁰⁶ das Ziel, europäischen Werken in der Programmgestaltung der Fernsehprogramme angemessene Geltung zu verschaffen. Als Ziel der Regelung gibt § 6 Abs. 1 RStV u.a. die „Darstellung der Vielfalt im deutschsprachigen und europäischen Raum“ vor. Mit dem Regelungsziel der Darstellung der kulturellen Vielfalt würde eine Quote für den Hörfunk mit der gleichen Zielsetzung als § 6a RStV gut in den Kontext zu § 6 RStV passen. Allerdings bildet Gegenstand der Untersuchung allein eine Quote für den öffentlich-rechtlichen Hörfunk. Eine Einordnung in die Allgemeinen Vorschriften wäre daher systematisch verfehlt.

Der zweite Abschnitt beinhaltet die Vorschriften für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. In Anbetracht der Regelungen in den Allgemeinen Vorschriften fehlen mit Ausnahme der Regelungen in §§ 14, 15, 18 RStV inhaltliche Vorgaben für die Programmgestaltung im zweiten Abschnitt. §§ 14 und 15 RStV enthalten Anforderungen hinsichtlich der Einfügung von Werbung. § 18 RStV verbietet das Teleshopping im öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Die genannten Regelungen des zweiten Abschnitts beschränken die Programmgestaltung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten über die Vorgaben des ersten Abschnitts hinaus. Die weitergehende Beschränkung für die öffentlich-rechtlichen Sender sind damit Ausdruck ihrer Stellung in dem dualen Rundfunksystem. Systematisch bietet sich daher die Einfügung der Quotenregelung im Kontext zu diesen Vorschriften an.

Umsetzung

Die Einführung der Quote müsste durch die Änderung des Rundfunkstaatsvertrags v. 31.8.1991 in Form eines Rundfunkänderungsstaatsvertrags erfolgen. Dieser erfordert die Zustimmung mit Zustimmungsgesetz aller 16 Bundesländer. Dies dürfte wegen der bereits genannten Gründe eine große Hürde für eine bundeseinheitliche Quotenregelung darstellen.

2. Kontrollmöglichkeiten

Mit der Einführung einer gesetzlichen Regelung stellt sich notwendig die Frage nach deren Durchsetzung. In Frankreich wacht die CSA über die Einhaltung der gesetzlich aufgestellten Mindestquoten. Dabei sind der CSA hinsichtlich der Konkretisierung der gesetzlichen Anforderungen

202) 89/552/EWG; vgl. Holzner, *Rundfunkrecht in Europa*, 1996, S. 179.

203) Knothe/Wanckel, *ZUM* 1995, 20, 22.

204) Knothe/Wanckel, *ZUM* 1995, 20, 22.

205) Herrmann, *Rundfunkrecht*, 1994, Rdnr.135.

206) 89/552/EWG.

weitreichende Befugnisse eingeräumt worden.²⁰⁷ Eine derartige Ausgestaltung der Kontrolle ist in Deutschland bereits wegen des verfassungsrechtlichen Erfordernisses der Staatsfreiheit des Rundfunks nicht denkbar. Die Inhaltskontrolle der Programme erfolgt in Deutschland im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch die pluralistisch besetzten Rundfunkräte.²⁰⁸ Subsidiär zu dieser internen Kontrolle unterstehen die Rundfunkanstalten der staatlichen Aufsicht. Diese darf allerdings erst dann eingreifen, wenn die anstaltsinternen Kontrollen versagen.²⁰⁹ Von daher bietet es sich bei einer auf die öffentlich-rechtlichen Sender beschränkten Regelung an, die Kontrolle der Einhaltung der Quote den Rundfunkräten zu überlassen. Auf diese Weise lässt sich die Quote systemkonform in das bestehende Modell der anstaltsinternen Gewährleistung der Programmvielfalt durch die pluralistisch zusammengesetzten Rundfunkräte integrieren. Im Falle des Versagens der internen Kontrolle besteht über die Rechtsaufsicht die Möglichkeit der Durchsetzung der gesetzlich geregelten Hörfunkquoten.

V. Europarechtliche Vorfragen

Nachdem Quotenregelungen für den öffentlich-rechtlichen Hörfunk nach nationalem Verfassungsrecht grundsätzlich zulässig sind, ist von Interesse, ob eine solche Regelung vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben standhält. In Betracht kommen dabei Vorgaben aus primärem und sekundärem Gemeinschaftsrecht.

1. Sekundäres Gemeinschaftsrecht

An Vorgaben aus dem sekundären Gemeinschaftsrecht für den Rundfunk ist die Fernsehrichtlinie²¹⁰ v. 3.10.1989 hervorzuheben. Die Richtlinie sieht in Art. 4 die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Förderung europäischer Werke in den nationalen Fernsehprogrammen vor. Bis zum In-Kraft-Treten der Änderungsrichtlinie 97/36/EG wurde in Art. 8 ausdrücklich bestimmt, dass die Mitgliedstaaten auch weitergehende sprachpolitische Regelungen einführen dürfen. Materiell hat sich an dieser Befugnis durch die Streichung von Art. 8 der Richtlinie nichts geändert.²¹¹ Art. 3 der Richtlinie gibt den Mitgliedstaaten weiterhin die Möglichkeit, strengere oder ausführlichere Bestimmungen zu treffen. Allerdings erstreckt sich diese Befugnis nach Art. 3 der Richtlinie nur auf die von der Richtlinie erfassten Bereiche. Entgegen dem ursprünglichen Vorhaben bezieht sich die Richtlinie nicht auch auf Hörfunk-, sondern nur auf Fernsehprogramme.²¹² Art. 3 der Fernsehrichtlinie ist daher auf Hörfunkprogramme nicht anwendbar, weil dieser Bereich bewusst aus den Regelungen der Richtlinie ausgelassen wurde. Kehrseite dieser Erkenntnis ist allerdings auch, dass dort, wo eine abschließende Regelung fehlt, der nationale Gesetzgeber insoweit zur Regelung befugt bleibt.²¹³ Da dies im Bereich des Hörfunks der Fall ist, steht der Einführung einer nationalen Programmquotenregelung kein sekundäres Gemeinschaftsrecht entgegen.

2. Primäres Gemeinschaftsrecht

Die auf Grund der fehlenden Vorgaben aus sekundärem Gemeinschaftsrecht bestehende Regelungsbefugnis muss sich jedoch an die Vorgaben aus dem primären Gemeinschaftsrecht halten. Hier sind insbesondere die Grundfreiheiten aus dem EG-Vertrag und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) von Bedeutung.

a) Art. 10 EMRK

Art. 10 der EMRK garantiert die Rundfunkfreiheit auf der Gemeinschaftsebene. Der *EuGH* inkorporiert die Grundsätze der EMRK über die allgemeinen Grundsätze in das primäre Gemeinschaftsrecht. Die so inkorporierten Grundsätze gelten als europäische Verfassungsgrundsätze, die nicht zur Disposition des Gemeinschaftsgesetzgebers stehen und unter bestimmten Voraussetzungen auch den nationalen Gesetzgeber zu binden vermögen.²¹⁴ Der *EuGH* hat in einem Fall mit rundfunkrechtlichem Bezug ausdrücklich ausgesprochen, dass Einschränkungen der Grundfreiheiten durch den nationalen Gesetzgeber auch mit den Grundrechten der Gemeinschaft vereinbar sein müssen.²¹⁵ Im Rahmen dieser Entscheidung betonte der *EuGH*, dass bei der in dem konkreten Fall zur Rechtfertigung stehenden Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit die im Gemeinschaftsrecht vorgesehene Rechtfertigung im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen sei.²¹⁶ Die Überprüfung der Vereinbarkeit von nationalen Maßnahmen mit den Gemeinschaftsgrundrechten erfolgt damit im Wege der grundrechtskonformen Auslegung des einschlägigen Vertragsrechts durch den *EuGH*.

Verständnis der Rundfunkfreiheit der EMRK

Im Zusammenhang mit der Frage der Zulässigkeit von Programmquoten ist daher das Verständnis der Rundfunkfreiheit i.R.d. Gemeinschaftsgrundrechts in Art. 10 EMRK von Bedeutung. Insbesondere ist zu fragen, ob der in Art. 10 EMRK garantierte Rundfunkfreiheit neben ihrer den individuellen Freiheitsraum sichernden Funktion eine objektiv-rechtliche Funktion zukommt. Es geht damit um die Frage, ob der Rundfunkfreiheit neben ihrem subjektiven Abwehrcharakter auch Bedeutung als objektive Grundsatznorm zukommt.²¹⁷ Die Bedeutung der Rundfunkfreiheit in Art. 10 EMRK auch als objektive Grundsatznorm wird insbesondere dem Urteil des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)* „Jersild v. Denmark“²¹⁸ entnommen, in dem der EGMR erstmals mit inhaltlichen Beschränkungen der Rundfunkfreiheit befasst war. Im Rahmen dieser Entscheidung betonte er die wichtige Funktion des Mediums Rundfunk für den öffentlichen Kommunikationsprozess.²¹⁹ Allerdings entspricht die Bedeutung der objektivrechtlichen Seite nicht der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.²²⁰ Der Hauptakzent der Rechtsprechung des EGMR liegt im Gegensatz zu dem objektiv geprägten Rundfunkbegriff des *BVerfG* auf der subjektiv berechtigenden Ausdeutung des Art. 10 EMRK. Dies wird vor allem aus den Entscheidungen „Groppera“,²²¹ „Autronic“²²² und „Infor-

207) Machill, MP 1996, 144, 149.

208) Hesse, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 1999, S. 159 ff.

209) Hesse, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 1999, S. 172.

210) 89/552/EWG.

211) Gundel, ZUM 1998, 1002, Fußn. 4.

212) Holznagel, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 181 m.w.Nw.

213) Gundel, ZUM 1998, 1002.

214) Probst, Art. 10 EMRK – Bedeutung für den Rundfunk in Europa, 1996, S. 57; Holznagel, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 150 f.

215) *EuGH* EuZW 1991, 507, 510; Gundel, ZUM 1998, 1002, 1009.

216) Holznagel, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 152; *EuGH* EuZW 1991, 507, 510.

217) Roeder, Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung, 2001, S. 159 f.

218) EGMR 23.09.94 „Jersild v. Denmark“ Series A 298.

219) Roeder, Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung, 2001, S. 165.

220) Roeder, Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung, 2001, S. 166 ff.

221) EGMR 28.3.90 „Groppera“ Series A 173.

222) EGMR 22.5.90 „Autronic“ Series A 178.

mationsverein Lentia and others²²³ deutlich, in denen sich die betroffenen Regierungen auf die objektivrechtliche Sicht des Art. 10 EMRK berufen haben. Der EGMR stellte in den Entscheidungen jedoch klar, dass die Maßnahmen ungeachtet ihrer kommunikationsbezogenen Zielsetzung grundsätzlich als Eingriffe zu behandeln sind.²²⁴ Damit scheidet die Qualifizierung einer Quotenregelung als Ausgestaltung i.R.d. EMRK aus. Vielmehr liegt ein Rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Programmfreiheit der betroffenen Hörfunksender vor.

Rechtfertigung von Eingriffen

Die Quote ist deshalb anhand der Schranken des Art. 10 Abs. 2 EMRK als Grenze des nationalen Gestaltungsspielraums zu überprüfen.²²⁵ Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK scheidet insoweit aus, als es inhaltlich bei der Quote nicht um die Genehmigung der Rundfunkstätigkeit geht. Nach Art. 10 Abs. 2 EMRK müssen drei Bedingungen erfüllt sein, damit eine Beschränkung der Rundfunkfreiheit als zulässig angesehen werden kann: Der Eingriff muss demnach vom Gesetz vorgesehen sein, einem der Ziele aus dem Katalog des Art. 10 Abs. 2 EMRK dienen und in einer demokratischen Gesellschaft zudem notwendig sein.²²⁶

Der Eingriff erfolgt durch Regelung im Rundfunkstaatsvertrag oder in den Rundfunkgesetzen auf gesetzlicher Grundlage.²²⁷ Des Weiteren muss die Quotenregelung einem der Ziele aus dem Katalog des Art. 10 Abs. 2 EMRK dienen. Der EGMR hat in seinen Urteilen „Groppera“²²⁸ und „Autronic“²²⁹ die Vorschrift des Art. 10 Abs. 2 EMRK weit ausgelegt. Demnach können Eingriffe in die Rundfunkfreiheit auch zum „Schutz der Rechte anderer“ erfolgen, wenn diese den Zweck verfolgen, den Pluralismus und insbesondere die Meinungsvielfalt zu fördern. Somit können kulturspezifische Zielsetzungen ohne weiteres als legitime Zwecke i.S.d. Art. 10 Abs. 2 EMRK eingestuft werden.²³⁰ Auf Grund dieser weiten Interpretation durch den EGMR ist maßgebliches Kriterium für die Rechtfertigung die Notwendigkeit der staatlichen Maßnahme in einer demokratischen Gesellschaft.²³¹ Die Vertragsstaaten verfügen hierbei über einen Beurteilungsspielraum, wobei die Eingriffe dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterliegen.²³² Nach den durch den EGMR erarbeiteten Kriterien wird verlangt, dass ein dringendes soziales Bedürfnis an

der Maßnahme besteht.²³³ Ein solches liegt bei der vorgeschlagenen Programmquote in der Sicherung der kulturellen Vielfalt des Hörfunkprogramms durch die Gewährleistung der funktionsgerechten Aufgabenerfüllung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten innerhalb der in Deutschland geltenden dualen Rundfunkordnung. Innerhalb dieser Ordnung ist der öffentlich-rechtliche Rundfunk höheren Vielfaltanforderungen unterworfen als die privaten Sender. Dies rechtfertigt sich aus der überwiegenden Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus Gebührenaufkommen, womit er zu einer von dem Erfordernis der Werbefinanzierung unabhängigeren Programmgestaltung befähigt wird. Die Wahrnehmung des dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk innerhalb der dualen Rundfunkordnung zukommenden Auftrags hat somit eine in dem gewählten Ordnungsmodell essenzielle Bedeutung für die Aufgabenerfüllung des Rundfunks in seiner gesellschaftlichen Funktion. Die damit verfolgte Gewährleistung einer funktionsfähigen Rundfunkordnung entspricht dem Bedeutungsgehalt, den der EGMR der Rundfunkfreiheit in ihrer objektivrechtlichen Ausprägung zuweist.²³⁴ Auch der EuGH hat im Zusammenhang mit der Begründung eines zwingenden Allgemeininteresses i.R.d. Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundfreiheiten betont, dass das Ziel der Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunkwesens im Zusammenhang mit der durch Art. 10 EMRK garantierten Meinungsfreiheit zu sehen ist.²³⁵ Dabei sieht der EuGH die Meinungsfreiheit auch in ihrer umfassenden Ausprägung, indem er sie auf die verschiedenen gesellschaftlichen, kulturellen, religiösen und geistigen Strömungen erstreckt.²³⁶ Die objektivrechtliche Ausprägung der Rundfunkfreiheit erlangt damit i.R.d. Rechtfertigung von Eingriffen Bedeutung. Somit ist die Gewährleistung kultureller Vielfalt im Rundfunk vor dem Hintergrund seiner Bedeutung für die Meinungsbildung als dringendes soziales Bedürfnis anzusehen.

Entsprechend kommt es für die Rechtfertigung des Eingriffs in die Programmfreiheit entscheidend auf die Verhältnismäßigkeit an. Die Quotenregelung muss daher vor dem Hintergrund der in Art. 10 EMRK gewährleisteten Rundfunkfreiheit geeignet, erforderlich und angemessen sein. Gemessen an der Zielsetzung der Sicherung der Vielfaltfunktion des Rundfunks durch die Gewährleistung der funktionsgerechten Aufgabenerfüllung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist die auf die öffentlich-rechtlichen Hörfunkprogramme beschränkte Programmquote zur Förderung des Ziels geeignet. Sie ist darüber hinaus auch erforderlich, weil das mildere Mittel der alleinigen binnenpluralen Vielfaltkontrolle für den öffentlich-rechtlichen Hörfunk sich nicht als zumindest gleich wirksam erwiesen hat. Die größte Schwierigkeit der Rechtfertigung i.R.v. Art. 10 Abs. 2 EMRK ist die Angemessenheit der Quote. Dabei muss bei der erforderlichen Abwägung wiederum von der Prämisse ausgegangen werden, dass die Rundfunkfreiheit in ihrem Kern Programmgestaltungsfreiheit ist. Durch die inhaltlichen Vorgaben der vorgeschlagenen Quotenregelung wird die Programmgestaltungsfreiheit der betroffenen öffentlich-rechtlichen Hörfunksender erheblich eingeschränkt. Andererseits dient die Quote für die öffentlich-rechtlichen Hörfunksender der Gewährleistung der gesellschaftlichen Funktion des Rundfunks und damit auch einem Gut von hohem Verfassungsrang. Bei der vorzunehmenden Abwägung muss auch auf europäischer Ebene berücksichtigt werden, dass an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk auf Grund seiner vielfaltsichernden Funktion innerhalb der dualen Rundfunkordnung in

223) EGMR 24.11.93 „Informationsverein Lentia and others“ Series A 276.

224) Roeder, Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung, 2001, S. 169.

225) Probst, Art. 10 EMRK – Bedeutung für den Rundfunk in Europa, 1996, S. 67; Roeder, Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung, 2001, S. 182 ff.; vgl. auch Holznapel, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 157 ff.

226) Roeder, Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung, 2001, S. 182; Holznapel, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 157 f.; Frowein, in: Frowein/Peukert, Kommentar EMRK, 2. Aufl. 1996, Art. 10 Rdnr. 24 ff.; Probst, Art. 10 EMRK – Bedeutung für den Rundfunk in Europa, 1996, S. 29.

227) Vgl. Greissing, Vorgaben des EG-Vertrages für nationales Rundfunk- und Multimediarecht, 2001, S. 88; Holznapel, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 157 f.

228) EGMR 28.03.90 „Groppera“ Series A 173.

229) EGMR 22.05.90 „Autronic“ Series A 178.

230) Holznapel, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 158; Roeder, Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung, 2001, S. 182 f.

231) Roeder, Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung, 2001, S. 183 f.; Holznapel, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 158 f.

232) Probst, Art. 10 EMRK – Bedeutung für den Rundfunk in Europa, 1996, S. 33; Greissing, Vorgaben des EG-Vertrages für nationales Rundfunk- und Multimediarecht, 2001, S. 88 f.; Holznapel, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 158 f.

233) Holznapel, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 158 f.

234) EGMR 23.09.94 „Jersild v. Denmark“ Series A 298.

235) EuGH EuZW 1992, 56, 58.

236) EuGH EuZW 1993, 251, 252.

Deutschland höhere inhaltliche Anforderungen gestellt werden dürfen. Erweisen sich mildere Mittel zur Gewährleistung seiner vielfaltsichernden Funktion innerhalb des dualen Systems als nicht ausreichend geeignet, muss daher vor dem Hintergrund der Bedeutung dieser Funktion für die gesellschaftliche Aufgabe des Rundfunks die Programmfreiheit der öffentlich-rechtlichen Veranstalter innerhalb der Abwägung zurücktreten. Damit lässt sich die vorgeschlagene Programmquote auch vor dem Hintergrund der EMRK rechtfertigen.

b) Grundfreiheiten

Durch die vorgeschlagene Quotenregelung könnten Grundfreiheiten des EG-Vertrags betroffen sein. Der *EuGH* vertritt in ständiger Rechtsprechung, dass Rundfunksendungen der Dienstleistungsfreiheit zuzuordnen sind.²³⁷ Lediglich den Handel mit sämtlichen Materialien wie Tonträgern, Filmen und sonstigen Erzeugnissen, die für die Ausstrahlung von Rundfunksendungen benutzt werden, hat der *EuGH* in seinem *Sacchi-Urteil*²³⁸ den Vorschriften über den Freien Warenverkehr unterworfen. Durch die gesetzliche Begünstigung von Rundfunkinhalten durch bindende Quotenvorgaben besteht die Möglichkeit der indirekten Einflussnahme auf den Absatz von Tonträgern. Darüber hinaus wird durch die Einführung einer Quote die Verwertbarkeit von solchen Musiktiteln in Hörfunksendungen negativ beeinflusst, die nicht von der Quote erfasst werden. Demnach kommt durch die Quotenregelungen ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten des Freien Warenverkehrs aus Art. 28 EGV und der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 EGV in Betracht.

Freier Warenverkehr

Die vorgeschlagene Quotenregelung kann damit die Grundfreiheit des Freien Warenverkehrs aus Art. 28 EGV tangieren. Tatbestandlich sieht die Grundfreiheit des Freien Warenverkehrs ein Beschränkungsverbot vor.²³⁹ Hierunter fällt nach der *Dassonville-Formel* jede mitgliedstaatliche Maßnahme, die geeignet ist, die Ausübung der Grundfreiheit unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern.²⁴⁰ Solche Maßnahmen sind rechtfertigungsbedürftig, sofern die angenommenen Auswirkungen dieser Maßnahme nicht im Bereich der Spekulation bleiben.²⁴¹

■ **Betroffenheit durch die Quotenregelung:** Soweit durch die Quotenregelung Neuheiten von bisher weitgehend unbekanntem Künstlern begünstigt werden, ist die Grundfreiheit des Freien Warenverkehrs nicht betroffen. Zwar wird dadurch potenziell der Absatz von Tonträgern etablierter Künstler negativ beeinflusst. Jedoch geschieht diese Beeinflussung unabhängig davon, aus welchem Mitgliedstaat der Musiktitel stammt.

Problematischer ist hingegen der sprachbezogene Aspekt der Quote. Durch die Begünstigung deutschsprachiger Neuheiten ist die Quote potenziell geeignet, den Freien Warenverkehr mit Tonträgern aus anderen Mitgliedstaaten zu behindern. Denn die Mehrzahl der deutschsprachigen Produktionen werden im Inland produziert. Dadurch wirkt sich die Quotenregelung in diesem Bestandteil faktisch als einseitige Förderung des Absatzes deutscher Produktionen aus, obwohl sie hieran nicht anknüpft. Sie wirkt sich damit zumindest potenziell negativ auf die Warenverkehrsfreiheit innerhalb der EU aus, sodass die Warenverkehrsfreiheit durch die Quotenregelung nach der *Dassonville-Formel* des *EuGH* betroffen ist. Die Qualifizierung als Eingriff kann jedoch nach der *Keck-Ausnahme* ausge-

schlossen sein. Der *EuGH* hat in seiner *Keck-Entscheidung*²⁴² die Eingriffsqualität solcher Maßnahmen verneint, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken und verbieten und dabei den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren. Die Anwendung der *Keck-Ausnahme* auf die zu untersuchende Quotenregelung scheidet jedoch bereits deshalb aus, weil diese mit ihrer Zielsetzung nicht als Verkaufsmodalität angesehen werden kann. Es liegt daher nach der *Dassonville-Formel* eine den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beschränkende Maßnahme vor. Wegen der Bedeutung der Radioprogramme für die verkaufsfördernde Präsentation von Neuheiten bleibt diese Auswirkung für den Handel innerhalb des Binnenmarkts auch nicht im Bereich der Spekulation. Die Maßnahme betrifft damit die Warenverkehrsfreiheit und ist somit nach Gemeinschaftsrecht als Eingriff rechtfertigungsbedürftig.

■ **Rechtfertigung:** I.R.d. Rechtfertigung differenziert der *EuGH* hinsichtlich der Anforderungen danach, ob eine förmliche Diskriminierung ausländischer Werke vorliegt. Liegt eine förmliche Diskriminierung vor, so kann der Eingriff nur durch die ausdrücklichen Einschränkungsvorbehalte aus dem EG-Vertrag in Art. 30 EGV gerechtfertigt werden.²⁴³ Liegt keine förmliche Diskriminierung vor, kommt darüber hinaus eine Rechtfertigung über die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe der zwingenden Interessen des Allgemeinwohls in Betracht.²⁴⁴

■ **Art. 30 EGV:** Folglich kann die Frage der förmlichen Diskriminierung offen gelassen werden, wenn der durch die Quotenregelung bewirkte Eingriff durch den Einschränkungsvorbehalt in Art. 30 EGV gerechtfertigt ist. Von den in Art. 30 EGV genannten Einschränkungsvorbehalten kommen nur der Grund der „öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ und der des Schutzes „des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem und archäologischem Wert“ in Betracht.

Der Rechtfertigungsgrund des Schutzes des nationalen Kulturguts hat den Hintergrund, das Interesse der Mitgliedstaaten zu wahren, dem Land bestimmte künstlerische Werke oder sonstige für die nationale Identität wertvolle Gegenstände zu erhalten.²⁴⁵ Es geht deshalb primär darum, Handelshemmnisse in Bezug auf Güter mit nationaler kultureller Bedeutung zu rechtfertigen. Auf diesen Schutzzweck passt die Quotenregelung mit ihren potenziellen Auswirkungen auf den Tonträgerverkauf nicht, da es sich um keine Maßnahme mit dem Ziel von Handelsbeschränkungen handelt.²⁴⁶ Somit scheidet eine Rechtfertigung über diesen Rechtfertigungsgrund aus.

Des Weiteren wird diskutiert, ob sich eine nationale Programmquote über den Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung und Sicherheit legitimieren lässt. In sei-

237) *Roider*, Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung, 2001, S. 37 f.

238) *EuGH*, Slg. 1974, S. 409 ff.

239) *Gundel*, ZUM 1998, 1002, 1004.

240) *EuGH* EuZW 1993, 743, 744; *Herdegen*, Europarecht, 4. Aufl. 2002, S. 234.

241) *EuGH* EuZW 1993, 743, 744.

242) *EuGH* EuZW 1993, 770, 771.

243) *Gundel*, ZUM 1998, 1002, 1004 f.; *Greisinger*, Vorgaben des EG-Vertrags für nationales Rundfunk- und Multimediarecht, 2001, S. 61.

244) *Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 30 Rdnr. 35, 40.

245) *Epiney*, in: Callies/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 30 Rdnr. 32; *Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 30 Rdnr. 20.

246) *Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 30 Rdnr. 20.

nem Urteil Kommission/Belgien²⁴⁷ stellte der *EuGH* fest, dass die durch die belgische Regierung angeführten Rechtfertigungsgründe der Aufrechterhaltung einer pluralistischen Presse und der Pflege und Entwicklung des künstlerischen Erbes nicht als Grund der öffentlichen Ordnung anzusehen sei. Hintergrund der Entscheidung war eine Vorschrift, nach der die Einspeisung von aus anderen Mitgliedstaaten stammenden Rundfunksendungen in flämische Kabelnetze untersagt werden konnte, soweit die Weiterverbreitung nicht in der Sprache des Mitgliedstaats erfolgte, in dem der Programmanbieter niedergelassen war. Anhand dieses Urteils entwickelte sich eine Kontroverse darüber, inwieweit sich diese Entscheidung verallgemeinern lässt.²⁴⁸ Einige Stimmen in der Literatur verallgemeinern das Urteil und gehen davon aus, dass eine Rechtfertigung grundsätzlich nicht auf diesen Umstand gestützt werden kann.²⁴⁹ Andere werten die Aussage des *EuGH* als Einzelfallentscheidung, die sich lediglich auf die von der belgischen Regierung vorgebrachten Rechtfertigungsgründe bezieht.²⁵⁰ Geschlossen wird dies u.a. daraus, dass der *EuGH* im Rahmen seines Urteils keine generellen Ausführungen über die Legitimierbarkeit kulturpolitischer Zielsetzungen gemacht hat.²⁵¹ Deshalb könne als generelle Aussage dem Urteil bestenfalls die Tendenz entnommen werden, dass der *Gerichtshof* nicht bereit sei, jede kulturpolitische Zielsetzung als ein legitimes Schutzgut anzuerkennen.²⁵² Dann stellt sich jedoch die Frage nach der Grenze, ab der eine kulturpolitische Zielsetzung nicht mehr als legitimes Schutzgut angesehen werden kann. Das Problem dieser Bestimmung resultiert nicht zuletzt daraus, dass es bisher keine gemeinschaftsrechtliche Definition des Begriffs der öffentlichen Ordnung gibt.²⁵³ Jedoch darf der damit den Mitgliedstaaten gewährte Beurteilungsspielraum nicht dazu führen, dass Wertungen des Vertrags unterlaufen werden.²⁵⁴ Zudem sind die Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung wegen des Ausnahmecharakters von Art. 30 EGV eng zu fassen.²⁵⁵ Die Gefahr eines zu weiten Beurteilungsspielraums erkennen auch die Vertreter der weiteren Auffassung an, indem erkannt wird,

dass bei einer generellen Einbeziehung kulturspezifischer Zielsetzungen fälschlicherweise auch wirtschaftliche und protektionistische Zwecke unter diese Zielsetzung subsumiert werden könnten.²⁵⁶ Dies stellt jedoch auch kein klares Grenzkriterium dar, da kulturpolitische Zielsetzungen zumeist, wenn auch nur sekundär, von wirtschaftlichen und protektionistischen Zwecken begleitet sein dürften. Zudem ist aus der Wertung des Art. 30 EGV zu entnehmen, dass formal diskriminierende Maßnahmen der Mitgliedstaaten nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen gerechtfertigt werden können. Auf Grund der Schwere der damit zugelassenen diskriminierenden Eingriffe zur nationalen Kulturförderung ist für eine dementsprechende erweiternde Auslegung des Rechtfertigungsgrunds der öffentlichen Ordnung wegen der genannten Gründe kein Raum.²⁵⁷ Der durch die vorgeschlagene Quotenregelung erfolgende Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit kann daher nicht über Art. 30 EGV gerechtfertigt werden.

■ ■ **Zwingende Erfordernisse:** Eine Rechtfertigung des Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit ist jedoch über die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe der „zwingenden Erfordernisse“ möglich. Bei diesen durch den *EuGH* angewendeten ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen handelt es sich um einen Ausgleich zu der Weite des Anwendungsbereichs von Art. 28 EGV.²⁵⁸

Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe ist, dass es sich um eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme gleicher Wirkung handelt.²⁵⁹ Damit werden nur Maßnahmen erfasst, die nicht zwischen einheimischen und ausländischen Waren differenzieren.²⁶⁰ Es liegt somit bei der vorgeschlagenen Programmquote dann eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme gleicher Wirkung vor, wenn in- und ausländische Musikproduktionen durch die Quote formal gleich behandelt werden.²⁶¹ Anknüpfungspunkt der zu prüfenden Quotenregelung ist lediglich die Sprache der Neuheit, nicht jedoch der deutsche Ursprung eines Werks. Formal liegt daher keine diskriminierende Maßnahme vor, da auch ausländische Produktionen in deutscher Sprache von der Quotenregelung erfasst werden. Andererseits könnte eine versteckte Diskriminierung deshalb anzunehmen sein, weil die weit überwiegende Anzahl der deutschsprachigen Produktionen aus dem Inland stammt. Eine solche Annahme verkennt jedoch die fehlende Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Die offene Diskriminierung verfolgt gerade das Ziel, einheimische Produktionen gleich welcher Sprache und damit die einheimische Kulturindustrie zu begünstigen. Eine an der Sprache allein orientierte Regelung beschränkt sich dagegen nicht auf die Förderung der einheimischen Kulturindustrie, sondern begünstigt auch Anbieter deutschsprachiger Produktionen aus anderen Mitgliedstaaten. Die vorgeschlagene Regelung ist daher nicht als diskriminierend anzusehen. Eine Rechtfertigung über „zwingende Erfordernisse“ ist deshalb aus diesem Grund nicht ausgeschlossen.

Als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses werden durch den *EuGH* auch kulturpolitische Erwägungen der Mitgliedstaaten anerkannt.²⁶² Dabei lassen sich mitgliedstaatliche Eingriffe insbesondere auf den Schutz des Presse- und Rundfunkwesens stützen. Dies nicht zuletzt deshalb, weil die Medienvielfalt eine wichtige Grundlage demokratischer Gesellschaften ist und auch den Schutz der EMRK genießt. Der *EuGH* hat vor diesem Hintergrund in einer Reihe von Fällen zur Dienstleistungsfreiheit entschieden,²⁶³ dass die Aufrechterhaltung des Presse- und Rundfunkwesens als wichtiges Allgemeininteresse anzusehen ist. Diese Rspr. lässt sich ohne weiteres auf die Wa-

247) *EuGH*, Slg. 1992-I-S. 6757, 6777.

248) *Holznapel*, *Rundfunkrecht in Europa*, 1996, S. 142 f.; *Greissinger*, *Vorgaben des EG-Vertrages für nationales Rundfunk- und Multimediarecht*, 2001, S. 63 f.

249) *Bullinger/Mestmäcker*, *Multimedienrechte*, 1997, S. 99; *Gundel*, *ZUM* 1998, 1002, 1005; *Hesse*, *Rundfunkrecht*, 2. Aufl. 1999, S. 312.

250) *Holznapel*, *Rundfunkrecht in Europa*, 1996, S. 142 f.; *Greissinger*, *Vorgaben des EG-Vertrages für nationales Rundfunk- und Multimediarecht*, 2001, S. 64.

251) *Holznapel*, *Rundfunkrecht in Europa*, 1996, S. 142 f.

252) *Holznapel*, *Rundfunkrecht in Europa*, 1996, S. 142 f.

253) *Becker*, in: *Schwarze*, *EU-Kommentar*, 2000, Art. 30 Rdnr. 10.

254) *Epiney*, in: *Calliess/Ruffert*, *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 1999, Art. 30 Rdnr. 26; *Becker*, in: *Schwarze*, *EU-Kommentar*, 2000, Art. 30 Rdnr. 10.

255) *Becker*, in: *Schwarze*, *EU-Kommentar*, 2000, Art. 30 Rdnr. 10; *Gundel*, *ZUM* 1998, 1002, 1005.

256) *Greissinger*, *Vorgaben des EG-Vertrages für nationales Rundfunk- und Multimediarecht*, 2001, S. 64.

257) *Gundel*, *ZUM* 1998, 1002, 1005.

258) *Becker*, in: *Schwarze*, *EU-Kommentar*, 2000, Art. 30 Rdnr. 35.

259) *Becker*, in: *Schwarze*, *EU-Kommentar*, 2000, Art. 30 Rdnr. 40; *Gundel*, *ZUM* 1998, 1002, 1005; *Bullinger/Mestmäcker*, *Multimedienrechte*, 1997, S. 102.

260) *Becker*, in: *Schwarze*, *EU-Kommentar*, 2000, Art. 30 Rdnr. 40.

261) Vgl. *Gundel*, *ZUM* 1998, 1002, 1005.

262) *Becker*, in: *Schwarze*, *EU-Kommentar*, 2000, Art. 30 Rdnr. 58; *EuGH* *EuZW* 1993, 251, 252; *EuGH* *EuZW* 1991, 699, 701; *EuGH* *EuZW* 1992, 57, 58.

263) *EuGH* *EuZW* 1992, 56, 58; *EuGH* *EuZW* 1993, 251, 252; *Becker*, in: *Schwarze*, *EU-Kommentar*, 2000, Art. 30 Rdnr. 59.

renverkehrsfreiheit übertragen.²⁶⁴ Auch dass diese Gründe speziell den Schutz der nationalen Sprache umfassen können, ist in der Rspr. des *EuGH* bereits geklärt.²⁶⁵ Die vorgeschlagene Quotenregelung verfolgt das Ziel, kulturelle Vielfalt durch den Hörfunk zu gewährleisten. Die Gewährleistung von Vielfalt durch den Rundfunk dient dem Schutz des Rundfunks in seiner gesellschaftlichen Funktion, das gesellschaftliche Leben in seiner Vielfalt wiederzugeben und damit als Garant für Pluralismus seiner meinungsbildenden Funktion gerecht zu werden. Die Quote verfolgt insbesondere durch ihre sprachbezogene Komponente, dieses Vielfaltgebot durch die Förderung bisher unterrepräsentierter kultureller Strömungen zu gewährleisten. Auf Grund der gesellschaftlichen Bedeutung der Gewährleistung der Funktion des Rundfunks für die Meinungsbildung i.S.d. verfassungsrechtlichen Gehalts von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 10 EMRK ist die Quotenregelung als zwingendes Erfordernis des Gemeinwohls anzusehen.

Eine Rechtfertigung über das zwingende Erfordernis ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn eine Motivation der Bestimmungen durch wirtschaftliche Gründe angenommen werden müsste.²⁶⁶ Der diesbezüglich auf Art. 30 EGV anwendbare Grundsatz ist auf die Rechtfertigungsgründe der zwingenden Erfordernisse zu übertragen, da ansonsten gegen die auf eine wirtschaftliche Integration abzielende Funktion der Grundfreiheiten verstoßen würde.²⁶⁷ Die Annahme einer Motivation durch wirtschaftliche Gründe könnte vorliegend durch den für die einheimische Kulturwirtschaft fördernden Effekt einer Quotenregelung nahe liegen.²⁶⁸ Jedoch handelt es sich hierbei um einen Nebeneffekt der Quotenregelung, der sich nicht mit ihrer Intention der kulturellen Vielfaltsicherung deckt. Würde man jede Maßnahme, deren Nebeneffekt eine wirtschaftliche Besserstellung bestimmter Bereiche bewirkt, als wirtschaftslenkende Maßnahme ansehen, so müssten zahlreiche nationale Regelungen im Überschneidungsbereich von Kultur und Wirtschaft als unzulässig angesehen werden, die der *EuGH* bisher gebilligt hat.²⁶⁹ Zudem ist wegen der weitgehenden Kommerzialisierung auch des kulturellen Lebens eine kulturelle Förderung ohne einen wirtschaftslenkenden Nebeneffekt kaum denkbar. Da dieser Grundsatz für jede Rechtfertigung eines Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit gilt, wäre somit eine Rechtfertigung von Maßnahmen zur Förderung kultureller Vielfalt kaum denkbar. I.R.v. Art. 30 EGV ist anerkannt, dass diese Grundsätze nicht ausschließen, dass neben der Wahrung der Rechtsgüter des Art. 30 EGV auch noch andere ggf. wirtschaftspolitische Zielsetzungen verfolgt werden.²⁷⁰ Wegen der Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf die Rechtfertigungsgründe der zwingenden Erfordernisse muss dies erst recht dann gelten, wenn wie hier keine diskriminierende Maßnahme zur Rechtfertigung steht. Da die Quotenregelung nicht primär einen wirtschaftslenkenden Effekt verfolgt, sondern kulturpolitische Ziele im Vordergrund stehen, schließt der Grundsatz des nicht-wirtschaftlichen Charakters eine Rechtfertigung deshalb nicht aus. Allerdings haben alle Rechtfertigungsgründe gemein, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist.²⁷¹ Die Quotenregelung muss daher vor diesem Hintergrund gemessen an ihrer Zielsetzung geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Die Quotenregelung muss demnach zunächst geeignet sein, das gemeinschaftsrechtlich anerkannte Ziel der Vielfalt des Rundfunks zu erreichen.²⁷² Hieran könnten wegen der Beschränkung der Regelung auf den öffentlich-rechtlichen Hörfunk Zweifel bestehen. Durch die Beschrän-

kung auf diesen Teilbereich wird keine umfassende Programmbindung bewirkt, sodass das Ziel der Regelung durch die Abwanderung der Hörer zu privaten Sendern unterlaufen werden könnte. Wie bereits oben bei den Erwägungen zu der gesetzgeberischen Prognose festgestellt,²⁷³ handelt es sich dabei wegen der traditionellen Hörerbindungen und der bereits in Frankreich zu der Akzeptanz gemachten Erfahrungen um ein eher unrealistisches Szenario. Die hohe Akzeptanz in Frankreich zeigt, dass die Hörer einem vielfältigeren Hörfunkangebot nicht abgeneigt gegenüberstehen. Durch ein mit der Quote erzwungenes Mehr an Vielfalt bei den öffentlich-rechtlichen Hörfunksendern wird den Hörern erst eine neue Alternative zu dem bisherigen Angebot eröffnet. Zudem dient die Quote nicht zuletzt der Gewährleistung des aus der Rundfunkfreiheit abgeleiteten Programmauftrags zu einer pluralistischen Programmgestaltung der öffentlich-rechtlichen Anstalten innerhalb einer dualistisch ausgestalteten Rundfunklandschaft. Vor diesem Hintergrund ist die Quote geeignet, das gemeinschaftsrechtlich anerkannte Ziel des Schutzes des Rundfunkwesens zu fördern.

Des Weiteren muss die Quotenregelung vor dem Hintergrund des bewirkten Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit erforderlich sein. Demnach ist eine Maßnahme immer dann nicht erforderlich, wenn das angestrebte Schutzziel durch eine den Warenverkehr weniger einschränkende Maßnahme erreicht werden kann.²⁷⁴ Dabei ist zu überlegen, ob eine freiwillige Quote in gleicher Weise geeignet ist, das Schutzziel der Vielfaltsicherung zu erreichen. Hier hat jedoch gerade das Beispiel Frankreich gezeigt, dass die freiwilligen Quoten vielfach missachtet wurden, was letztlich zu der zwangsweisen Auferlegung von Quoten geführt hat.²⁷⁵ Die Auferlegung von freiwilligen Quoten ist deshalb wegen ihrer Unverbindlichkeit nicht gleich geeignet. Dies gilt auch für anderweitig denkbare Maßnahmen zur Förderung der innerstaatlichen Kultur, da hierdurch die tatsächliche Medienpräsenz als Garant der Sicherung von Vielfalt in der Hörfunklandschaft nicht in gleichem Maße gewährleistet werden kann. Vor diesem Hintergrund ist die Quote daher auch erforderlich, das Ziel der Gewährleistung von Vielfalt zu erreichen.

Weiteres Erfordernis der Rechtfertigung ist die Angemessenheit der vorgeschlagenen Programmquote. Der durch sie bewirkte Eingriff darf daher nicht außer Verhältnis zu dem mit ihr verfolgten Schutzziel stehen. Es bedarf hierzu einer Abwägung zwischen den Vorteilen, die für das geschützte Rechtsgut durch die zu überprüfende Maßnahme erzielt werden, und den gleichzeitig durch diese verur-

264) Becker, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 30 Rdnr. 59; *EuGH*, Slg. 1997, I-3689 Rdnr. 18.

265) *Gundel*, ZUM 1998, 1002, 1005; *EuGH*, Slg. 1989, 3967.

266) Becker, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 30 Rdnr. 60; *Gundel*, ZUM 1998, 1002, 1006; *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 30 Rdnr. 13.

267) Becker, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 30 Rdnr. 60.

268) Vgl. *Gundel*, ZUM 1998, 1002, 1006.

269) *Gundel*, ZUM 1998, 1002, 1006 mit Verweis auf *EuGH*, Slg. 1985, 2605; *EuGH*, Slg. 1985, 1.

270) *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 30 Rdnr. 13; *EuGH*, Slg. 1984, 2727, 2752; *EuGH*, Slg. 1987, 3883, 3908.

271) Becker, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 30 Rdnr. 63.

272) Vgl. Becker, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 30 Rdnr. 64.

273) S. III.2.e) Gesetzgeberische Prognose.

274) Becker, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 30 Rdnr. 66; *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 30 Rdnr. 47.

275) *Machill*, MP 1996, 144, 150.

sachten Nachteile für das eingeschränkte Rechtsgut.²⁷⁶ Die Frage der Angemessenheit stellt sich dabei nach der vorgeschlagenen Regelung weniger als bei der französischen Quote. Anders als die französische Quote, bewirkt die vorgeschlagene Quote durch ihre Beschränkung auf den öffentlich-rechtlichen Hörfunk lediglich eine erzwungene Angebotserweiterung innerhalb der gesamten Hörfunkpalette. Während in Frankreich auch private Anbieter sich den Quoten unterwerfen müssen, können die privaten Sender in Deutschland ihre bisherige Programmpolitik fortsetzen. Mit der damit geminderten Breitenwirkung der Quote ist nur ein minimaler Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit zu erwarten. Dem steht die Sicherung der Pluralismusfunktion des öffentlich-rechtlichen Hörfunks als Grundkonstante der dualistischen Rundfunkordnung in Deutschland mit ihrer überragenden Bedeutung für die Rundfunkfreiheit gegenüber. Die Regelung ist daher auch angemessen.

Damit bleibt festzuhalten, dass nach der weiten Dassonville-Formel ein Eingriff in Art. 28 EGV zwar anzunehmen ist, der jedoch wegen seiner minimalen Auswirkungen und der gleichzeitigen Bedeutung des Regelungsziels gerechtfertigt ist.

Dienstleistungsfreiheit

Darüber hinaus kann durch die vorgeschlagene Quotenregelung die Grundfreiheit der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 EGV betroffen sein. Die Dienstleistungsfreiheit bezieht sich auf Leistungen i.S.v. Art. 50 Abs. 1 und Abs. 2 EGV. Ihr kommt im Verhältnis zu den anderen Grundfreiheiten eine lückenfüllende Funktion zu.²⁷⁷ Seit der Sacchi-Entscheidung²⁷⁸ entspricht es der ständigen Rechtsprechung des *EuGH*, Rundfunksendungen als Dienstleistungen i.S.d. Dienstleistungsfreiheit anzusehen.²⁷⁹

■ **Betroffenheit durch die Quotenregelung:** Auf Grund der Qualifizierung von Rundfunksendungen als Dienstleistungen durch den *EuGH* könnte die Dienstleistungsfreiheit durch die mit der Quote bewirkte Beschränkung der Programmgestaltungsfreiheit betroffen sein. Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Grundfreiheit der Dienstleistungsfreiheit ist jedoch ein grenzüberschreitender Sachverhalt.²⁸⁰ Demnach müssen für die Annahme einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auch Rundfunkveranstalter aus anderen Mitgliedstaaten durch die Quotenregelung betroffen sein. Dies ist jedoch bei dem vorliegend zu prüfenden Quotenvorschlag nicht der Fall, weil nur der öffentlich-rechtliche Hörfunk von der Regelung betroffen sein wird. Rundfunkveranstalter aus anderen Mitgliedstaaten sind daher ebenso wie die inländischen privaten Rundfunkveranstalter in ihrer Programmgestaltung weiterhin innerhalb der bisherigen Grenzen frei.

Ein weiterer Aspekt könnte jedoch der Einfluss der Quotenregelung auf die Verwertbarkeit von Werken im Rund-

funk sein.²⁸¹ Durch die Festlegung einer Mindestquote für deutschsprachige Neuheiten könnte die Verwertbarkeit von Werken in anderen Sprachen im Rundfunk eingeschränkt werden. Bei der Verwertung von Werken im Rundfunk steht die Einräumung des Nutzungsrechts zur Verbreitung gegenüber der Überlassung des Tonträgers im Vordergrund. Deshalb greift der Grundsatz der Subsidiarität gegenüber der Warenverkehrsfreiheit nicht durch.²⁸² Die Festlegung bestimmter Programmanteile für die öffentlich-rechtlichen Hörfunkprogramme ist daher für die von der Quotenregelung nicht begünstigten Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten potenziell geeignet, die Ausübung ihrer Dienstleistungsfreiheit zu beschränken. Da auch hier die zu erwartenden Auswirkungen nicht rein spekulativer Natur sind, besteht ein Rechtfertigungsbedürfnis der vorgeschlagenen Quotenregelung.

■ **Rechtfertigung:** Hinsichtlich der Möglichkeiten der Rechtfertigung eines Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit unterscheidet sich diese nicht wesentlich von der der Warenverkehrsfreiheit.

Diskriminierende Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind nach Art. 55 i.V.m. 46 EGV nur zulässig, wenn sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.²⁸³ Somit kommt wie bereits bei der Warenverkehrsfreiheit nur der Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit in Betracht. Da sich der Begriff von dem in Art. 30 EGV inhaltlich nicht unterscheidet, scheidet auch hier eine Rechtfertigung der Quotenregelung über diesen Rechtfertigungsgrund aus.

Eine Rechtfertigung kommt daher auch hier nur nach den Rechtfertigungsgründen der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses in Betracht. Insofern bestehen vor dem Hintergrund der Anerkennung der Bewahrung eines pluralistischen Rundfunksystems als zwingendes Allgemeininteresse durch den *EuGH* keine Besonderheiten gegenüber der Rechtfertigung des Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit. I.R.d. Verhältnismäßigkeitsprüfung ist allerdings zu beachten, dass der Einfluss auf die Verwertbarkeit von Werken in Rundfunksendungen wesentlich unmittelbarer wirkt als der Einfluss einer anderen Programmgewichtung auf den Tonträgerabsatz. Dies muss i.R.d. Prüfung der Angemessenheit in die Abwägung mit einbezogen werden. Allerdings wird auch hier der beschränkende Effekt der Quotenregelung dadurch wesentlich abgemildert, dass sich die Quote auf die öffentlich-rechtlichen Hörfunksender beschränkt. Der damit überschaubaren Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit steht auch hier das für die Verwirklichung der Rundfunkfreiheit wesentliche Ziel der Pluralismussicherung durch die Gewährleistung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Hörfunks gegenüber. Auf Grund der Bedeutung dieses Schutzziels und der geringen Intensität des Eingriffs ist die Quote auch i.R.d. Rechtfertigung des Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit angemessen.

Damit bleibt als Ergebnis festzuhalten, dass die vorgeschlagene Quotenregelung auf Grund der weiten Fassung der Grundfreiheiten in die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit eingreift. Auf Grund ihres nichtdiskriminierenden Charakters lässt sie sich jedoch über die Rechtfertigungsgründe des zwingenden Allgemeininteresses rechtfertigen. Der durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingeschränkte Spielraum für die Gestaltung der Rundfunkordnung wird dabei insbesondere durch die Beschränkung auf den öffentlich-rechtlichen Hörfunk und der damit gemessen an dem Schutzziel geringen Auswir-

276) Becker, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 30 Rdnr. 73; Epiney, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 30 Rdnr. 49.

277) Herdegen, Europarecht, 4. Aufl. 2002, S. 266.

278) *EuGH*, Slg. 1974, S. 409.

279) Hesse, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 1999, S. 311; Roeder, Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung, 2001, S. 48; Frahne, ZUM 1989, 390, 394; *EuGH*, Slg. 1988, S. 2085, 2125.

280) Herdegen, Europarecht, 4. Aufl. 2002, S. 266; Haloubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 50 Rdnr. 7 ff.

281) Gundel, ZUM 1998, 1002, 1004.

282) Vgl. Roth, ZUM 1989, 101, 107; Vgl. *EuGH*, Slg. 1993, I-2239, 2270 ff.; Gundel, ZUM 1998, 1002, 1004.

283) Hesse, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 1999, S. 312.

kungen auf die Grundfreiheiten gewahrt. Die Grundfreiheiten stehen der vorgeschlagenen Quotenregelung daher nicht entgegen.

VI. Internationale Handelsabkommen

Bereits i.R.d. Verabschiedung der Fernsehrichtlinie²⁸⁴ kam es zu scharfen Protesten der amerikanischen Regierung. Sie kritisierte auch die entschärfte Quotenregelung als eine protektionistische Maßnahme, die gegen das GATT-Abkommen verstoße.²⁸⁵ Anders als die vorgeschlagene Hörfunkquote, knüpft die Fernsehrichtlinie in Art. 5 an den europäischen Ursprung des Werks an. Daher ist von Interesse, wie die vorgeschlagene Hörfunkquote vor dem Hintergrund des GATT-Abkommens für Warenleistungen und dem GATS-Abkommen für Dienstleistungen zu beurteilen ist.

1. Vereinbarkeit mit dem GATT-Abkommen

Durch ihre Sprachkomponente begünstigt die vorgeschlagene Programmquote deutschsprachige Produktionen. Damit können sich mittelbare Auswirkungen auf den Absatz von Tonträgern und die Verwertbarkeit von Werken im Rundfunk in anderen Sprachen ergeben. Es könnte damit ein Verstoß gegen Art. XI Abs. 1 GATT und Art. III GATT durch die Quote in Betracht kommen.

a) Art. XI Abs. 1 GATT

Art. XI Abs. 1 GATT verbietet ausdrücklich mengenmäßige Beschränkungen. Die Bestimmung bezieht sich auf Beschränkungen, welche die Einfuhr der Ware verhindern.²⁸⁶ Die vorgeschlagene Hörfunkquote beschränkt jedoch weder die Einfuhr von Tonträgern aus ausländischer Produktion noch die Möglichkeit des grenzüberschreitenden Angebots von Inhalten für Hörfunksendungen. Sie beschränkt faktisch allein die Form der späteren inländischen Verwendung.²⁸⁷ Art. XI Abs. 1 GATT ist daher durch die Quotenregelung nicht betroffen.

b) Art. III GATT

Mit Art. III GATT wird das Ziel der Gleichstellung ausländischer und inländischer Waren auf dem Gebiet der inneren Abgaben und Rechtsvorschriften verfolgt. Dabei gebietet insbesondere Art. III Abs. 4 GATT, dass die ausländischen Waren durch Gesetze, Verordnungen und sonstige Vorschriften über den Verkauf, das Angebot, die Verteilung oder Verwendung keine weniger günstige Behandlung erfahren als die gleichartigen inländischen Waren.²⁸⁸ Gegenstand der Regelung ist damit ein Diskriminierungsverbot ausländischer Waren. Die Quotenregelung stellt damit einen Verstoß gegen Art. III GATT dar, wenn sie Musikproduktionen ausländischen Ursprungs diskriminiert.

Dazu ist jedoch zunächst Voraussetzung, dass die zu erwartenden Auswirkungen der Hörfunkquote in den Anwendungsbereich der Regeln über den freien Warenverkehr fallen. Soweit durch die Quotenregelung der Absatz von Tonträgern potenziell beeinträchtigt wird, ist der Warenverkehr betroffen. Der Einordnung als Ware steht dabei nicht entgegen, dass der Wert des körperlichen Trägermediums gegenüber dem gespeicherten unkörperlichen Inhalt verschwindend ist, weil der Warencharakter einer Sache nicht von ihrem Wert abhängt.²⁸⁹ Schwieriger ist die Einordnung der Auswirkungen auf die Verwertbarkeit von Werken in anderer Sprache im Rundfunk. Bei der Verwertung von Werken in Rundfunksendungen steht die Einräumung von Nutzungsrechten an die Rundfunkveranstalter und damit eine unkörperliche Leistung im Vordergrund.

Damit liegt die Einordnung als Dienstleistung nahe, was die Anwendung des GATT-Abkommens unter diesem Aspekt in Frage stellt. Art. III GATT gilt in seiner englischen Originalfassung nur für „products“. Entscheidend ist daher, ob von dem Begriff „products“ nur körperliche Leistungen erfasst werden. Zwar gibt es gewichtige Hinweise, dass mit dem Begriff „products“ zunächst auch Dienstleistungen gemeint waren. Die GATT-Praxis interpretierte den Begriff jedoch stets restriktiv als körperlichen Gegenstand.²⁹⁰ Somit findet Art. III GATT auf die zu erwartenden Auswirkungen auf die Verwertung der Werke in Rundfunkprogrammen als unkörperliche Dienstleistung keine Anwendung.

Soweit der Tonträgerabsatz aus ausländischer Produktion durch die Quotenregelung betroffen ist, muss zur Annahme eines Verstoßes gegen Art. III GATT eine Diskriminierung durch die Quote vorliegen. Dies ist bereits deshalb fraglich, weil die vorgeschlagene Quotenregelung anders als die Quote in der EU-Fernsehrichtlinie nicht an die Herkunft eines Werks anknüpft. Anknüpfungspunkt ist allein die Sprache, in der das Musikwerk verfasst ist. Es erfolgt somit durch die Quotenregelung eine Gleichbehandlung in- und ausländischer Musikproduktionen, indem anderssprachige Produktionen aus dem Inland von der Quote ebenso betroffen werden wie solche aus dem Ausland. Umgekehrt werden ausländische Produktionen in deutscher Sprache ebenso begünstigt wie inländische Produktionen.²⁹¹ Damit bleibt als Anknüpfungspunkt für die Annahme einer Diskriminierung nur der Umstand, dass deutschsprachige Produktionen vornehmlich aus dem Inland stammen. Anders als Art. 28 EGV verfolgt Art. III GATT jedoch eine weniger weitgehende Zielsetzung.²⁹² Von Art. 28 EGV werden auch Maßnahmen gleicher Wirkung erfasst, womit nach der Dassonville-Formel schon die Geeignetheit einer mitgliedstaatlichen Maßnahme zur Handelsbehinderung ausreicht, um die Tatbestandsmäßigkeit nach Art. 28 EGV festzustellen. Der Anwendungsbereich des Art. 28 EGV ist damit im Gegensatz zu Art. III GATT nicht auf Diskriminierungen beschränkt. Dieser Unterschied zwischen EGV und GATT erschließt sich aus den unterschiedlichen Zielsetzungen. Während der EG-Vertrag die Schaffung eines gemeinsamen Markts, in dem der freie Verkehr von Waren, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist, will das GATT lediglich jede Ausgestaltung von nationalem Protektionismus verbieten und verhindern.²⁹³ Da daher die Grundsätze der Maßnahmen gleicher Wirkung auf das GATT nicht übertragbar sind und darüber hinaus durch die vorgeschlagene Quotenregelung keine Ungleichbehandlung nach der Herkunft der Werke erfolgt, liegt kein Verstoß gegen Art. III GATT vor.

Das GATT-Abkommen steht damit der Einführung der vorgeschlagenen Hörfunkquote nicht entgegen.

²⁸⁴ Richtlinie 89/552/EWG.

²⁸⁵ Holzner, *Rundfunkrecht in Europa*, 1996, S. 179 m.w.Nw.

²⁸⁶ v. Bogdandy, *EuZW* 1992, 9, 15; Wiemer, *Produktsicherheit und freier Warenverkehr in GATT/WTO*, 2001, S. 59.

²⁸⁷ Vgl. v. Bogdandy, *EuZW* 1992, 9, 15.

²⁸⁸ v. Bogdandy, *EuZW* 1992, 9, 16; Wiemer, *Produktsicherheit und freier Warenverkehr in GATT/WTO*, 2001, S. 60.

²⁸⁹ v. Bogdandy, *EuZW* 1992, 9, 16.

²⁹⁰ v. Bogdandy, *EuZW* 1992, 9, 15.

²⁹¹ Vgl. auch Gundel, *ZUM* 1998, 1002, 1005.

²⁹² Wiemer, *Produktsicherheit und freier Warenverkehr in GATT/WTO*, 2001, S. 62 ff.

²⁹³ Wiemer, *Produktsicherheit und freier Warenverkehr in GATT/WTO*, 2001, S. 62 ff.

2. Vereinbarkeit mit dem GATS-Abkommen

Hinsichtlich der Auswirkungen auf die Verwertung anderssprachiger Werke könnte ein Verstoß gegen das GATS-Abkommen in Betracht kommen. Genauso wie das GATT-Abkommen verfolgt auch GATS den Schutz vor Diskriminierung ausländischer Dienstleistungen.²⁹⁴ Zwar ist durch die Sprachkomponente der Quote die Verwertungsmöglichkeit anderssprachiger Werke in öffentlich-rechtlichen Hörfunksendern direkt betroffen. Jedoch knüpft die Quote auch hier nur an die Sprache und nicht an die Herkunft des Werks an. Eine Diskriminierung ist daher i.R.d. GATS aus den gleichen Gründen wie i.R.d. GATT-Abkommens abzulehnen.

VII. Urheberrechtliche Fragestellungen

Vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Programmsituation in den öffentlich-rechtlichen Hörfunkprogrammen stellt sich die Frage nach der weiteren Berechtigung der Regelung in § 86 UrhG. Demnach steht dem Hersteller von Tonträgern bei der Wiedergabe der Darbietung eines ausübenden Künstlers gegen den Benutzer selbst weder ein Verbotsrecht noch ein Vergütungsanspruch zu.²⁹⁵ Damit können die Tonträgerhersteller weder ein Verbotsrecht noch einen eigenen Vergütungsanspruch gegen die Hörfunkveranstalter geltend machen. Vielmehr werden sie in § 86 UrhG auf einen Anspruch gegen den ausübenden Künstler auf angemessene Beteiligung an der Vergütung nach § 76 Abs. 2 und § 77 UrhG verwiesen.²⁹⁶ Ursprünglich konnte der Tonträgerhersteller nach dem LUG²⁹⁷ auf Grund des ihm vom Interpreten übertragenen fiktiven Bearbeitungsrecht die Verwendung des Tonträgers zum Zweck der öffentlichen Wiedergabe verbieten.²⁹⁸ Nach der im geltenden Urheberrecht vorgenommenen dogmatischen Trennung von Urheber- und Leistungsschutzrechten stuft der Gesetzgeber bei der Zweitverwertung durch die öffentliche Wiedergabe das Verbotsrecht des Interpreten auf einen Anspruch auf angemessene Vergütung zurück.²⁹⁹ Somit kann nach dem nunmehr geltenden Recht kein abgeleitetes Verbotsrecht der Tonträgerhersteller mehr bestehen. Eine auf Grund der derzeitigen Programmsituation bei den Hörfunksendern fehlende Berechtigung der Konzeption durch § 86 UrhG kann dann angenommen werden, wenn die gegenwärtige Regelung einen auf die Vielfaltsicherung bezogenen rundfunkrechtlichen Hintergrund hat. Dies lässt sich jedoch weder aus der Entstehungsgeschichte noch aus den Motiven des Gesetzgebers für die gegenwärtige Konzeption ableiten. Das ursprünglich bestehende abgeleitete Verbotsrecht der Tonträgerhersteller konnte zur Folge haben, dass die Urheber an der mittelbaren Verwertung ihrer Werke durch öffentliche Wiedergabe gehindert werden konnten. Mit der neuen Konzeption sollte daher erreicht werden, den Interessen der Werkschöpfer an einer ungehinderten sekundären Nutzung ihrer Werke Rechnung zu tragen.³⁰⁰ Da es sich daher bei der geltenden Neukonzeption um einen Interessenausgleich zwischen dem Urheber und dem Tonträger-

hersteller handelt, wird diese durch die gegenwärtigen Verhältnisse in der Hörfunklandschaft nicht in Frage gestellt.

VIII. Zusammenfassung und politische Forderungen

Die Einführung einer Programmquote für öffentlich-rechtliche Hörfunksender in Deutschland ist grundsätzlich rechtlich zulässig und vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Hörfunklandschaft auch sinnvoll. Die hierdurch erfolgende Beeinträchtigung der Programmfreiheit der öffentlich-rechtlichen Hörfunksender aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist vor dem Hintergrund der Bedeutung der Rundfunkfreiheit für die öffentliche Meinungsbildung und der dabei dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zukommenden Aufgabe innerhalb der dualistischen Rundfunkordnung zumutbar.

Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit hat eine über den subjektivrechtlichen Gehalt hinausgehende Bedeutung. Es verpflichtet den Staat in seinem objektivrechtlichen Gehalt zugleich, die Funktion der Rundfunkfreiheit innerhalb der Kommunikationsgrundrechte in Art. 5 Abs. 1 GG zu gewährleisten. Dabei dient die Rundfunkfreiheit insbesondere der Meinungsfreiheit, indem der Rundfunk durch eine vielfaltorientierte Programmgestaltung zu der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung beiträgt. Vielfalt im Sinne dieser Funktion des Rundfunks kann dabei nicht auf politische und zeitgeschichtliche Inhalte beschränkt werden. Vielmehr vollzieht sich die Meinungsbildung als umfassender Prozess auch und gerade in anderen gesellschaftlichen Bereichen. Eine engere Sichtweise würde den tatsächlichen Einfluss des Rundfunks auf die öffentliche Meinungsbildung verkennen.

Will der Rundfunk seinem Auftrag gerecht werden, muss er auch der Vielfalt in anderen gesellschaftlichen Bereichen durch seine Programmgestaltung ausreichend Rechnung tragen. Die gegenwärtige Programmlandschaft des Hörfunks in Deutschland wird diesem Auftrag nicht gerecht. Die Wahrnehmung der Hörer wird besonders im Bereich der Pop- und Rocksender im Wesentlichen auf bereits Bekanntes und angloamerikanische Musik verengt. Neuheiten von bisher unbekanntem Künstlern haben dabei wenig Chancen, von der Öffentlichkeit überhaupt wahrgenommen zu werden. Dies gilt insbesondere für deutschsprachige Neuheiten. Dabei sind es gerade die Neuheiten, die neue kulturelle Strömungen hervorzubringen vermögen und somit die kulturelle Entwicklung als gesellschaftsdynamischen Prozess erst ermöglichen. Zudem muss deutschsprachigen Künstlern eine ausreichende Plattform für ihre Repräsentation in den Hörfunkprogrammen gewährleistet werden. Wo sonst, als in den deutschen Rundfunkprogrammen, soll deutschsprachige Musik als Bestandteil der nationalen Kultur ihren Ausdruck finden. Der derzeitige verschwindend geringe Programmanteil droht deutschsprachige Rock- und Popmusik derart ins Abseits zu drängen, dass künftig nahezu eine Bedeutungslosigkeit für das kulturelle Leben zu befürchten ist. Das Hörfunkprogramm wird damit seinem Auftrag, auch die kulturelle Vielfalt in seinem Verbreitungsgebiet wiederzugeben, nicht gerecht. Die der Meinungsfreiheit dienende Funktion des Rundfunks wird damit durch die Programme in ihrer Gesamtheit derzeit nicht erfüllt.

Es obliegt somit dem Gesetzgeber als Garant der funktionsgerechten Aufgabenerfüllung, die Erfüllung zu gewährleisten. Aus der objektivrechtlichen Komponente der

294) Gounalakis, Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?, Gutachten C zum 64. Deutschen Juristentag, 2002, C 20.

295) Kroitzsch, in: Möhring/Nicolini, UrhG, Kommentar, 2. Aufl. 2002, § 86 Rdnr. 1; Vogel, in: Schrickler, UrhG, Kommentar, 2. Aufl. 1999, § 86 Rdnr. 1.

296) Vogel, in: Schrickler, UrhG, Kommentar, 2. Aufl. 1999, § 86 Rdnr. 1.

297) Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst (LUG).

298) Vogel, in: Schrickler, UrhG, Kommentar, 2. Aufl. 1999, § 86 Rdnr. 2.

299) Vogel, in: Schrickler, UrhG, Kommentar, 2. Aufl. 1999, § 86 Rdnr. 3.

300) Vogel, in: Schrickler, UrhG, Kommentar, 2. Aufl. 1999, § 86 Rdnr. 3.

Rundfunkfreiheit ergibt sich das Recht und die Pflicht des Gesetzgebers, die Rundfunkfreiheit zu diesem Zweck gesetzlich auszugestalten. Den einzelnen Grundrechtsträger belastende Ausgestaltungen sind dabei nicht mit nach Art. 5 Abs. 2 GG rechtfertigungsbedürftigen Eingriffen gleichzusetzen. Ein Eingriff liegt vielmehr nur dann vor, wenn eine belastende Regelung den Ausgleich mit Grundrechtspositionen anderer Grundrechte verfolgt. Dagegen verfolgt eine Ausgestaltung den Ausgleich zwischen Grundrechtspositionen innerhalb der Kommunikationsgrundrechte in Art. 5 Abs. 1 GG. Die Gewährleistung der Funktion des Rundfunks für die Meinungsbildung ist ebenso eine Grundrechtsposition aus Art. 5 Abs. 1 GG wie die Programmfreiheit der Rundfunkveranstalter.

Zwischen diesen Positionen hat der Gesetzgeber bei Einführung einer Quote abzuwägen. Dabei hat er zu berücksichtigen, dass die Programmfreiheit der Veranstalter zu den Kernfreiheiten der Rundfunkfreiheit gehört. Bei der Gewichtung i.R.d. erforderlichen Abwägung ist jedoch auf der anderen Seite die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zukommende Aufgabe der Vielfaltsicherung innerhalb der dualen Rundfunkordnung zu berücksichtigen. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat innerhalb dieser Ordnung den Auftrag der umfassenden Grundversorgung. Er hat dabei die vielfaltsichernde Berücksichtigung auch weniger massenattraktiver Angebote bei seiner Programmgestaltung zu verfolgen. Dies und die flächendeckende Versorgung rechtfertigen die überwiegende Gebührenfinanzierung und die damit weitgehende Unabhängigkeit von der Werbefinanzierung. Dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk kommt mit dieser vielfaltsichernden Funktion eine entscheidende Bedeutung für die der Meinungsfreiheit dienende Funktion des Rundfunks in seiner Gesamtheit zu. Durch die Angleichung seiner Programme an die der privaten Anbieter kommt der öffentlich-rechtliche Rundfunk seiner Aufgabe nicht in ausreichendem Maße nach. Die binnenplurale Vielfaltkontrolle durch die Rundfunkräte hat damit ihre Funktion nicht ausreichend erfüllt. Vor dem Hintergrund der für eine pluralistische Gesellschaft elementaren Funktion des Rundfunks für die freie Meinungsbildung muss zu deren Gewährleistung die Programmfreiheit der öffentlich-rechtlichen Sender in begrenztem Maße zurücktreten. Da Vielfalt i.R.d. Programmgestaltung auf Grund ihrer Abhängigkeit von gesellschaftsdynamischen Prozessen nicht messbar ist, gestaltet sich die genaue Festlegung von Programmanteilen i.R.e. Quotenregelung als äußerst schwierig. Wird der Anteil höher angesetzt, als dies für die Aufgabenerfüllung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks unerlässlich ist, wird dieser durch die Quotenregelung in seiner Programmfreiheit unangemessen belastet. Eine Quote kann daher wegen der Abhängigkeit von der gesellschaftlichen Dynamik nur das Ziel verfolgen, ein Mindestmaß an programmlicher Vielfalt zu gewährleisten. Hierbei muss ein gerechter Interessenausgleich zwischen den widerstreitenden Grundrechtspositionen aus Art. 5 Abs. 1 GG erfolgen. Hierzu ist erforderlich, dass den öffentlich-rechtlichen Sendern genügend Spielraum für eine an einem eigenen Profil ausgerichteten Programmgestaltung verbleibt. Auf der anderen Seite muss den Vielfaltanforderungen i.R.d. meinungsbildenden Funktion durch die Gewährleistung einer wahrnehmbaren Programmpräsenz der bisher weit unterrepräsentierten Neuheiten ausreichend Rechnung getragen werden.

Diese Wertung der Rundfunkfreiheit entspricht der in Art. 10 EMRK. Trotz des Übergewichts des abwehrrechtlichen Charakters der Rundfunkfreiheit i.S.d. EMRK sind Einschränkungen der Rundfunkfreiheit zu der Gewährleistung

der Vielfaltfunktion des Rundfunks zur Erfüllung seiner meinungsbildenden Funktion auch im Kontext von Art. 10 EMRK zulässig. Bei der erforderlichen Abwägung der Grundrechtspositionen sind auch hier die Besonderheiten der dualen Rundfunkordnung und die danach bestehende besondere Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für die Vielfaltsicherung zu beachten. Demnach ist auch nach der EMRK die Einschränkung der Programmfreiheit der öffentlich-rechtlichen Rundfunksender gerechtfertigt. Zwar ist die EMRK nicht direkter Prüfungsmaßstab nationaler Gesetzgebungsakte. Sie bindet den nationalen Gesetzgeber jedoch indirekt über die Beeinflussung der Auslegung von Vertragsrecht durch den *EuGH*. Die durch eine Quotenregelung in Betracht kommenden Auswirkungen auf den Absatz von Tonträgern und die Verwertbarkeit von Werken in Rundfunksendungen stellen nach der weiten *Dassonville*-Formel des *EuGH* Eingriffe in die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit aus Art. 28, 49 EGV dar. Die Quote knüpft jedoch nicht an die Herkunft, sondern an die Sprache, in der die Werke verfasst sind, an. Es handelt sich daher um eine nichtdiskriminierende Maßnahme, die über die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe der zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden kann. Bei der Frage des Vorliegens eines zwingenden Erfordernisses des Allgemeinwohls werden die Vertragsauslegung und somit auch die Wertungen des Art. 10 EMRK relevant. Demnach ist die Gewährleistung der Vielfalt im Rundfunk auch mit kulturspezifischer Zwecksetzung durch den *EuGH* als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls anerkannt. Vor dem Hintergrund der Verhältnismäßigkeit i.R.v. Art. 10 EMRK und der durch die Beschränkung auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk überschaubaren Auswirkungen auf die Grundfreiheiten lassen sich die durch die Quotenregelung zu befürchtenden Eingriffe rechtfertigen.

Darüber hinaus werden durch die beabsichtigte Quotenregelung die Verpflichtungen aus den Handelsabkommen GATT und GATS nicht verletzt. Anders als der EGV, der die Schaffung eines freien Binnenmarkts zum Ziel hat, wird durch die Handelsabkommen lediglich der Abbau von protektionistischen Handelshemmnissen verfolgt. Die Quote verfolgt jedoch keine protektionistischen Ziele, da mit dem Kriterium allein der Sprache keine Ungleichbehandlung in- und ausländischer Produktionen erfolgt. Vielmehr sind auch inländische Produktionen von der Quote negativ betroffen, wenn sie das Sprachkriterium nicht erfüllen.

Auf Grund der derzeitigen Programmlandschaft im deutschen Hörfunk und dem dabei zu Tage tretenden Versagen allein der binnenpluralen Vielfaltkontrolle sind die Landesgesetzgeber deshalb gefordert, ihrer verfassungsrechtlichen Aufgabe der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Rundfunks durch die Sicherstellung der Erfüllung des Programmauftrags der öffentlich-rechtlichen Hörfunksender nachzukommen. Durch die Quotenregelung wird i.R.d. bisherigen binnenpluralen Vielfaltkontrolle ein Minimum an kultureller Vielfalt durch die bindende Vorgabe der Berücksichtigung bisher deutlich unterrepräsentierter Inhalte gewährleistet. Um die flächendeckende Effizienz einer Quotenregelung sicherzustellen, ist eine Regelung durch den Rundfunkstaatsvertrag v. 31.8.1991 geboten. Die Länder müssen sich bei ihrer Entscheidung um die Zustimmung zu einem entsprechenden Änderungsstaatsvertrag ihrer Verantwortung für die Funktionsfähigkeit des Rundfunkwesens als Medium und Faktor für die Meinungsbildung bewusst sein.