

## **BR KLASSIK UND RUNDFUNKAUFTRAG**

**Rechtsgutachten zur Ankündigung des Bayerischen Rundfunks,  
die Verbreitung des Hörfunkprogramms BR Klassik über UKW  
im Austausch mit dem Programm BR Puls zu beenden**

erstellt von

Prof. Dr. Christoph Degenhart, Leipzig

2014

**ÜBERSICHT**

<b>GUTACHTENSAUFTRAG .....</b>	<b>4</b>
<b>ZUSAMMENFASSUNG WESENTLICHER ERGEBNISSE.....</b>	<b>4</b>
<b>I. BEURTEILUNGSSACHVERHALT.....</b>	<b>8</b>
1. Hörfunkprogramme des Bayerischen Rundfunks: BR Klassik und BR Puls.....	8
2. Telemedienkonzept BR Klassik und „Programmtausch .....	9
3. Analoger und digitaler Radioempfang im Vergleich .....	12
<b>II. RECHTSGRUNDLAGEN .....</b>	<b>14</b>
1. Rechtsgrundlagen im Rundfunkstaatsvertrag und im Bayerischen Rundfunkgesetz .....	14
2. Widersprüche im Wortlaut .....	15
a) Die eindeutige Aussage des RfStV.....	15
b) Art. 2 BayRG.....	17
3. Rundfunkstaatsvertrag und Landesrundfunkgesetze – wechselseitige Verweisungsnormen .....	18
<b>III. VERSTOß GEGEN DEN RUNDFUNKSTAATSVERTRAG .....</b>	<b>19</b>
1. Frequenzwechsel als Verstoß gegen § 19 Satz 3 RfStV .....	19
a) Frequenzwechsel kein Fall des Programmaustauschs.....	19
b) Verbot des § 19 Satz 3 RfStV als speziellere Norm.....	20
2. Unzulässigkeit eines Programmtauschs nach § 11c Abs. 2 Satz 6 RfStV – Normkollision .....	21
a) Zum Verbot des § 11c Abs. 2 Satz 6 RfStV.....	21
b) Normkollision .....	22
3. Staatsvertrag und Landesgesetz: Keine Derogation des Staatsvertrags durch nachfolgendes Landesgesetz.....	23
a) Gleichrangigkeit und lex posterior-Regel.....	23
b) „Pacta sunt servanda“ als ungeschriebenes Verfassungsrecht des Bundes.....	24
c) Staatsvertragskonforme Auslegung als Verfassungsgebot.....	26
4. Staatsvertragskonforme Auslegung des BayRG.....	28
a) Systematik des BayRG und normimmanente Widersprüche .....	28
b) Die Novelle zum BayRG als Anpassung an den 12. RfÄndStV .....	29
aa) Entstehungsgeschichte .....	29
bb) Normzweck: BayRG als Anpassung an den 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag.....	30
c) Auflösung der Normkollision in staatsvertragskonformer Auslegung.....	30

aa) Normzweck und staatsvertragskonforme Auslegung .....	30
bb) Zur Auflösung der normimmanenten Widersprüche des BayRG.....	31
Ergebnis zu III. ....	32
<b>IV. BR KLASSIK UND FUNKTIONSAUFTRAG DES ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN RUNDFUNKS: DIE VERFASSUNGSRECHTLICHE PERSPEKTIVE.....</b>	<b>33</b>
1. Grundversorgung und Funktionsauftrag: die Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.....	33
a) Grundversorgung und Rundfunkauftrag .....	33
b) Elemente der Grundversorgung .....	34
c) Rundfunkauftrag als Pflicht und Rahmen .....	35
2. BR Klassik und Rundfunkauftrag.....	36
a) Grundversorgung und Erreichbarkeit – das sendetechnische Element.....	36
aa) Sicherstellung des Empfangs als Element der Grundversorgung .....	36
cc) Keine Freizeichnung durch die Entwicklungsgarantie .....	38
b) Funktionsauftrag und kulturelle Verantwortung – das programminhaltliche Element.....	40
aa) Der kulturelle Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.....	40
bb) BR-Klassik als Element des kulturellen Auftrags des BR.....	41
c) Rückzug des Bayerischen Rundfunks von seiner kulturellen Verantwortung ? ..	42
3. Programmautonomie und Entwicklungsgarantie.....	44
a) Der Standpunkt der Rundfunkanstalt.....	44
b) Programmautonomie, Funktionsauftrag und Entwicklungsgarantie .....	45
c) Programmautonomie und Bindung an Gesetz und Recht.....	47
d) Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Beurteilung .....	48
<b>V. GESAMTERGEBNIS .....</b>	<b>49</b>

## **Gutachtensauftrag**

Der Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V. (VPRT) hat mich beauftragt, rechtsgutachtlich zu einer zukünftigen analogen Verbreitung des bisher nur digital ausgestrahlten Jugendradios des Bayerischen Rundfunks „BR Puls“ über UKW-Frequenzen anstelle des bisher analog ausgestrahlten, künftig dann nur noch digital zu verbreitenden Programms BR Klassik Stellung zu nehmen.

## **Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse**

Die nachstehende Untersuchung kommt zu diesen Ergebnissen.

### I.

Der Bayerische Rundfunk (BR) beabsichtigt, im Zusammenhang mit seinem neuen Telemedienkonzept BR Klassik das Hörfunkprogramm BR Klassik künftig nicht mehr über UKW auszustrahlen. Den UKW-Platz von BR Klassik soll dann das bisher nur digital verbreitete Jugendradio BR Puls einnehmen. Der BR bezeichnet diesen Sachverhalt als Programmtausch, der ihm durch die Regelung des Bayerischen Rundfunkgesetzes gestattet sei. Das Telemedienkonzept BR Klassik konstatiert ein „Medienbedürfnis Klassik“, doch lasse sich in den linearen Medien Hörfunk und Fernsehen bislang nur ein Teil der Klassikinteressierten für eine regelmäßige Nutzung aktivieren. Im Ausgangspunkt ist jedoch festzuhalten, dass UKW über alle Programme und Altersgruppen hinweg die mit weitem Abstand häufigste Art ist, Radio zu hören. Ein „analoger Switch-Off“ wurde 2012 aus dem TKG gestrichen.

### II.

1. Die maßgeblichen Rechtsgrundlagen finden sich im Bayerischen Rundfunkgesetz und im Rundfunkstaatsvertrag. Sie sind für den BR „Pflicht und Rahmen“.

2. Nach dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen erscheint die Rechtslage zunächst nicht eindeutig. § 11c Abs. 2 Satz 6 RfStV sowie § 19 Satz 3 RfStV allerdings stehen dem vorgesehenen behaupteten Programmtausch eindeutig entgegen. Art. 2 Abs. 4 BayRG steht bei isolierter Wortlautinterpretation hierzu im Widerspruch.

3. Art. 2 Abs. 1 Satz 2 BayRG verweist ausdrücklich auf die Geltung auch des § 11c RfStV. Der Rundfunkstaatsvertrag geht generell von dessen Vorrang gegenüber den Rundfunkgesetzen der Länder aus.

### III.

1. Isoliert für sich betrachtet, gestattet Art. 2 Abs. 4 BayRG den Austausch eines digitalen gegen ein analoges Programm. Gegen die Annahme eines Programmtauschs spricht jedoch, dass es sich der Sache nach um einen Frequenzwechsel handelt. Denn BR Puls tritt nicht an die Stelle von BR Klassik. Beide Programme bestehen weiter. BR Puls wird auf UKW aufgeschaltet. Dem steht jedoch das eindeutige und uneingeschränkte Verbot des § 19 Satz 3 RfStV als der spezielleren Norm entgegen. Schon deshalb ist das Vorhaben des BR gesetzeswidrig.

2. Sollte das Vorhaben des BR als ein Fall des Austauschs von Programmen gesehen werden, so kommt es zur Normkollision zwischen Art. 2 Abs. 4 BayRG und § 11 c Abs. 2 Satz 6 RfStV sowie § 19 Satz 3 RfStV.

3. Auch dann aber könnte das Landesgesetz ungeachtet seines späteren Inkrafttretens die staatsvertragliche Bestimmung nicht derogieren.

a) Die lex-posterior-Regel, deren Anwendung den bayerischen Gesetzgeber vertragsbrüchig werden ließe, wird hier verfassungsrechtlich überlagert.

b) Die Lösung einer Normkollision ist in der „für alle Vertragspartner verbindlichen Rechtsordnung“ (BVerwG) zu suchen. Dies ist das als Bundesverfassungsrecht verbindliche, auch durch die Staatspraxis geformte Staatsvertragsrecht. Dessen ungeschriebener Bestandteil ist der Rechtssatz „pacta sunt servanda“. Nur durch Kündigung und nicht durch abweichende Rechtsetzung kann sich ein Land von der Bindung an einen Staatsvertrag lösen.

c) Deshalb muss Landesrecht staatsvertragskonform ausgelegt werden. Dem demokratisch legitimierten, rechtsstaatlich gebundenen und föderal verpflichte-

ten Gesetzgeber des BayRG darf nicht unterstellt werden, er habe bewusst Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags außer Kraft setzen wollen.

4. Für eine staatsvertragskonforme Auslegung besteht hinreichend Spielraum.

a) Die Regelung des BayRG ist in sich widersprüchlich. Es bekennt sich einerseits zur Maßgeblichkeit des Rundfunkstaatsvertrags, widerspricht diesem andererseits in Art. 2 Abs. 4 BayRG.

b) Zielsetzung der Novelle zum BayRG war jedoch die Anpassung an die Bestimmungen des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrags.

c) Schon deshalb ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber des BayRG sich nicht in Widerspruch zum Staatsvertrag setzen wollte. Der normimmanente Widerspruch des BayRG ist verfassungskonform im Sinn der staatsvertraglichen Festlegung aufzulösen.

#### IV.

1. Das Vorhaben des Bayerischen Rundfunks berührt dessen Grundversorgungs- oder Funktionsauftrag.

a) Es ist dies eine Daueraufgabe für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk.

b) Grundversorgung bedingt unverändert eine Übertragungstechnik, die den Empfang der Sendungen durch die Gesamtheit der Bevölkerung sicherstellt und umfasst den Programmauftrag in seiner ganzen Breite.

c) Der Rundfunkauftrag ist für die Rundfunkanstalt bindend.

2. Der Plan des Bayerischen Rundfunks, BR Klassik nicht mehr auf UKW zu senden, berührt zwei der drei wesentlichen Elemente des Grundversorgungs- oder Funktionsauftrags: tatsächliche Erreichbarkeit und programminhaltliche Vielfalt.

a) Mit der Verlagerung auf DAB plus wird der verfassungsrechtliche Grundversorgungsauftrag in sendetechnischer Hinsicht verfehlt. Die verfassungsrechtliche Entwicklungsgarantie kann darüber nicht hinwegtragen. Dass der BR nicht auf bestimmte Techniken und ihnen entsprechende Formate beschränkt wird, bedeutet nicht, dass er beliebig auf eine Technik, durch die der Empfang für die Gesamtheit der Hörer sichergestellt wird, verzichten dürfte, zumal er, eben um der Erreichbarkeit willen, UKW als den maßgeblichen Übertragungsweg für

seine Programme bestimmt. Entscheidend ist die tatsächliche Erreichbarkeit mit den bei den Hörern typischerweise vorauszusetzenden Empfangsmöglichkeiten. Mit ihnen muss der Empfang sichergestellt sein.

b) Das Programm BR Klassik verwirklicht den Kulturauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Er hat vor allem auch diejenigen Programmsparten abzudecken, die – so BVerfG - „über den Markt nicht oder nicht in wünschenswerter Qualität zustandekommen.“

c) Mit der Abschaltung von BR Klassik auf seiner UKW-Frequenz würde der Bayerische Rundfunk sich von seiner kulturellen Verantwortung in verfassungswidriger Weise zurückziehen. DAB ist ebensowenig ein gleichrangiger Ersatz, wie die allerdings nur in einer bloßen Absichtserklärung angekündigte gelegentliche live-Übertragung einzelner Konzertveranstaltungen des BR im Rahmen des UKW-Programms BR 2.

3. Die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zugesprochene Entwicklungsgarantie und seine Programmautonomie rechtfertigen keine abweichende Beurteilung.

a) Der BR verfolgt nach eigenem Bekunden das Ziel, einem „drohenden Generationenabriss“ entgegen zu wirken. Die geplanten Maßnahmen sind jedoch nicht zielführend.

b) Dies kann jedoch dahingestellt bleiben. Autonomie und Programmfreiheit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt rechtfertigen nicht den Rückzug des BR aus der Programmsparte klassische Musik als wesentlichem Bestandteil seiner kulturellen Verantwortung. Sein kultureller Auftrag hat Verfassungsrang.

c) Autonomie und Programmfreiheit berechtigen die Rundfunkanstalt auch nicht, sich entgegen ihrer Bindung an Gesetz und Recht, über die Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags als verfassungskonforme Konkretisierung des Rundfunkauftrags hinwegzusetzen.

## V.

Im Gesamtergebnis erweist sich das zu beurteilende Vorhaben des Bayerischen Rundfunks als gesetzes- und verfassungswidrig.

## I. Beurteilungssachverhalt

### 1. Hörfunkprogramme des Bayerischen Rundfunks: BR Klassik und BR Puls

Der Bayerische Rundfunk (BR) veranstaltet seit 4. Oktober 1980 unter der Bezeichnung BR Klassik bzw. bis 30. September 2009 BR 4 Klassik ein Hörfunkprogramm mit dem Schwerpunkt klassischer Musik. Die Ausstrahlung erfolgt bayernweit über UKW. Das Programm wird außerdem in alle bayerischen Kabelnetze eingespeist. Darüber hinaus ist das Programm über DAB+ und DVB-S sowie im Internet verfügbar. Das Programm wird im Internet-Auftritt des BR wie folgt beworben:

**„Zeit für Musik.**

Klassikstars und weltberühmte Orchester geben auf BR-KLASSIK den Ton an. Attraktive Magazine bringen Interviews und Neuigkeiten aus dem Musikleben. Chor und Orchester des Bayerischen Rundfunks haben auf unserer Klassikwelle ihren festen Platz.“<sup>1</sup>

Derzeit sind beim BR Überlegungen in Gang, das neue Jugendradio Puls künftig über die UKW-Frequenzen zu senden, die bislang für BR Klassik genutzt werden.<sup>2</sup> BR Puls ist ein digitaler Jugendkanal des BR und wird in dessen Internet-Auftritt Rundfunks wie folgt beschrieben:

**„Dieses neue Radio.**

PULS ist das junge Programm des Bayerischen Rundfunks. Und zwar in echt. Musik, die so kein anderer Sender spielt. Mitmachen über die Smartphone-App. Das Neueste aus Politik und Popkultur, aus Bayern - und der Welt.“<sup>3</sup>

Das Programm existiert in dieser Form und mit dieser Bezeichnung seit 15. Mai 2013. Es ist zu diesem Zeitpunkt an die Stelle des Programms on3-radio getreten und hat dessen Übertragungswege übernommen. Dazu gehö-

<sup>1</sup> [www.br.de](http://www.br.de), aufgerufen am 27.03.2014.

<sup>2</sup> S. z.B. *Krei*, in: [www.dwl.de](http://www.dwl.de) vom 20.02.2014 - 17:05 Uhr, aufgerufen am 27.03.2014.

<sup>3</sup> [www.br.de](http://www.br.de), aufgerufen am 27.03.2014.

ren DAB, Kabel, Livestream über Internet sowie eine App für Mobilgeräte. Das Programm on3-radio wiederum war 2009 aus Bavarian Open Radio hervorgegangen,<sup>4</sup> dieses wiederum aus dem zum Jahresbeginn 2003 gestarteten digitalen Hörfunkprogramm des BR „Das Modul“.

## 2. Telemedienkonzept BR Klassik und „Programmtausch

Zu Anfang des Jahres 2014 wurde in der Tagespresse im Zusammenhang mit der Vorlage des neuen Telemedienkonzepts BR Klassik<sup>5</sup> über die Absichten des Bayerischen Rundfunks berichtet, das Programm BR Klassik künftig nicht mehr über UKW auszustrahlen. So berichtet die Süddeutsche Zeitung in ihrer Ausgabe vom 29. Januar 2014 über die für den folgenden Tag anberaumte Sitzung des Rundfunkrats, auf der u.a. das erwähnte Telemedienkonzept behandelt werden sollte. Nicht die Rede sei in diesem Konzept des BR von „der Rolle des bisherigen UKW-Kanals BR-Klassik in der Zukunft.“<sup>6</sup> Der Grund hierfür wird darin gesehen, dass der Bayerische Rundfunk sein Klassikprogramm in absehbarer Zukunft nicht mehr mit dem Markenkern UKW auszustrahlen beabsichtige. Den UKW-Platz von BR Klassik könnte dann das Jugendradio BR Puls einnehmen.

Das neue Telemedienkonzept soll an die Stelle des bisherigen, genehmigten Telemedienkonzepts<sup>7</sup> treten. Denn, so die einführenden Bemerkungen zum neuen Telemedienkonzept, das Themenfeld Klassik stelle seit jeher eine Kernkompetenz des Bayerischen Rundfunks dar. Die Ausgestaltung des Themas durch drei ausgezeichnete Klangkörper, das reichhaltige Klassikangebot auf BR.de, Musikproduktionen, eine renommierte Hörfunkwelle und herausragende Fernsehsendungen erfordere in einer fast vollständig digitalisierten Me-

---

<sup>4</sup> Pressemitteilung vom 04.02.2009, aufgerufen am 27.03.2014 unter <http://web.archive.org/web/20090204021352/http://www.br-online.de/unternehmen/start-on3radio-jugendprojekt->

<sup>5</sup> Telemedienkonzept BR Klassik, Stand vom 04.12.2013, [www.br.de/Unternehmen](http://www.br.de/Unternehmen), aufgerufen am 27.03.2014.

<sup>6</sup> Beitrag von *Tieschky*, SZ vom 20.01.2014, S. 31.

<sup>7</sup> Telemedienkonzept des Bayerischen Rundfunks in der Fassung vom 8. Juli 2010, abrufbar unter [www.br.de/unternehmen/inhalt/rundfunkrat/telemedienkonzept-br100.html](http://www.br.de/unternehmen/inhalt/rundfunkrat/telemedienkonzept-br100.html).

dienwelt jedoch eine Neuinterpretation. „Vor dem Hintergrund einer geringen Reichweite auf einem insgesamt stagnierenden analogen Radiomarkt ist es notwendig, die Marke BR-KLASSIK digital zu stärken.“<sup>8</sup> Es gehe darum, neue Zielgruppen ansprechen. Die Zielgruppe des bisherigen Telemedienangebots von BR-KLASSIK orientiere sich „weitgehend an den Publika des linearen Radioprogramms BR-KLASSIK sowie den Klassiksendungen im Bayerischen Fernsehen und in BR-alpha“ und umfasse ein klassisch-kulturorientiertes Publikum; das Potenzial der Klassikinteressierten sei jedoch breiter.<sup>9</sup> Das Telemedienkonzept BR Klassik konstatiert ein „Medienbedürfnis Klassik“,<sup>10</sup> doch lasse sich in den linearen Medien Hörfunk und Fernsehen bislang nur ein Teil der Klassikinteressierten für eine regelmäßige Nutzung aktivieren. Weniger als 2% der Bevölkerung in Bayern hörten täglich BR Klassik auf UKW, der weiteste Hörerkreis betrage 11%.<sup>11</sup> Dafür wachse das Potential für Informationen über klassische Musik im Internet.

Im neuen Telemedienkonzept des Bayerischen Rundfunks BR Klassik wird verwiesen auf das „durchschnittlich ältere, aber dafür hochinteressierte Publikum“, das „bereits heute den Internetinhalten von BR-KLASSIK gegenüber stärker aufgeschlossen (sei) als etwa die Hörerinnen und Hörer von Bayern 1 oder BAYERN 3 den Webseiten ‚ihrer‘ Sender gegenüber“.<sup>12</sup> Mit diesen Überlegungen wird insbesondere das Telemedienkonzept BR Klassik im Rahmen des sog. Dreistufentests nach § 11f RfStV erläutert. Die Rede ist dort auch von einer multimedialen Ansprache aller bayerischen Klassik-Interessierten: „Die Inhalte gehen weg von der Orientierung an linearen Medienmarken und hin zu einem thematisch fokussierten Kultur-, Informations- und Unterhaltungsangebot.“<sup>13</sup> Die linearen Angebote – Hörfunk- und Fernsehsendungen – des BR

---

<sup>8</sup> Telemedienkonzept BR Klassik unter I., S. 2, Stand vom 04.12.2013, [www.br.de/Unternehmen](http://www.br.de/Unternehmen), aufgerufen am 27.03.2014.

<sup>9</sup> Telemedienkonzept BR Klassik unter II.1, S. 3, Stand vom 04.12.2013, [www.br.de/Unternehmen](http://www.br.de/Unternehmen), aufgerufen am 27.03.2014.

<sup>10</sup> Telemedienkonzept BR Klassik unter III.1.1., S. 11, Stand vom 04.12.2013, [www.br.de/Unternehmen](http://www.br.de/Unternehmen), aufgerufen am 27.03.2014.

<sup>11</sup> Angaben im Telemedienkonzept des BR a.a.O. unter Berufung auf Funkanalyse 2013.

<sup>12</sup> Telemedienkonzept BR Klassik unter III.1.1., S. 11 unter Verweis auf die ARD/ZDF-Onlinestudie 2013 und eigene Berechnungen in Fußn. 12.

<sup>13</sup> A.a.O. S. 4.

werden im Telemedienkonzept als unzureichend in Bezug auf den Rundfunkauftrag gesehen, insbesondere müsse die „Ansprache von Zielgruppen, welche durch lineare Angebote kaum mehr erreicht werden“, durch das Internet erfolgen.<sup>14</sup>

Entsprechend dem Zweck der Angebotsbeschreibung im Telemedienkonzept, den Mehrwert des neuen oder veränderten Telemedienangebots zu belegen, werden keine Aussagen zur positiven Funktion der linearen Angebote im Bereich der klassischen Musik, also insbesondere des UKW-Programms BR Klassik getroffen; auch die Absicht, die Verbreitung auf UKW zu beenden, wird nicht ausgesprochen. In den bereits erwähnten Presseberichten äußern sich Vertreter des BR dahingehend, dass die UKW-Verbreitung ganz allgemein in einem „überschaubaren Zeitraum ohnehin beendet“ sein dürfte<sup>15</sup> – eine Erwartung, die vom Gesetzgeber offensichtlich nicht geteilt wird, nachdem in der TKG-Novelle 2012 das im TKG 2004 vorgesehene Abschaltdatum für UKW-Empfang gestrichen wurde.<sup>16</sup> In einer Pressemitteilung vom 29. Januar 2014 werden Überlegungen, das Klassikprogramm des BR künftig digital und nicht über UKW zu verbreiten, indirekt bestätigt:<sup>17</sup> die Frage stelle sich „am Donnerstag“ – also dem Tag der Sitzung des Rundfunkrats, in der über das Telemedienkonzept BR Klassik beraten werden sollte – nicht, der BR erarbeite „aktuell ein umfassendes Konzept“, mit BR Puls erfülle der Bayerische Rundfunk seinen gesetzlichen Auftrag, auch Angebote für ein jüngeres Publikum vorzusehen. Eine Pressemitteilung vom 08.04.2014<sup>18</sup> bringt mit der Rechtfertigung des Vorhabens eine direkte Bestätigung.<sup>19</sup>

Ungeachtet vielfältiger Kritik hält der BR bislang an seiner Absicht fest.<sup>20</sup>

<sup>14</sup> A.a.O. S. 12.

<sup>15</sup> SZ vom 20.01.2014, S. 31.

<sup>16</sup> Vgl. Ory, AfP 2012, 234 (239 ff.).

<sup>17</sup> Radiowoche vom 29.01.2014 – screenshot -.

<sup>18</sup> Pressemitteilung vom 08.04.2014 - <http://www.presseportal.de/pm/7560> -.

<sup>19</sup> Ebenso Pressemitteilung vom 24.04.2014 – [www.br.de/presse](http://www.br.de/presse), aufgerufen am 25.04.2014.

<sup>20</sup> Vgl. Süddeutsche Zeitung vom 22.04.2014, S. 2 sowie vom 24.04.2014, S. 51 und die dort abgedruckten Leserbriefe, u.a. der offene Brief des langjährigen Intendanten der Bayerischen Staatsoper, *Sir Peter Jonas* an den Intendanten des Bayerischen Rundfunks.

### 3. Analoger und digitaler Radioempfang im Vergleich

Würde der BR sein Vorhaben in der beschriebenen Form realisieren, so würde einem deutlich erweiterten Telemedienangebot ein ausschließlich digital verbreitetes Hörfunkprogramm BR Klassik gegenüberstehen. Ersteres soll, so die zusammenfassende Angebotsbeschreibung, künftig aus drei Elementen bestehen: „Aus einem neuen journalistischthematischen Webangebot ‚BR-KLASSIK multimedial‘, einem video- und ereignisorientiertem (Live-)Konzertangebot (Arbeitstitel ‚BR-WebConcert‘) sowie aus produktorientierten Webseiten für die BR-Klangkörper Symphonieorchester des Bayerischen Rundfunks, Münchner Rundfunkorchester, Chor des Bayerischen Rundfunks und musica viva.<sup>21</sup> Das bisherige Hörfunkprogramm ist dann nur noch digital empfangbar, terrestrisch über DAB plus. Dies setzt entsprechende Ausstattung mit Endgeräten voraus. Lediglich einzelne Live-Übertragungen von Konzerten sollen offenbar im Rahmen des Wortprogramms Bayern 2 über UKW übertragen werden.<sup>22</sup>

Nach den Erhebungen der Funkanalyse Bayern 2013 stehen allerdings 25,844 Mio. analogen Radiogeräten insgesamt nur 0,827 Mio. DAB-Empfangsgeräte insgesamt gegenüber,<sup>23</sup> und von 5,873 Mio. Haushalten sind nur 0,307 mit einem DAB-Empfangsgerät ausgestattet.<sup>24</sup> Nach dem Digitalisierungsbericht 2013 der Landesmedienanstalten waren bundesweit 93,6% der Haushalte mit mindestens einem UKW-Empfangsgerät, aber nur 4,5% der Haushalte mit einem Empfangsgerät für DAB ausgestattet.<sup>25</sup> Eine annähernd flächendeckende Ausstattung der Haushalte/der Bevölkerung mit DAB bzw. DAB plus ist auf

---

<sup>21</sup> Telemedienkonzept BR Klassik unter II.1., S. 2.

<sup>22</sup> <http://www.br.de/presse/inhalt/pressemitteilungen/information-thema-br-klassik-100.html>.

<sup>23</sup> TNS Infratest – Funkanalyse Bayern 2013, [www. http://funkanalyse.tns-infratest.com](http://funkanalyse.tns-infratest.com), aufgerufen am 31.03.2014.

<sup>24</sup> TNS-Infratest, Digitalisierungsbericht 2013, S. 67, abrufbar unter [www.die-medienanstalten.de](http://www.die-medienanstalten.de).

<sup>25</sup> TNS-Infratest, Digitalisierungsbericht 2013, S. 63, abrufbar unter [www.die-medienanstalten.de](http://www.die-medienanstalten.de).

absehbare Zeit nicht zu erwarten, ebensowenig eine entsprechende Ausstattung der Kraftfahrzeuge.<sup>26</sup>

Die mit Abstand meistgenutzte Radioempfangsart ist der UKW-Empfang. 94% der Bevölkerung bundesweit nutzen diese Empfangsart, 4,8% nutzen (auch) Digitalradio.<sup>27</sup> Dabei ist jedoch nur bei 0,5% DAB die häufigste Empfangsart, bei 78,6% demgegenüber UKW,<sup>28</sup> wobei der UKW-Empfang für die Kernzielgruppe von BR Klassik durchweg über 80% liegt.

Eine nach Altersgruppen gestaffelte Übersicht über die meistgenutzte Radioempfangsart weist bundesweit<sup>29</sup> für DAB Werte zwischen 0,2% bei den 20-29Jährigen und 0,7% bei den 14-19Jährigen aus, demgegenüber für UKW Werte zwischen 70,7% bei den 20-29Jährigen und durchweg über 81% bei den über 40Jährigen. Die Werte für Internetradio liegen zwischen 0,6% - insoweit nicht überraschend bei den über 70Jährigen und 12,3% bei den 14-19Jährigen, sinken aber dann bereits in der Altersgruppe über 40 Jahre auf nur noch 4,1%, um dann kontinuierlich weiter abzunehmen. Die Werte für Kabel oder Satellit liegen zwischen 3,0% in Altersgruppe zwischen 40 und 49 Jahren und 8,9% bei den über 60Jährigen. Dies könnte damit zusammenhängen, dass letztere häufiger in ihrer Wohnung, erstere häufiger unterwegs Radio hören.

Wie immer die Zahlen interpretiert werden mögen: UKW ist über alle Programme und Altersgruppen hinweg mit weitem Abstand die häufigste Art, Radio zu hören – nur jeder Zwanzigste hört zumindest gelegentlich über DAB, und nur jeder zwanzigste Haushalt hat überhaupt die Möglichkeit dazu – und auch in diesen Haushalten ist DAB bei weitem nicht die am häufigsten genutzte Empfangsart. Davon, dass sich dies in absehbarer Zeit ändern wird, kann nicht ausgegangen werden, zumal auch die bisherigen Bestrebungen zur Einfüh-

---

<sup>26</sup> Dies konzediert auch der BR in seiner Pressemitteilung vom 24.04.2014 – [www.br.de/presse](http://www.br.de/presse), aufgerufen am 25.04.2014, wo von einer mittelfristig zu erwartenden Verbesserung der Situation die Rede ist.

<sup>27</sup> TNS-Infratest, Digitalisierungsbericht 2013, S. 68, abrufbar unter [www.die-medienanstalten.de](http://www.die-medienanstalten.de)

<sup>28</sup> A.a.O. S. 70.

<sup>29</sup> A.a.O. S. 72.

rung von DAB bzw. DAB plus sich als nur begrenzt erfolgreich erwiesen haben. Es sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass noch im TKG 2004 von einem „analogen Switch-Off“ im Jahr 2015 ausgegangen worden war,<sup>30</sup> der mit der TKG-Novelle 2012 aus dem Bundesrecht gestrichen wurde, nachdem sich die Prognosen über die Nutzung von Digitalradio nicht bestätigt hatten.<sup>31</sup> Auch der Bayerische Rundfunk selbst ist bestrebt, seine Hörer über UKW zu erreichen. Eben deshalb werden eingeführte, reichweitenstarke Programme unverändert über UKW verbreitet und will man über die UKW-Verbreitung von BR Puls eine größere Zahl jüngerer Hörer erreichen,<sup>32</sup> während BR Klassik ein UKW-Programm abgeschaltet werden soll, das, so der Bayerische Rundfunk, von einer Minderheit der Hörer regelmäßig genutzt wird.

## II. Rechtsgrundlagen

### 1. Rechtsgrundlagen im Rundfunkstaatsvertrag und im Bayerischen Rundfunkgesetz

Die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt entsteht durch Gesetz - das Anstaltsgesetz.<sup>33</sup> Im Fall des BR ist dies das „Gesetz über die Errichtung und die Aufgaben einer Anstalt des öffentlichen Rechts „Der Bayerische Rundfunk“ (Bayerisches Rundfunkgesetz – BayRG) aus dem Jahr 1948<sup>34</sup> i.d.F. der Bekanntmachung vom 22. Oktober 2003,<sup>35</sup> zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. November 2012.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> S. dazu *Dittmann*, Analoges Switch-Off ohne Gesetz, 2002; *Ory*, AfP 2012, 234 ff.

<sup>31</sup> Vgl. dazu *Ory*, AfP 2012, 234 (239 ff.).

<sup>32</sup> So auch der Hörfunkdirektor des BR *Wagner* im Gespräch mit *Claudia Tieschky*, Süddeutsche Zeitung vom 22.04.2014, S. 2, wonach UKW „die beste Erreichbarkeit junger Menschen“ sichert; s. auch Pressemitteilung vom 24.04.2014 – [www.br.de/presse](http://www.br.de/presse), aufgerufen am 25.04.2014.

<sup>33</sup> Vgl. zum Begriff *Jarass*, Online-Dienste und Funktionsbereich des Zweiten Deutschen Fernsehens, 1997, S. 32.

<sup>34</sup> Gesetz vom 10.08.1948, GVBl BY 1948, 135.

<sup>35</sup> BayGVBl 2003, S. 782; geändert u.a. durch Gesetz vom 8. Dezember 2009, BayGVBl 2009, S. 609.

<sup>36</sup> BayGVBl 2012, S. 578.

Es enthält die konstituierende Aufgabenbestimmung.<sup>37</sup> Für Art und Umfang der Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten sind die jeweilige gesetzliche Aufgabenbestimmung durch dieses Anstaltsgesetz und ggf. weitere, ergänzende gesetzliche Bestimmungen als „Pflicht und Rahmen“<sup>38</sup> maßgeblich. Dahingehende Bestimmungen enthält vor allem der Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag) vom 31. Dezember 1991, zuletzt geändert durch Art. 3 Fünfzehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 15. Dezember 2010<sup>39</sup>. Ob also der BR befugt ist, an Stelle des Programms Bayern Klassik das neue Jugendprogramm BR Puls über UKW zu verbreiten, ist zunächst auf der Grundlage der hierfür maßgeblichen Bestimmungen des Bayerischen Rundfunkgesetzes – im folgenden: BayRG – und des Rundfunkstaatsvertrags – im folgenden: RfStV zu beantworten.

## 2. Widersprüche im Wortlaut

Stellt man auf den Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen ab, so erscheint die Rechtslage zunächst nicht eindeutig.

### a) Die eindeutige Aussage des RfStV

Eindeutig allerdings erscheint die Aussage des § 19 RfStV. Die Bestimmung erhielt durch den 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag diese, seit 1. Juni 2009 in Kraft befindliche Fassung:

„Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio können ihrem gesetzlichen Auftrag durch Nutzung geeigneter Übertragungswege nachkommen. Bei der Auswahl des Übertragungswegs sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Die analoge Verbreitung bisher ausschließlich digital verbreiteter Programme ist unzulässig.

---

<sup>37</sup> Vgl. zur Bedeutung des Konstitutionsaktes *Mahrenholz*, Festschrift Kübler, 1997, S. 251 (258); *Starck*, in: Festschrift Stern, 1997, S. 777 (791).

<sup>38</sup> So die Formulierung bei *Herrmann/Lausen*, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2004, § 10 Rdn. 1.

<sup>39</sup> Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien vom 31. Dezember 1991, zul. geändert durch Art. 3 Fünfzehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 15.12.2010, BayGVBl 2011, S. 258.

Ebenfalls durch den 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag wurde die Bestimmung des § 11c RfStV eingefügt. Dessen hier relevanter Absatz 2 lautet:

„(2) Die Gesamtzahl der terrestrisch verbreiteten Hörfunkprogramme der in der ARD zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten darf die Zahl der zum 1. April 2004 terrestrisch verbreiteten Hörfunkprogramme nicht übersteigen. Das jeweilige Landesrecht kann vorsehen, dass terrestrisch verbreitete Hörfunkprogramme gegen andere terrestrisch verbreitete Hörfunkprogramme, auch gegen ein Kooperationsprogramm, ausgetauscht werden, wenn dadurch insgesamt keine Mehrkosten entstehen und sich die Gesamtzahl der Programme nicht erhöht. Kooperationsprogramme werden jeweils als ein Programm der beteiligten Anstalten gerechnet. Regionale Auseinandersetzungen von Programmen bleiben unberührt. Der Austausch eines in digitaler Technik verbreiteten Programms gegen ein in analoger Technik verbreitetes Programm ist nicht zulässig.“

Die Bestimmung des § 11c RfStV gilt seit 1. Juni 2009. Sie entspricht weitgehend der des § 19 Abs. 7 RfStV i.d.F. des 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrags vom 9. Februar 2005.<sup>40</sup>

§ 19 Satz 3 RfStV ist in seinem Wortlaut eindeutig. Die Bestimmung enthält ein generelles Verbot der analogen Verbreitung bisher ausschließlich digital ausgestrahlter, also digital gestarteter Programme. BR Puls ist ein solches digital gestartetes Programm. Nach § 19 Satz 3 RfStV darf es daher nicht analog über UKW verbreitet werden, unabhängig davon, ob die Aufschaltung auf UKW im Wege eines Austauschs gegen ein anderes Programm erfolgt. Die Regelung des § 19 Satz 3 RfStV tritt neben die des § 11c Abs. 2 Satz 6 RfStV.<sup>41</sup> Die letztgenannte Bestimmung bezieht sich auf den Fall eines Austauschs der Programme. Sie ist, wie auch aus ihrer systematischen Stellung deutlich wird, programmbezogen und konkretisiert den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, während es bei § 19 Satz 3 RfStV primär um die Sendetechnik geht.

---

<sup>40</sup> Vgl. zur Entstehungsgeschichte *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 11c RfStV Rdn. 2.

<sup>41</sup> Vgl. *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 11c RfStV Rdn. 55: keine eigenständige Bedeutung mehr.

## b) Art. 2 BayRG

Eine programbezogene Aufgabenzuweisungsnorm stellt auch Art. 2 BayRG dar. Die Bestimmung hatte bis zu dessen Anpassung an den 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag durch Gesetz vom 08.12.2009 (GVBl S. 609)<sup>42</sup> gelautet:

„Aufgabe des Bayerischen Rundfunks ist die Veranstaltung und Verbreitung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen.“

In der seit 01.01.2010 geltenden Fassung lautet Art. 2 BayRG:

„(1) Aufgabe des Bayerischen Rundfunks ist die Herstellung und Verbreitung von Hörfunkprogrammen, Fernsehprogrammen und Telemedien. Es gelten die §§ 11 bis 11f des Rundfunkstaatsvertrags. Zuständiges Gremium der Rundfunkanstalt im Sinn des § 11f des Rundfunkstaatsvertrags ist der Rundfunkrat; das Nähere regelt die Satzung des Bayerischen Rundfunks.

(2) ....(betrifft Fernsehprogramme)..

(3) Der Bayerische Rundfunk veranstaltet bis zu zehn terrestrisch verbreitete Hörfunkprogramme. Davon werden bis zu fünf Hörfunkprogramme analog und fünf Hörfunkprogramme ausschließlich in digitaler Technik verbreitet. Jedes Programm muss einen der folgenden Schwerpunkte haben:

- populäre Musik und Unterhaltung,
- Kultur,
- Musik für ein jüngeres Publikum,
- klassische Musik,
- Nachrichten und Informationen,
- Inhalt für ein älteres Publikum,
- Bildung, Wissen und Gesellschaft,
- Service, Beratung und Ereignisse,-
- Bayern und Regionales,
- Jugend.

Das Gesamtangebot muss alle Schwerpunkte abdecken. <sup>5</sup> Der Rundfunkrat legt die Programmrichtlinien fest.

(4) Der Austausch eines in digitaler Technik verbreiteten Hörfunkprogramms gegen ein in analoger Technik verbreitetes Hörfunkprogramm ist

---

<sup>42</sup> Vgl. zu dieser Zielsetzung LT-Drucks. 16/2097.

zulässig, wenn die Anzahl der analogen Hörfunkprogramme nicht vergrößert wird und dadurch insgesamt keine Mehrkosten entstehen.“

Damit setzt sich die Regelung des BayRG in Art. 2 Abs. 4 in ihrem Wortlaut in Widerspruch zum Rundfunkstaatsvertrag. Denn in Art. 2 Abs. 4 BayRG wird der Austausch eines in digitaler Technik verbreiteten Hörfunkprogramms gegen ein in analoger Technik verbreitetes Hörfunkprogramm unter den dort genannten Voraussetzungen für zulässig erklärt. Demgegenüber wird in § 11c Abs. 2 Satz 6 RfStV der Austausch eines in digitaler Technik verbreiteten Programms gegen ein in analoger Technik verbreitetes Programm für nicht zulässig erklärt. Schließlich erklärt § 19 Satz 3 RfStV die analoge Verbreitung bisher ausschließlich digital verbreiteter Programme ausdrücklich für unzulässig.

### **3. Rundfunkstaatsvertrag und Landesrundfunkgesetze – wechselseitige Verweisungsnormen**

Sowohl die staatsvertragliche Regelung des § 11c RfStV als auch die landesgesetzliche Bestimmung des Art. 2 BayRG befassen sich wechselseitig mit dem Verhältnis zur jeweils anderen Normebene. Nach § 11c Abs. 2 Satz 3 RfStV kann das jeweilige Landesrecht vorsehen, dass terrestrisch verbreitete Programme untereinander getauscht werden, wenn sich die Gesamtzahl der Programme nicht erhöht, mit der Einschränkung jedoch des Satzes 6, wonach, wie ausgeführt, der Austausch eines digital verbreiteten Programms gegen ein analog verbreitetes Programm nicht zulässig ist, und mit der Klarstellung des § 19 Satz 3 RfStV. Demgegenüber verweist Art. 2 Abs. 1 Satz 2 BayRG ausdrücklich auf die Geltung auch des § 11c RfStV. Davon ist auch dessen Absatz 2 nicht ausgenommen, wonach ein Austausch digital gegen analog nicht zulässig ist. Schließlich enthält § 1 Abs. 2 RfStV die allgemeine Kollisionsregel im Verhältnis von Rundfunkstaatsvertrag und Landesrecht. Danach sind, „so weit dieser Staatsvertrag keine anderweitigen Regelungen für die Veranstaltung und Verbreitung von Rundfunk enthält oder solche Regelungen zulässt“, „die für die jeweilige Rundfunkanstalt ... geltenden landesrechtlichen Vorschriften anwendbar.“ Der Gesetzgeber geht also im Rundfunkstaatsvertrag von dessen generellem Vorrang gegenüber den Rundfunkgesetzen der Länder aus.

### **III. Verstoß gegen den Rundfunkstaatsvertrag**

Der BR beruft sich für sein Vorhaben auf die Bestimmung des Art. 2 Abs. 4 BayRG, wonach unter den dort genannten Voraussetzungen der „Austausch“ eines in digitaler Technik verbreiteten Hörfunkprogramms gegen ein in analoger Technik verbreiteten Hörfunkprogramms für zulässig erklärt wird.<sup>43</sup> Es erfolgt jedoch kein „Austausch“ von Programmen im Sinn dieser Bestimmung, wie dies der BR geltend macht; dem Vorhaben steht das Verbot des § 19 Satz 3 RfStV entgegen. Auch konnte die Bestimmung des Art. 2 Abs. 4 BayRG die entgegenstehenden staatsvertraglichen Normen des § 11c Abs. 2 Satz 6 und des § 19 Satz 3 RfStV nicht außer Kraft setzen.

#### **1. Frequenzwechsel als Verstoß gegen § 19 Satz 3 RfStV**

##### **a) Frequenzwechsel kein Fall des Programmaustauschs**

Isoliert für sich betrachtet, scheint Art. 2 Abs. 4 BayRG – vorausgesetzt, es entstünden keine Mehrkosten, was an dieser Stelle nicht beurteilt werden kann – dem BR zunächst zu gestatten, künftig das Programm Bayern Klassik nicht mehr, wie bisher, über UKW, sondern nur doch digital, terrestrisch also ausschließlich über DAB plus zu verbreiten, und statt dessen das Jugendlradio BR Puls über UKW auszustrahlen. Dies wäre dann der Fall, wenn das Vorhaben des Bayerischen Rundfunks einen Austausch nach dieser Bestimmung bedeuten würde. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden. Gegen die Annahme eines „Programmaustauschs“ spricht, dass beide Programme weiter verbreitet werden sollen, dass also kein programminhaltlicher „Austausch“ stattfindet. Vielmehr wird – so der Plan des BR – das Programm BR Klassik auf UKW abgeschaltet, während BR Puls künftig auch auf UKW verbreitet werden soll. Es handelt sich also der Sache nach um einen Frequenzwechsel. Es ist auch die erklärte Absicht des BR, den Jugendsender BR Puls auf eine Frequenz zu bringen, die „die bei weitem beste Erreichbarkeit“ gewährleistet,

---

<sup>43</sup> [www.br.de/presse/inhalt/pressemitteilungen/br-stellungnahme-vprt100.html](http://www.br.de/presse/inhalt/pressemitteilungen/br-stellungnahme-vprt100.html), aufgerufen am 15.04.2014.

es geht ihm also um den Frequenzwechsel.<sup>44</sup> Der Aufschaltung von BR Puls auf UKW jedoch steht das eindeutige und uneingeschränkte Verbot des § 19 Satz 3 RfStV entgegen. Es steht der Aufschaltung in jedem Fall entgegen, unabhängig von der Frage eines Programmtauschs.

### **b) Verbot des § 19 Satz 3 RfStV als speziellere Norm**

Das Verbot des § 19 Satz 3 RfStV wird auch für den Fall eines Programmtauschs nicht durch die Bestimmung des Art. 2 Abs. 4 BayRG eingeschränkt. Auch wenn man dem Landesgesetzgeber die Befugnis zugestehen wollte, sich durch abweichendes, späteres Landesrecht von staatsvertraglichen Bindungen zu lösen – eben dies beansprucht der BR<sup>45</sup> –, so bliebe hier doch das Verbot des § 19 Satz 3 RfStV als der spezielleren Norm maßgeblich. Denn in § 19 Satz 3 RfStV geht es nicht um Fragen des Programmtauschs, wie in § 11c Abs. 2 Satz 6 RfStV und in Art. 2 Abs. 4 BayRG. Auch geht es hier nicht generell um digital verbreitete Programme. Vielmehr bezieht sich die Bestimmung ausdrücklich auf den spezielleren Fall eines bisher ausschließlich digital verbreiteten, also bereits digital gestarteten Programms, während § 11c RfStV und Art. 2 Abs. 4 BayRG auf die vorgefundene Situation bei ihrem Inkrafttreten abstellen. Auch ist der Normzweck jeweils verschieden: Bei § 11c RfStV geht es um den Programmauftrag, ebenso wie im Zusammenhang des Art. 2 BayRG. Demgegenüber ist § 19 Satz 3 RfStV im sendetechnischen Zusammenhang zu sehen. Die Bestimmung will die Digitalisierung der Rundfunkübertragung fördern. Sie kann insoweit als *lex specialis* zu den Bestimmungen über den Rundfunkauftrag auch in Art. 2 BayRG gelten. Sie konnte daher, überträgt man die allgemeinen Kollisionsregeln auf das Verhältnis zwischen Staatsvertrag und nachfolgender Landesgesetzgebung,<sup>46</sup> als die speziellere Norm nicht derogiert werden. Das Verbot des § 19 Satz 3 BayRG ist eindeutig und gilt unbedingt. Es bindet den Bayerischen Rundfunk unmittelbar.

---

<sup>44</sup> So der Hörfunkdirektor des BR *Wagner* im Gespräch mit *Claudia Tieschky*, Süddeutsche Zeitung vom 22.04.2014, S. 2.

<sup>45</sup> [www.br.de/presse/inhalt/pressemitteilungen/br-stellungnahme-vprt100.html](http://www.br.de/presse/inhalt/pressemitteilungen/br-stellungnahme-vprt100.html), aufgerufen am 15.04.2014.

<sup>46</sup> Vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole*, Rundfunkstaatsvertrag, § 1 (2009) Rdn. 12.

## 2. Unzulässigkeit eines Programmtauschs nach § 11c Abs. 2 Satz 6 RfStV – Normkollision

### a) Zum Verbot des § 11c Abs. 2 Satz 6 RfStV

Sollte das Vorhaben des BR als ein Fall des Austauschs von Programmen gesehen werden, so ist hierin ein Widerspruch angelegt zur staatsvertraglichen Regelung des § 11c Abs. 2 Satz 6 RfStV. Die Bestimmung verbietet einen Austausch eines in digitaler Technik verbreiteten Hörfunkprogramms wie BR Puls gegen ein analog verbreitetes Programm wie BR Klassik. Dies gilt unabhängig davon, wie eine dieses Verbot scheinbar relativierende Formulierung in der amtlichen Begründung zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag<sup>47</sup> zu verstehen ist. Die amtliche Begründung, die anlässlich der Ratifizierung des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrags von der Staatsregierung dem Bayerischen Landtag vorgelegt wurde, lautet insoweit:

„Satz 5<sup>48</sup> trägt der Tatsache Rechnung, dass ein Teil der terrestrisch verbreiteten Programme von Anfang an für die Verbreitung in digitaler Technik vorgesehen war. Angesichts des von den Ländern gesteckten Ziels der Digitalisierung der Übertragungswege sollen Programme, die ausschließlich digital gestartet wurden, nicht nachträglich als analoges Angebot verbreitet werden. Dies wäre nur gegen Verzicht auf ein bestehendes Analogprogramm möglich.“

Die Bedeutung des Nachsatzes ist unklar.<sup>49</sup> Die konjunktivische Formulierung deutet darauf hin, dass die damit angesprochene Möglichkeit des Verzichts auf ein analoges Programm nicht im Staatsvertrag vorgesehen sein soll. Dem entspricht, dass die Möglichkeit, ein digital gestartetes Programm unter Verzicht auf ein anderes analoges Programm analog zu verbreiten, im Text des Staatsvertrags keinen Ausdruck findet.<sup>50</sup> Schon deshalb kann der erwähnte Nachsatz

<sup>47</sup> BayLT-Drucks. 16/260.

<sup>48</sup> In der aktuellen Fassung des § 11c RfStV: Satz 6.

<sup>49</sup> Vgl. dazu *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 11c RfStV Rdn. 55; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole*, Rundfunkstaatsvertrag, § 11c (2010) Rdn. 17; auf die Wiedergabe der amtlichen Begründung beschränken sich *Gersdorf/Paal*, Beck OK Informations- und Medienrecht, § 11c RfStV Rdn. 11.

<sup>50</sup> So zu Recht auch *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 11c RfStV Rdn. 55.

in der amtlichen Begründung bei der Interpretation des Gesetzes nicht maßgeblich sein,<sup>51</sup> unabhängig davon, dass es sich hierbei nicht um den Willen des historischen Gesetzgebers handelt, sondern um die mit dem Staatsvertrag dem Landtag vorgelegte regierungsseitige Begründung. Entscheidend tritt hinzu: Nicht nur verbietet § 11c Abs. 2 Satz 6 explizit einen „Austausch“, wie er mit einer Realisierung des Vorhabens des BR vorgenommen würde. § 19 Satz 3 RfStV bestätigt nochmals ausdrücklich, dass, wie immer die Bestimmungen über Hörfunkprogramme im übrigen gefasst sein mögen, jedenfalls eine analoge Verbreitung eines digital gestarteten Programms ausgeschlossen ist. Insofern ist § 19 Satz 3 RfStV die noch speziellere Norm.<sup>52</sup>

Angesichts dieses eindeutigen Wortlauts besteht kein Raum für eine abweichende Interpretation. Eine Verbreitung des bisher digital verbreiteten Programms BR Puls über UKW verstößt gegen Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags. Sie verstößt nicht nur gegen das spezielle und uneingeschränkte Verbot der analogen Verbreitung eines digital gestarteten Programms in § 19 Satz 3 RfStV, sondern auch, sollte es sich um einen Programm-tausch handeln,<sup>53</sup> gegen das Verbot eines Austauschs eines digitalen gegen ein analoges Programm in § 11c Abs. 2 Satz 6 RfStV.

## **b) Normkollision**

Dann allerdings ergäbe sich, geht man von einem Programmtausch aus, eine Normkollision im Verhältnis zu Art. 2 Abs. 4 BayRG. Normkollision bedeutet: die Anwendung der Normen auf den identischen Sachverhalt führt zu unterschiedlichen Rechtsfolgen.<sup>54</sup> Das Vorhaben des BR ist unzulässig nicht nur nach § 19 Satz 3 RfStV, sondern bei Annahme eines Programmtausches auch nach § 11c Abs. 2 Satz 6 RfStV. Demgegenüber erklärt Art. 2 Abs. 4 BayRG nach seinem Wortlaut einen Programmtausch für zulässig. Zwischen der rundfunkstaatsvertraglichen Regelung und der landesgesetzlichen Be-

<sup>51</sup> BVerfGE 1, 299 (312); 11, 126 (130).

<sup>52</sup> Vgl. hierzu vorstehend III.1.b).

<sup>53</sup> S. aber vorstehend III.1.a).

<sup>54</sup> Vgl. *Pietzcker*, Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat, HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 134 Rdn. 53 ff.

stimmung käme es mithin dann, wenn letztere isoliert für sich betrachtet wird, zu einem Fall von Normkollision, also zu unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Anwendung der Normen auf den vorliegenden Sachverhalt. Soweit nicht bereits aus der Systematik der landesgesetzlichen Regelung des BayRG, aus ihrer Zielsetzung oder ihrem systematischen Zusammenhang mit der staatsvertraglichen Regelung eine Angleichung des Normgehalts im Wege der Auslegung vorgenommen und damit ein Normwiderspruch vermieden werden kann, bedarf die dann bestehende Normenkollision einer Auflösung.

### **3. Staatsvertrag und Landesgesetz: Keine Derogation des Staatsvertrags durch nachfolgendes Landesgesetz**

Aus dem Vorstehenden folgt: Isoliert für sich betrachtet, würde Art. 2 Abs. 4 BayRG es dem BR gestatten, einen Programmtausch unterstellt, das Programm BR Klassik terrestrisch nur über DAB plus und BR Puls über UKW auszustrahlen. § 11c Abs. 2 Satz 6 RfStV stünde dem jedoch entgegen, ebenso nach seinem eindeutigen Wortlaut die noch speziellere Bestimmung des § 19 Satz 3 RfStV, die unabhängig von der Annahme eines Programmtausches gilt. Würde man dieser Auslegung des Art. 2 Abs. 4 BayRG in isolierter Wortlautinterpretation beitreten, käme es zu einer Normkollision. Auch dann aber könnte das Landesgesetz ungeachtet seines späteren Inkrafttretens die staatsvertragliche Bestimmung nicht derogieren.

#### **a) Gleichrangigkeit und lex posterior-Regel**

Anders, als im Verhältnis von Bundesrecht und Landesrecht, existiert für das Verhältnis von Staatsverträgen zum Landesrecht keine eindeutige Kollisionsregel wie die des Art. 31 GG. Ebenso wenig existiert eine gesicherte Staatspraxis in der Handhabung derartiger Normenkollisionen – was darauf zurückzuführen sein dürfte, dass sie in der Realität des kooperativen Föderalismus und damit eben in der Staatspraxis vermieden werden. Im Schrifttum wird daraus, dass es sich bei dem in Landesrecht transformierten Rundfunkstaatsvertrag und beim BayRG um formal gleichrangiges Landesrecht handelt,<sup>55</sup> über-

<sup>55</sup> Vgl. BVerfGE 12, 205 (220); *Vesting*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 1 RfStV Rdn. 37; *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, 1996, S. 234 f., 333 f.; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole*, Rundfunkstaatsvertrag, § 1

wiegend im Fall einer Normenkollision die Geltung der allgemeinen Kollisionsregeln, insbesondere der *lex-posterior-Regel* abgeleitet,<sup>56</sup> oder auch der Kollisionsregel der *lex specialis*.<sup>57</sup>

Die Rechtsprechung allerdings hatte noch keinen Anlass, die für diese Fallgestaltung maßgeblichen Kollisionsregeln zu bestimmen. *Lex posterior* wäre m nach dem Datum des Inkrafttretens im Verhältnis der Bestimmungen des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrags und des neu gefassten Art. 2 BayRG letztere Norm: Der 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 18. Dezember 2008 trat zum 01. Juni 2009 in Kraft. Die Neufassung des Art. 2 BayRG wurde am 1. Dezember 2009 beschlossen<sup>58</sup> und trat um 1. Dezember 2010 in Kraft. Geltung der *lex-posterior-Regel* auf Grund der Gleichrangigkeit der Normen würde bedeuten, dass durch Staatsvertrag gesetztes Recht durch ein nachfolgendes Landesgesetz derogiert werden kann – was jedoch das Land vertragsbrüchig werden ließe.<sup>59</sup>

#### **b) „Pacta sunt servanda“ als ungeschriebenes Verfassungsrecht des Bundes**

Ob jedoch die Kollisionsregel des „*lex posterior derogat legi anteriori*“ in dieser Weise unverkürzt zur Geltung gebracht werden darf, dies erscheint sowohl in grundsätzlicher Hinsicht als auch angesichts der konkreten Fallgestaltung in hohem Maße fraglich.

Die undifferenzierte Anwendung dieser Kollisionsregel würde dazu führen, dass auf Grund der Derogationswirkung des später erlassenen Landesrechts

---

(2010) Rdn. 12; *Beucher/Leyendecker/v.Rosenberg*, Mediengesetze, 1999, § 1 RfStV Rdn. 19.

<sup>56</sup> So übereinstimmend *Vesting*, in: Hahn/*Vesting*, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 1 RfStV Rdn. 37; *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, 1996, S. 325; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole*, Rundfunkstaatsvertrag, § 1 (2010) Rdn. 9, 12.

<sup>57</sup> *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole*, Rundfunkstaatsvertrag, § 1 (2010) Rdn. 12.

<sup>58</sup> BayGVBl 2009, S. 609.

<sup>59</sup> BVerwGE 50, 137 (144); *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, 1996, S. 235.

das Land gegen seine Verpflichtungen aus dem Staatsvertrag verstößt. Derartige Derogationsfälle „kommen in der Staatspraxis nicht vor.“<sup>60</sup> Die lex posterior-Regel ist in der Staatspraxis nicht zur Anwendung gebracht worden. Tatsächlich geht die Staatspraxis davon aus, dass die Bindung an Staatsverträge nur durch deren Kündigung aufgehoben werden kann.<sup>61</sup> Auf die Möglichkeit der Kündigung eines Staatsvertrags hat auch das Bundesverwaltungsgericht in seiner Bonus-Malus-Entscheidung vom 5. Februar 1976<sup>62</sup> das Land verwiesen. Die der Entscheidung zugrundeliegende Fallkonstellation ist der einer Normkollision zwischen Staatsvertrag und Landesgesetz in wesentlichen Punkten vergleichbar. Wenn der bayerische Verfassungsgerichtshof einen Widerspruch zwischen der staatsvertraglichen, in Landesrecht transformierten Regelung des numerus clausus und der Bayerischen Verfassung konstatiert hatte,<sup>63</sup> so musste dies nach der allgemeinen Kollisionsregel „lex superior derogat legi inferiori“ zur Maßgeblichkeit der höherrangigen Norm des Landesverfassungsrechts im Verhältnis zur niederrangigen Norm des in Landesrecht transformierten Staatsvertrags führen. Das Bundesverwaltungsgericht leitet demgegenüber die Lösung dieser Normenkollision „aus der für alle Vertragspartner verbindlichen Rechtsordnung“ ab.<sup>64</sup> Dies ist, so das Bundesverwaltungsgericht, in der Regel Bundesrecht und hier konkret das der Ebene des Bundesverfassungsrechts zugeordnete Staatsvertragsrecht:

„Eine nicht im Vertrag vorgesehene Aufhebung des Zustimmungsbeschlusses durch den Landtag selbst verstößt gegen den allgemeinen Rechtssatz "pacta sunt servanda", der als Regel des Staatsvertragsrechts ebenso ungeschriebener Bestandteil des Bundesverfassungsrechts ist wie die vom Bundesverfassungsgericht (vgl. BVerfGE 34, 216 (231)) entsprechend qualifizierte Ausnahme von dieser Regel, die clausula rebus sic stantibus.“<sup>65</sup>

---

<sup>60</sup> So *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 141 Rdn. 62.

<sup>61</sup> Vgl. *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, 1996, S. 337 zum Streit um die Kündigung des NDR-Staatsvertrags, BVerwGE 60, 162.

<sup>62</sup> BVerwGE 50, 124.

<sup>63</sup> BayVerfGH, E.v. 1. 9. 1975, VerfGHE 28, 141 (165 ff.).

<sup>64</sup> BVerwGE 50, 124 Rdn. 38 bei juris.

<sup>65</sup> BVerwG a.a.O.; zur Geltung der clausula rebus sic stantibus im Staatsvertragsrecht s. BVerfGE 34, 216 (231); 45, 345 (362).

Dem entspricht, dass etwa das Bundesverfassungsgericht für die Befugnis eines Landes, sich durch den Erlass von Landesrecht von staatsvertraglichen Bestimmungen zu lösen, allein auf die *clausula rebus sic stantibus* und nicht etwa auf den schlichten *lex-posterior*-Grundsatz abstellt<sup>66</sup> und damit den Grundsatz des *pacta sunt servanda* bestätigt.

Gegen eben diesen Grundsatz des *pacta sunt servanda* aber verstößt der Landesgesetzgeber gleichermaßen auch dann, wenn er, ohne den Zustimmungsbeschluss zum Staatsvertrag selbst aufzuheben, sich von einzelnen Bestimmungen des Staatsvertrags dadurch löst, dass er widersprechendes Recht erlässt. Die Geltung der *lex-posterior*-Regel im Verhältnis des BayRG zum Rundfunkstaatsvertrag kann also keineswegs als gesichert vorausgesetzt werden. Tatsächlich sprechen überwiegende Gründe für eine Staatspraxis, die den Landesgesetzgeber an die staatsvertragliche Regelung gebunden sieht. Insbesondere für das Bundesstaatsverhältnis des Grundgesetzes, also die föderalen Rechtsbeziehungen zwischen Bund und Ländern ebenso wie zwischen den Ländern<sup>67</sup> ist maßgeblich auch auf die Staatspraxis als Auslegungskriterium abzustellen.<sup>68</sup> Sie entspricht zudem dem für alle Beteiligten eines Staatsvertrags bindenden, die staatsrechtlichen und damit auch staatsvertraglichen Beziehungen der Länder bestimmenden, im Bundesverfassungsrecht verankerten Grundsatz des *pacta sunt servanda*.

### c) Staatsvertragskonforme Auslegung als Verfassungsgebot

Die Maßgeblichkeit der jüngeren Norm kann also dann nicht uneingeschränkt gelten, wenn die nachfolgende landesgesetzliche Regelung dazu führt, dass

<sup>66</sup> BVerfGE 34, 216 (231); 45, 345 (362).

<sup>67</sup> Die staatsrechtlichen Beziehungen zwischen den Ländern sind bundesverfassungsrechtlicher Natur, vgl. BVerfGE 34, 216 (231).; 45, 345 (362).

<sup>68</sup> Zur Maßgeblichkeit der Staatspraxis für die Verfassungsinterpretation s. *Isensee*, Verfassungsrecht als „politisches Recht“, HStR VII 2. Aufl. 1992, § 162 Rdn. 62; *Sachs*, in: *Sachs*, GG, 6. Aufl. 2011, Einf. Rdn. 48 f.; *Degenhart*, Spielhallen und Geldspielgeräte in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, 2014, S. 62; BVerfGE 61, 149 (175); 68, 319 (328); 106, 62 (105); 123, 148 (182); BVerfG NJW 2013, 3151 Rdn. 55 bei juris unter Verweis auf BVerfGE 109, 190 (213).

der Landesgesetzgeber gegen die Verpflichtungen aus dem in seiner Verbindlichkeit hierdurch nicht berührten Staatsvertrag<sup>69</sup> verstößt.<sup>70</sup> Inwieweit der mit bundesverfassungsrechtlichem Rang ausgestattete Grundsatz der Vertragstreue die Anwendung der staatsvertraglichen Bestimmung auch gegenüber etwa widersprechendem, späterem Landesrecht erzwingt, braucht an dieser Stelle nicht abschließend entschieden zu werden, wenn ein Normwiderspruch im Wege der Auslegung der gesetzlichen Regelung im später erlassenen Landesrecht vermieden werden kann, oder aber der systematische Zusammenhang zwischen der staatsvertraglichen Regelung und der des BayRG von vornherein einen solchen Normwiderspruch ausschließt. Denn es war ja zunächst nur die isolierte Wortlautinterpretation des Art. 2 Abs. 4 BayRG, die die Annahme einer Normkollision nahelegte.

Einer die Normebenen in Konkordanz bringenden Auslegung ist nicht zuletzt auch deshalb angezeigt, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass der bayerische Landesgesetzgeber sich bewusst in Widerspruch zur staatsvertraglichen Regelung, die er ja auch ausdrücklich anerkennt, setzen wollte. So war es denn auch explizite Zielsetzung der Neufassung des BayRG mittels Gesetz vom 8. Dezember 2009 die gebotene Anpassung an den 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, dem der Landtag in engem zeitlichen Zusammenhang zugestimmt hatte, vorzunehmen.<sup>71</sup> Dem demokratisch legitimierten, rechtsstaatlich gebundenen und föderal verpflichteten Gesetzgeber des Bayerischen Rundfunkgesetzes darf nicht von vornherein unterstellt werden, er habe bewusst von Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags abweichen und damit vertragsbrüchig werden wollen – so aber offenbar der BR, wenn er pauschal auf *lex-posterior* verweist.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Vesting, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 1 RfStV Rdn. 39.

<sup>70</sup> Vgl. Vedder, Intraföderale Staatsverträge, 1996, S. 328 ff. zur Frage eines generellen Vorrangs der staatsvertraglichen Regelung.

<sup>71</sup> Vgl. BayLT-Drucks. 16/2097, S. 5.

<sup>72</sup> <http://www.br.de/presse/inhalt/pressemitteilungen/br-stellungnahme-vprt100.html>.

#### **4. Staatsvertragskonforme Auslegung des BayRG**

Aus dem Vorstehenden folgt: Auszugehen ist von einem vorrangigen, verfassungsrechtlich verankerten Gebot staatsvertragskonformer Auslegung des BayRG.

Für eine staatsvertragskonforme Interpretation der Regelung im BayRG ist hinreichend Spielraum eröffnet. Allein auf den isolierten Wortlaut des Art. 2 Abs. 4 BayRG ist schon deshalb nicht abzustellen, weil die landesgesetzliche Regelung in sich selbst widersprüchlich ist.

##### **a) Systematik des BayRG und normimmanente Widersprüche**

Während einerseits Art. 2 Abs. 4 BayRG das Vorhaben des BR, sollte es denn, wie von Seiten des BR geltend gemacht, als Programmtausch im Sinn dieser Bestimmung einzuordnen sein, zu legitimieren scheint, steht dem andererseits der Verweis auf die staatsvertraglichen Bestimmungen, auch die des § 11c RfStV entgegen. Der Gesetzgeber des BayRG hat also in mehrfacher Weise die Maßgeblichkeit der staatsvertraglichen Regelung anerkannt. Er hat dem Rundfunkstaatsvertrag in seiner ursprünglichen und seiner geänderten Fassung zugestimmt. Dies erfasst den dort explizit niedergelegten Vorrang der staatsvertraglichen Regelung, sowohl in der grundsätzlichen Bestimmung des Rangverhältnisses in § 1 Abs. 2 RfStV, also auch in der differenzierten Regelung der Hörfunkangebote in § 11c RfStV, wie sie erstmals mit dem 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag aufgenommen wurde. Er hat diesen Vorrang auch im Gesetzgebungsverfahren nicht in Frage gestellt und ihn durch die ausdrückliche Erwähnung der §§ 11 bis 11 f RfStV im neugefassten Art. 2 Abs. 1 BayRG erneut bestätigt und gleichermaßen auch die geänderte Bestimmung des § 19 Satz 3 RfStV in seinen Willen aufgenommen.

Dieser Normwiderspruch innerhalb des BayRG bedarf der Auflösung. Er kann nicht in Anwendung der Kollisionsregel der *lex posterior* aufgelöst werden. Denn die widersprüchlichen Regelungen wurden in einem Gesetz verabschiedet. Ebenso wenig kann die Kollisionsregel der *lex specialis* zur Anwendung gebracht werden. Die widersprüchlichen Bestimmungen des Art. 2 Abs. 4 BayRG einerseits, des Art. 1 Abs. 1 BayRG i.V.m. § 11c RfStV andererseits

bewegen sich auf gleichem Abstraktionsniveau, will man nicht die differenzierte staatsvertragliche Regelung als die speziellere Norm erachten

## **b) Die Novelle zum BayRG als Anpassung an den 12. RfÄndStV**

### *aa) Entstehungsgeschichte*

Nicht nur steht also die Regelung des Art. 2 Abs. 4 BayRG im Widerspruch zur staatsvertraglichen Regelung. Die Regelung des BayRG ist auch in sich widersprüchlich. Ein derartiger Widerspruch war in der ursprünglichen Entwurfsfassung der Regierungsvorlage<sup>73</sup> allerdings noch nicht angelegt; Art. 2 Abs. 4 Satz BayRG in der Fassung des Regierungsentwurfs lautete: „Der Austausch eines in digitaler Technik verbreiteten Programms gegen ein in analoger Technik verbreitetes Programm ist nicht zulässig.“ Seine endgültige Fassung erhielt Art. 2 Abs. 4 BayRG auf Grund eines Änderungsantrags der Mitglieder des zuständigen Ausschusses.<sup>74</sup> Die diesbezügliche Landtagsdrucksache enthält keine Begründung. Die Äußerungen hierzu im Zuge der parlamentarischen Behandlung in der Plenarsitzung am 01.12.2009 sind nicht eindeutig. Einerseits wird die Rolle des Bayerischen Rundfunks als Schrittmacher in der Digitalisierung betont,<sup>75</sup> der seine analogen Programme auch zurückführen könne,<sup>76</sup> dem auch die Möglichkeit gegeben werden musste, „zwischen analog und digital austauschen zu können“,<sup>77</sup> unter gleichzeitiger Betonung jedoch der gesellschaftlichen und kulturellen Verantwortung des Senders, die missachtet würde,

„wenn kulturelle Angebote auf die von vielen Hörern nicht mehr frequentierten Sendezeiten verbannt oder nur noch digital übertragen werden würden, obwohl ein flächendeckender Empfang noch in weiter Ferne liegt.“

Offenbar nicht gesehen wurde der Widerspruch in der Formulierung zu den Bestimmungen des Staatsvertrags und damit auch der normimmanente Wi-

<sup>73</sup> BayLT-Drucks. 16/2097.

<sup>74</sup> BayLT-Drucks. 17/2341 vom 20.10.2009.

<sup>75</sup> So der Abgeordnete *Sinner*, Plenarprotokoll 16/35 vom 01.12.2009, S. 2750.

<sup>76</sup> Ebda. S. 2751.

<sup>77</sup> So die Abgeordnete *Jung*, Plenarprotokoll 16/35 vom 01.12.2009, S. 2752.

derspruch innerhalb des Art. 2 BayRG zwischen Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 in der dann Gesetz gewordenen Fassung des Änderungsantrags.

*bb) Normzweck: BayRG als Anpassung an den 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag*

Dass es in der Intention des Gesetzgebers des BayRG gelegen haben könnte, sich von den staatsvertraglichen Bindungen zu lösen, erscheint jedoch fernliegend. Zum einen war es Zielsetzung des Gesetzes zur Änderung des Bayerischen Rundfunkgesetzes und des Bayerischen Mediengesetzes, die landesgesetzliche Regelung an die Bestimmungen des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrags anzupassen.<sup>78</sup>

„Das BayRG und das BayMG werden an den Zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrag angepasst.“

Diese Anpassung stand zu keinem Zeitpunkt in Frage. Und ebensowenig wurde der Vorrang der staatsvertraglichen Regelung entsprechend der grundsätzlichen Aussage des § 1 Abs. 2 RfStV in Frage gestellt, wonach landesrechtliche Bestimmungen nur anzuwenden sind, soweit der Vertrag keine anderweitige Regelung enthält oder zulässt. Landesgesetzliche Bestimmungen wie die des BayRG sind deshalb so auszulegen, dass Widersprüche zur staatsvertraglichen Regelung vermieden werden.

**c) Auflösung der Normkollision in staatsvertragskonformer Auslegung**

*aa) Normzweck und staatsvertragskonforme Auslegung*

Schon deshalb ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber des BayRG sich nicht in Widerspruch zur staatsvertraglichen Regelung setzen wollte. Auch wenn die Bestimmung des Art. 2 Abs. 4 BayRG eine Auslegung dahin gehend zulassen sollte, dass eine Verbreitung digital gestarteter Programme auf einer UKW-Frequenz entgegen dem eindeutigen Wortlaut der staatsvertraglichen Regelung und damit auch gegen die Bestimmung des Art. 2 Abs. 1 BayRG selbst zulässig wäre, würde dies zu einem Normwiderspruch führen. Dieser wäre innerhalb des Gesetzes in der Weise aufzulösen, dass im Wege einer

---

<sup>78</sup> Vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf unter A., BayLT-Drucks. 16/2097 S. 5.

teleologischen Normreduktion der Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 4 BayRG an die eindeutigen Aussagen der §§ 11c Abs. 2 Satz 6, 19 Satz i.V.m. § 1 Abs. 2 RfStV angeglichen wird. Dies entspricht einerseits der Zielsetzung der Novelle zum BayRG, dieses dem geänderten Rundfunkstaatsvertrag anzupassen, andererseits aber auch der Intention einer Förderung der Digitalisierung.<sup>79</sup>

Dies entspricht auch einer verfassungskonformen Zuordnung der Normebenen, die ungeachtet der formalen Gleichrangigkeit hier nicht allein auf der Grundlage der lex-posterior-Regel vorgenommen werden kann. Die Parteien des Staatsvertrags haben sich wechselseitig verpflichtet, kein dem Staatsvertrag widersprechendes Landesrecht zu erlassen – eine Verpflichtung, die im Fall des Rundfunkstaatsvertrags sich nicht erst aus dessen Auslegung ergibt, sondern im Wortlaut des Vertrags ausdrücklich festgehalten wird. Auch deshalb ist davon ausgehen, auch angesichts einer Staatspraxis, die Staatsverträge zwischen den Ländern bis zu ihrer Kündigung als verbindlich auch für den Landesgesetzgeber erachtet,<sup>80</sup> dass der bayerische Landesgesetzgeber nicht gegen staatsvertragliche Bindungen verstoßen wollte.

#### *bb) Zur Auflösung der normimmanenten Widersprüche des BayRG*

Für das Verhältnis des Art. 2 Abs. 4 BayRG zu den Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags in der Fassung des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrags kann daher unabhängig von der Frage einer Derogierbarkeit der staatsvertraglichen Regelung durch nachfolgendes Landesgesetz festgehalten werden: Die landesgesetzlichen Aussagen in Art. 2 Abs. 1 und 4 BayRG sind in sich widersprüchlich. Maßgeblich ist die Regelung in Absatz 1, mit der die staatsvertragliche Festlegung in den Willen des Gesetzgebers aufgenommen wird. Dies entspricht der Zielsetzung der Neufassung des Art. 2 BayRG, das Landesrecht an den Staatsvertrag anzupassen und wie in diesem die Digitalisierung des Hörfunks zu fördern und aus diesem Grund digital gestartete Programme nicht analog zu senden. Selbst wenn aber eine entsprechende Auslegung nicht vorgenommen würde, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Die widersprüchli-

---

<sup>79</sup> Plenarprotokoll 16/35 vom 01.12.2009, S. 2750 ff.

<sup>80</sup> Vgl. Vedder, Intraföderale Staatsverträge, 1996, S. 337.

chen Regelungen innerhalb des BayRG, die, wie dargelegt, weder im Verhältnis lex posterior zu lex anterior noch im Verhältnis der lex specialis zur lex generalis stehen, würden sich dann gegenseitig aufheben, so dass es auch dann bei der staatsvertraglichen Regelung bliebe.

### **Ergebnis zu III.**

Der BR kann sich für sein Vorhaben, BR Klassik auf UKW abzuschalten und BR Puls aufzuschalten, nicht auf die Bestimmung des Art. 2 Abs. 4 BayRG berufen. Er kann sich schon deshalb nicht darauf berufen, weil es tatsächlich nicht um einen Austausch von Programmen geht, sondern um einen Frequenzwechsel, der aber bereits durch § 19 Satz 3 RfStV ausgeschlossen wird. Unabhängig davon erfordern Normzweck und Systematik des Art. 2 BayRG dessen staatsvertragskonforme Anwendung. Dies folgt auch aus Verfassungsrecht. Die Verpflichtung zur Einhaltung der staatsvertraglichen Verpflichtungen ist verfassungsrechtlicher Natur.<sup>81</sup> Für das Verhältnis von BR Puls und BR Klassik bedeutet dies: BR Puls ist als digitales Programm „gestartet“ und wurde stets digital verbreitet, unabhängig davon, dass einzelne Sendungen über Bayern 3 auf UKW verbreitet wurden. Hierdurch wurde nicht das Programm BR Puls anstelle von Bayern 3 analog verbreitet – was wiederum ebenso wenig zulässig gewesen wäre wie eine analoge Verbreitung auf dem Sendeplatz von BR Klassik. Würde der BR also Bestrebungen Raum geben, das Jugendradio BR Puls auf dem bisherigen UKW-Sendeplatz von BR Klassik zu senden, so verstieße dies gegen die unverändert verbindlichen Vorgaben des § 11c Abs. 2 Satz 6 RfStV, die auf Grund der bundesverfassungsrechtlichen Kollisionsregel des pacta sunt servanda einzuhalten sind. Unabhängig davon verbietet die eindeutige Regelung des § 19 Satz 3 RfStV die Verbreitung des digital gestarteten Programms BR Puls über UKW.

Das Vorhaben des BR verstößt aber auch unmittelbar gegen dessen verfassungsrechtliche Bindungen, wie im folgenden im Hinblick auf dessen Grundversorgungs- oder Funktionsauftrag auszuführen ist.

---

<sup>81</sup> Vorstehend 3.a) bb).

## IV. BR Klassik und Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks: die verfassungsrechtliche Perspektive

### 1. Grundversorgung und Funktionsauftrag: die Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

#### a) Grundversorgung und Rundfunkauftrag

Würde BR Klassik ausschließlich digital und insbesondere terrestrisch nicht mehr über UKW verbreitet, so wäre dieses Programm für den weitaus größten Teil der Hörer des BR in seinem Versorgungsgebiet terrestrisch nicht mehr empfangbar.<sup>82</sup> Dies wirft die Frage auf, ob der BR als öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt dann noch seiner zentralen verfassungsrechtlichen Funktion, seinem verfassungsrechtlichen Funktionsauftrag, dem „klassischen Rundfunkauftrag“<sup>83</sup> gerecht würde. Denn das Vorhaben würde diesen klassischen Rundfunkauftrag sowohl unter dem programminhaltlichen Aspekt<sup>84</sup> eines umfassenden, seine kulturelle Verantwortung<sup>85</sup> einschließenden Programmauftrags,<sup>86</sup> als auch unter dem technischen Aspekt der Sicherstellung des Empfangs für die Gesamtheit der Bevölkerung<sup>87</sup> tiefgreifend berühren. Der verfassungsrechtlich aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG hergeleitete Rundfunkauftrag wurde zunächst mit dem Begriff der „Grundversorgung“ umschrieben,<sup>88</sup> wie sie im 4. Rundfunkurteil – dem „Niedersachsen-Urteil“ den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zugeordnet wurde.<sup>89</sup>

---

<sup>82</sup> Dazu s. o. I.3.

<sup>83</sup> Dazu BVerfGE 74, 297 (325 f.); 83, 239 (297 ff.); 87, 181 (199).

<sup>84</sup> Vgl. BVerfGE 74, 297 (326 f.); 90, 60 (90).

<sup>85</sup> Vgl. BVerfGE 73, 118 (158).

<sup>86</sup> BVerfGE 73, 118 (158 f.); 74, 297 (326 f.); 83, 238 (297 ff.).

<sup>87</sup> BVerfGE 73, 118 (123); 74, 297 (326) – dort jeweils auf die herkömmliche terrestrische Technik abstellend; 87, 181 (199).

<sup>88</sup> BVerfGE 73, 118 (158 ff.).

<sup>89</sup> Vgl. zum Begriff der Grundversorgung *Hermann/Lausen*, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2004, § 7 Rdn. 88.

Dass diese Grundversorgung keine Mindestversorgung bedeutet, dass sie nicht auf ein Ausfüllen von Lücken und Nischen beschränkt ist, die von privaten Anbietern nicht abgedeckt werden, sondern die volle Breite des klassischen Rundfunkauftrags umfasst, wurde dabei in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stets klargestellt.<sup>90</sup> Wenn in neueren Entscheidungen und auch im Schrifttum der Begriff des klassischen Auftrags<sup>91</sup> oder „Funktionsauftrags“ an die Stelle des Grundversorgungsauftrags getreten ist,<sup>92</sup> so werden damit – Grundversorgung ist eine Daueraufgabe<sup>93</sup> – dessen tragende Elemente nicht aufgegeben.

## b) Elemente der Grundversorgung

Die Elemente der Grundversorgung sind: (1) Zunächst eine Übertragungstechnik, die den tatsächlichen Empfang der Sendungen durch die Gesamtheit der Bevölkerung sicherstellt;<sup>94</sup> (2) des weiteren die Veranstaltung eines Rundfunkprogramms, das den Programmauftrag des Rundfunks in seiner vollen Breite erfüllt; (3) schließlich die Sicherung gleichgewichtiger Vielfalt insbesondere auch durch die Organisation des Rundfunks im Rahmen der geforderten positiven Ordnung.<sup>95</sup> Diese Aufgaben sind als „Grundversorgung“ verpflichtend für die Rundfunkanstalt.<sup>96</sup> Denn die „im öffentlichen Interesse liegende gleichmäßige, alle interessierten Bürger auch technisch erreichende, kontinuierliche Rundfunk-Grundversorgung ist und bleibt Aufgabe und Existenzberechtigung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten“.<sup>97</sup> Wenn von „Funktionsauftrag“

<sup>90</sup> Vgl. zuletzt BVerfG, U.v. 25.03.2014 Rdn. 37 unter Verweis auf BVerfGE 73, 118 (158); 119, 181 (218).

<sup>91</sup> BVerfGE 74, 297 (331 ff., 354); 83, 238 (302 f.); 87, 181 (199).

<sup>92</sup> Vgl. *Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks, 1999, S. 15; der Begriff der Grundversorgung findet sich etwa noch bei BVerfGE 90, 60 (90); demgegenüber spricht BVerfGE 119, 181 vom Funktionsauftrag.

<sup>93</sup> BVerfGE 83, 238 (299, 302 f.); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, 3. Aufl. 2014 (zitiert nach dem Korrektorexemplar) Rdn. 264.

<sup>94</sup> BVerfGE 74, 295 (327).

<sup>95</sup> BVerfGE 57, 295 (324 f., 326).

<sup>96</sup> So auch *Kübler*, Medien, Menschenrechte und Demokratie. Das Recht der Massenmedien, 2008, S. 228.

<sup>97</sup> Vgl. *Hermann/Lausen*, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2004, § 7 Rdn. 88.

gesprochen wird, so geht es hierbei vor allem um die Erweiterung, die „dynamische“<sup>98</sup> Bestimmung der Befugnisse der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Rahmen ihrer gesetzlichen Anstaltsaufgaben,<sup>99</sup> wenn etwa die Reichweite einer Online-Ermächtigung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Frage steht.<sup>100</sup> Demgegenüber geht es im Fall von BR Klassik um die Frage, ob der BR als öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt sich aus einem bisher wahrgenommenen Programmbereich zurückziehen und einen bestimmten Verbreitungsweg aufgeben darf – einen Verbreitungsweg insbesondere, den er offensichtlich bis auf weiteres als unverzichtbar ansieht, um seine Programme zu verbreiten, vor allem auch sein Jugendprogramm BR Puls.<sup>101</sup>

### c) Rundfunkauftrag als Pflicht und Rahmen

Es hieße die Funktionsgarantie für öffentlich-rechtlichen Rundfunk, wie sie zuletzt im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum ZDF-Staatsvertrag betätigt wurde,<sup>102</sup> missverstehen, wollte man hieraus die Befugnis der Rundfunkanstalten ableiten, etwa unter Quotengesichtspunkten, beliebig einzelne Programmbereiche aufzugeben. Die „verfassungsrechtlich vorgegebene und gesetzlich näher umschriebene Funktion“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks,<sup>103</sup> der verfassungsrechtlich vorgezeichnete und gesetzlich konkretisierte Rundfunk-

<sup>98</sup> Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, 3. Aufl. 2014 (zitiert nach dem Korrektorexemplar) Rdn. 264.

<sup>99</sup> Vgl. z.B. *Hain*, Der Funktionsauftrag von ARD und ZDF und seine Begrenzung, in: LA Eberle, 2012, S. 23 ff.

<sup>100</sup> S. dazu *Papier*, Rechtsgutachten zur Abgrenzung der Rundfunk- und Pressefreiheit zur Auslegung des Begriffs der „Presseähnlichkeit“ und Anwendung des Verbots nicht sendungsbezogener presseähnlicher Angebote gemäß § 11 d Abs. 2 Nr. 3 Hs. 3 RfStV, 2010, S. 14 f.; *Degenhart*, Der Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der „digitalen Welt“, 2001; *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung von Online-Angeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2009; *Degenhart* CR 2011, 231; *Degenhart*, Konvergenz der Medien und neue Informationsangebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter: Hilft der Public-Value-Test ?, in: FWMR (Hrsg.), Konvergenz der Medien – Konvergenz des Rechts ?, 2009, S. 81 ff.

<sup>101</sup> So der Hörfunkdirektor des BR *Wagner*, Süddeutsche Zeitung vom 22.04.2014, S. 2.

<sup>102</sup> BVerfG, U.v. 25.03.2014 Rdn. 37.

<sup>103</sup> BVerfGE 90, 60 (87); 119, 181 (221).

auftrag<sup>104</sup> ist Pflicht und Rahmen für die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt.<sup>105</sup> Demgemäß betont das Bundesverfassungsgericht im 6. Rundfunkurteil vom 05.02.1991 zur Rundfunkordnung für Nordrhein-Westfalen<sup>106</sup> einerseits, „daß der WDR von den hier eröffneten Betätigungsmöglichkeiten nur im Rahmen der ihm gesetzlich übertragenen Aufgaben Gebrauch machen darf“,<sup>107</sup> hebt andererseits aber auch ausdrücklich hervor: „Ein Rückzug des WDR aus bestimmten Programmsektoren oder eine Vernachlässigung oder Bevorzugung einzelner Sektoren, etwa im Blick auf die Einnahmesteigerung oder die Konkurrenz privater Veranstalter, wäre damit unvereinbar.“<sup>108</sup> Nicht zuletzt darum geht es beim Vorhaben des BR, sich jedenfalls für den UKW-Bereich und damit den Kernbereich der Rundfunkverbreitung aus dem Programmsektor Klassik zurückzuziehen, um insoweit noch breiteren Raum für eine „jüngere“ Zielgruppe zu schaffen, dies auch im Blick auf die privaten Wettbewerber.

## 2. BR Klassik und Rundfunkauftrag

Die Planung des BR, BR Klassik nicht mehr auf UKW zu senden, berührt zwei der drei wesentlichen Elemente des Grundversorgungs- oder Funktionsauftrags: das sendetechnische Element des gesicherten Empfangs für die Gesamtheit der Hörer und das Element programminhaltlicher Vielfalt.

### a) Grundversorgung und Erreichbarkeit – das sendetechnische Element

#### aa) Sicherstellung des Empfangs als Element der Grundversorgung

Aus dem Grundversorgungs- oder Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks folgt zwingend, dass für dessen Programme, durch die er seinen klassischen Auftrag erfüllt, der Empfang für die Gesamtheit der Hörer sicher-

<sup>104</sup> BVerfGE 90, 60 (94).

<sup>105</sup> *Herrmann/Lausen*, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2004, § 10 Rdn. 1 ff.; *Degenhart*, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, 1998, S. 23 ff. und *ders.*, Der Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der „digitalen Welt“, 2001, S. 34 ff.

<sup>106</sup> BVerfGE 83, 238.

<sup>107</sup> BVerfGE 38, 238 (303).

<sup>108</sup> BVerfGE 38, 238 (301, 305).

gestellt sein muss.<sup>109</sup> Eine Übertragungstechnik, die dies nicht gewährleistet, verfehlt damit den verfassungsrechtlichen Grundversorgungsauftrag. Dies wäre dann der Fall, wenn ein Hörfunkprogramm wie BR Klassik terrestrisch nur noch digital empfangbar ist und die restlichen Programme weiterhin über UKW empfangbar bleiben. In dieser Konstellation ist das Programm nur von einer Minderheit zu hören. Außer Betracht bleiben müssen hierbei die Hörer außerhalb Bayerns, da sich der Grundversorgungsauftrag des Bayerischen Rundfunks zunächst auf sein Sendegebiet bezieht.

*bb) Kein Verweis auf DAB plus*

Dass möglicherweise in absehbarer Zeit – genannt wird das Jahr 2016 – für BR Klassik über DAB plus eine bessere Netzabdeckung erreicht werden kann,<sup>110</sup> bedeutet nicht, entgegen der Auffassung des BR, dass damit dem Grundversorgungsauftrag in technischer Hinsicht genügt wäre. Die Hörer unter dem Gesichtspunkt der Erreichbarkeit auf DAB plus zu verweisen, erscheint schon deshalb widersprüchlich, weil der BR selbst wegen der besseren Erreichbarkeit das Programm BR Puls auf UKW aufschalten will, für den BR also unverändert UKW die Leitfunktion hat, UKW-Frequenzen für ihn nach wie vor „das Maß der Dinge“<sup>111</sup> sind. Auch geht es um den gegenwärtigen Empfang,<sup>112</sup> nicht um die Möglichkeit des Empfangs zu seinem späteren Zeitpunkt – zumal bislang noch alle Prognosen über DAB korrigiert werden mussten.

Vor allem aber geht es nicht um die abstrakte Erreichbarkeit eines Programms, es geht nicht um die Möglichkeit des Empfangs mittels einer Technik, die verfügbar sein mag, mit der die Hörer in ihrer überwältigenden Mehrheit aber nicht ausgestattet sind. Gefordert ist „eine Übertragungstechnik, bei der der Empfang der Sendungen für alle sichergestellt ist“.<sup>113</sup> Der Empfang muss tatsäch-

---

<sup>109</sup> BVerfGE 74, 297 (326).

<sup>110</sup> Darauf verweist der Hörfunkdirektor des BR *Wagner* im Gespräch mit *Claudia Tieschky*, Süddeutsche Zeitung vom 22.04.2014, S. 2.

<sup>111</sup> So unwidersprochen *Tieschky* in dem erwähnten Gespräch mit dem Hörfunkdirektor des BR.

<sup>112</sup> Darauf abstellend auch BVerfGE 74, 297 (326).

<sup>113</sup> BVerfG a.a.O.

lich sichergestellt sein. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk, der mit den Beiträgen aller Hörer finanziert wird, muss seine Hörer mit der Technik erreichen, die sie typischerweise nutzen können, und dies ist auch aus der Sicht des BR und nach seiner Programmkonzeption bis auf weiteres UKW. Zudem wird Hörfunk zu einem erheblichen Anteil über das Autoradio genutzt, dies gilt auch für das Klassikprogramm.<sup>114</sup> Weder wird aber DAB als Standardfunktion in Neuwagen angeboten, noch können ältere Modelle ohne weiteres umgerüstet werden.<sup>115</sup> Auch wenn der einzelne Hörer kein subjektives Recht darauf hat, dass ihm ein ganz bestimmtes Programm auf einer bestimmten Frequenz zugänglich gemacht wird,<sup>116</sup> ist doch die Rundfunkanstalt objektiv verpflichtet, ihre Programme in der Weise zu verbreiten, dass sie die Rezipienten mit den bei ihnen vorauszusetzenden Empfangsmöglichkeiten auch tatsächlich empfangen können. Dies ist bei UKW der Fall, nicht aber bei DAB plus – die digitale Empfangsqualität gleicht dies nicht aus.<sup>117</sup> Auch der BR selbst spricht davon, dass die Zahl der Empfangsgeräte „deutlich erhöht werden muss“ - geht also davon aus, dass sie unzureichend ist.<sup>118</sup>

### *cc) Keine Freizeichnung durch die Entwicklungsgarantie*

Der BR kann für sein Ansinnen an seine Hörer, sich mit DAB auszustatten, auch nicht auf die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk durch das Bundesverfassungsgericht zuerkannte Bestands- und Entwicklungsgarantie<sup>119</sup> berufen,

<sup>114</sup> Demgegenüber scheint der BR von einem typischen Klassikhörer auszugehen, der sich zum konzentrierten Empfang einer Klassiksendung in sein „Musikzimmer“ zurückzieht, um dort das Programm in technisch optimaler Qualität empfangen zu können.

<sup>115</sup> Auch diesen Aspekt betont zu Recht Sir Peter Jonas in seinem offenen Brief an den Intendanten des BR, Süddeutsche Zeitung vom 24.04.2014, S. 51.

<sup>116</sup> Vgl. *Dittmann*, Analoges Switch-Off ohne Gesetz ?, 2002, S. 28; *Degenhart*, BonnK, Art. 5 I und II (2006) Rdn. 359.

<sup>117</sup> Tatsächlich steht der technisch optimale Empfang bei Klassikhörern keineswegs durchweg an erster Stelle der Prioritätenliste.

<sup>118</sup> Pressemitteilung vom 24.04.2014, [www.br.de/presse](http://www.br.de/presse); die Pressemitteilung enthält im übrigen die üblichen Erklärungen und Bekundungen über eine zu erwartende Verbesserung der Empfangssituation, wobei der BR selbst allenfalls mittelfristig dahingehende Entwicklungen erwartet.

<sup>119</sup> Zur Bestands- und Entwicklungsgarantie s. BVerfGE 74, 297 (324 f., 342); 90, 60 (91); 119, 181 (218, Rn. 123); BVerfG, U.v. 25.03.2014 Rdn. 37; *Schulze-*

insbesondere nicht auf eine Entwicklungsgarantie für neue Rundfunktechniken,<sup>120</sup> die ihm die Wahrnehmung des Rundfunkauftrags mittels neuer Techniken und mittels damit einhergehender Angebotsformen eröffnet. Die Entwicklungsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk bedeutet, so das Bundesverfassungsgericht zuletzt in seinem Urteil zum ZDF-Staatsvertrag vom 25. März 2014, dass „sein Programmangebot für neue Publikumsinteressen oder neue Inhalte und Formen offenbleiben und ... auch technisch nicht auf einen bestimmten Entwicklungsstand beschränkt werden (darf)“.<sup>121</sup> So ist etwa das Telemedienkonzept für BR Klassik unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten eine Frage der Reichweite der Entwicklungsgarantie im Online-Bereich, also beim Angebot von Telemedien.

Wenn die Entwicklungsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk sich „nicht auf die herkömmliche Technik der terrestrischen Übertragung beschränken“ darf,<sup>122</sup> so bedeutet dies nicht, dass die Anstalten sich von dieser „herkömmlichen“ Technik zurückziehen dürften, solange es sich hierbei um einen wesentlichen Übertragungsweg handelt und zugleich die anderen Programme weiterhin über UKW verbreitet bleiben. Im hier zu beurteilenden Zusammenhang ist, wie dargelegt, UKW der wichtigste Übertragungsweg, was auch von Seiten des BR selbst eingeräumt wird – eben deshalb soll ja BR Puls auf UKW aufgeschaltet werden. Dass der BR also in seinem Rundfunkauftrag nicht auf einen bestimmten technischen Entwicklungsstand festgeschrieben werden darf, dass es ihm nicht verwehrt sein kann, seinen Rundfunkauftrag mittels neuer Techniken wahrnehmen, enthebt ihn nicht der vorrangigen Pflicht, eben diesen Auftrag über einen Übertragungsweg zu erfüllen, der im Bereich der linearen Medien der Gesamtheit der Hörer tatsächlich zugänglich ist. Bedarf es der Nutzung neuer Techniken, um die Hörer zu erreichen, so entspricht es dem Rundfunkauftrag als Grundversorgungsauftrag, diese Techniken zu nut-

---

*Fielitz*, in: Dreier, GG I, 3. Aufl. 2014 (zitiert nach dem Korrektorexemplar) Rdn. 266; *Degenhart*, in: BonnK, Art. 5 I und II (2006) Rdn. 786 ff.; *ders.*, Rundfunkfreiheit, in: HGR IV, 2011, Rdn. 9, 51 ff.

<sup>120</sup> Dazu insbesondere BVerfGE 74, 297 (350 f.); 83, 238 (302); 119, 181 (218, Rn. 123); BVerfG, U.v. 25.03.2014 Rdn. 38; *Degenhart*, in: BonnK, Art. 5 I und II (2006) Rdn. 787.

<sup>121</sup> BVerfG, U.v. 25.03.2014 Rdn. 37 unter Verweis auf BVerfGE 74, 297 (324 f., 350 f.); 83, 238 (298, 299 f.); 119, 181 (218).

<sup>122</sup> BVerfGE 83, 238 (299).

zen. Bedarf es demgegenüber auch der Beibehaltung der eingeführten und bewährten Technik, um die Gesamtheit der Hörer zu erreichen, so ist diese Technik einzusetzen – wie generell die Rundfunktechnik in einer dienenden Funktion gegenüber dem inhaltlichen Rundfunkauftrag zu sehen ist.<sup>123</sup>

## **b) Funktionsauftrag und kulturelle Verantwortung – das programminhaltliche Element**

### *aa) Der kulturelle Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks*

Grundversorgung durch öffentlich-rechtlichen Rundfunk umschließt „die volle Breite des klassischen Rundfunkauftrags, der neben seiner Rolle für die Meinungs- und Willensbildung, neben Unterhaltung und Information eine kulturelle Verantwortung umfasst“.<sup>124</sup> Auch und gerade angesichts zunehmender Diversifizierung der Inhalte in den elektronischen Medien<sup>125</sup> wird die kulturelle und integrative Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks umso bedeutsamer. Wenn auch der Kulturauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, wie er in § 11 Abs. 1 Satz 5 RfStV benannt wird, durchaus im Sinn einer Querschnittsaufgabe auf das gesamte Rundfunkprogramm bezogen werden kann,<sup>126</sup> begründet er doch nach der Systematik des § 11 Abs. 1 RfStV im Rahmen der dort im einzelnen aufgeführten Programmsparten eine gegenständlich-inhaltliche Verpflichtung,<sup>127</sup> innerhalb des Gesamtprogramms den kulturellen Sektor maßgeblich einzubeziehen.

<sup>123</sup> BVerfGE 12, 205 (227); *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 50 RfStV Rdn. 19; *Heintzen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck. GG II, 6. Aufl. 2006, Art. 73 Rdn. 69; *Wille/Schulz/Buch*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 51b RfStV Rdn. 19; *Binder* ebda., § 50 RfStV Rdn. 48; zweifelnd *Vesting*, Zur Entwicklung einer „Informationsordnung“, in: Festschrift BVerfG, 2001, Bd. 2, S. 219 (234 f.); s. auch *ders.*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 1 RfStV Rdn. 4, 19 ff.

<sup>124</sup> BVerfG, U.v. 25.03.2014, Rdn. 37, unter Verweis auf BVerfGE 73, 118 (158); 119, 181 (218).

<sup>125</sup> Vgl. BVerfGE 119, 181 (214 ff.) zu den damit verbundenen Auswirkungen auf die Vielfalt im Rundfunk.

<sup>126</sup> So vor allem *Eifert*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 11 RfStV Rdn. 57.

<sup>127</sup> So auch nach dem Willen des Gesetzgebers, vgl. *Eifert*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 11 RfStV Rdn. 58.

Der kulturelle Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks umfasst als wesentliches Element seines Funktionsauftrags<sup>128</sup> Information, Vermittlung und Kreation. Für klassische Musik als wesentliches Element des Rundfunkauftrags im kulturellen Sektor, Art. 2 Abs. 3 BayRG, bedeutet dies zum einen Informationen über Ereignisse, Entwicklungen, Hintergründe, zum anderen, und dies als zentrale Aufgabe gerade des Hörfunks, die Vermittlung von Klassik, also Sendungen mit klassischer Musik, sei es live, sei es von Bandaufnahmen. „Klassik“ kann dabei durchaus weit und entwicklungs offen verstanden werden, was die Musikströmungen und Musiksparten wie z.B. Jazz betrifft. Kreation meint die Herstellung kultureller Ereignisse,<sup>129</sup> durch Organisation etwa von Konzerten, aber auch durch Eigenproduktionen rundfunkeigener Orchester und Chöre. Ob es sich hierbei um eine aus dem kulturellen Auftrag abzuleitende Pflichtaufgabe handelt,<sup>130</sup> kann dahinstehen. Dass das Programm BR Klassik den Kulturauftrag des Rundfunks in herausragender Weise verwirklicht, kann vorausgesetzt werden. Es informiert umfassend über klassische Musik, bringt hochrangige Musiksendungen als Fremd- wie Eigenproduktionen.

*bb) BR-Klassik als Element des kulturellen Auftrags des BR*

Mit dem Programm BR Klassik erfüllt der Bayerische Rundfunk seinen verfassungsrechtlich vorgegebenen,<sup>131</sup> in § 11 Abs. 1 Satz 5 RfStV sowie in Art. 2 Abs. 3 BayRG näher umgrenzten kulturellen Auftrag als Element der ihm obliegenden „Grundversorgung“. Diese beschränkt sich nicht auf eine Mindestversorgung und nicht auf das Ausfüllen der von privatwirtschaftlichen Rundfunkveranstaltern nicht abgedeckten Lücken oder Nischen. Dies bedeutet umgekehrt jedoch nicht, dass Bereiche, die von privatem Rundfunk nicht oder

---

<sup>128</sup> Vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole*, Rundfunkstaatsvertrag, § 11 (2009) Rdn. 15.

<sup>129</sup> *Eifert*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 11 RfStV Rdn. 60; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole*, Rundfunkstaatsvertrag, § 11 (2009) Rdn. 15 f.

<sup>130</sup> Verneinend *Eifert*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 11 RfStV Rdn. 60; bejahende Tendenz bei *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole*, Rundfunkstaatsvertrag, § 11 (2009) Rdn. 15 f.

<sup>131</sup> S. zuletzt BVerfG, U.v. 25.03.2014 Rdn. 37.

nicht in gleicher Weise abgedeckt werden können, vernachlässigt werden dürfen.<sup>132</sup> Nachdem die ursprüngliche Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, über einen Mangel an Grundrechtsvoraussetzungen hinwegzutragen,<sup>133</sup> an Dringlichkeit verloren hat, sind es vor allem Gesichtspunkte struktureller Vielfaltssicherung<sup>134</sup> durch nicht-kommerzielle Rundfunkangebote, die seinen spezifischen verfassungsrechtlichen Auftrag bestimmen, seinen „klassischen Auftrag“.<sup>135</sup> Seine verfassungsrechtliche Funktion ist es vor allem, „die spezifische Eigenrationalität des privatwirtschaftlichen Rundfunks zu ergänzen und auszugleichen“.<sup>136</sup> Er hat daher vor allem auch diejenigen Programmsparten abzudecken, die für private Rundfunkunternehmen wirtschaftlich nicht oder nur in eingeschränkter Form wirtschaftlich darstellbar sind, die also „über den Markt nicht oder nicht in wünschenswerter Qualität zustandekommen.“<sup>137</sup> Nicht zuletzt auch hierdurch wird jener gesellschaftliche Mehrwert geschaffen, der die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch Beiträge erst rechtfertigt.

### c) Rückzug des Bayerischen Rundfunks von seiner kulturellen Verantwortung ?

Aus dem Vorstehenden folgt: Mit dem Hörfunkprogramm BR Klassik nimmt der BR seinen Grundversorgungsauftrag, also den „klassischen Rundfunkauftrag“ in einem seiner zentralen Elemente wahr. Es sind Programme wie BR Klassik, die das auch vom Bundesverfassungsgericht angemahnte öffentlich-rechtliche Profil der Rundfunkanstalten ausmachen, die der Gefahr einer „Erosion der

---

<sup>132</sup> Vgl. auch BVerfGE 83, 238 (301 ff.).

<sup>133</sup> So im ersten Rundfunkurteil, BVerfGE 12, 205 (261 ff.).

<sup>134</sup> *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 34 ff., 67 ff.; s. jetzt in diesem Sinn BVerfGE 114, 371 (387); 119, 181 (217).

<sup>135</sup> BVerfGE 119, 181 (217).

<sup>136</sup> BVerfG, U.v. 25.03.2014 Rdn. 37; ähnlich BVerfGE 114, 371 (387); 119, 181 (217); vgl. zu einem Prinzip „struktureller Diversifikation“ auch *Kübler*, Medien, Menschenrechte und Demokratie. Das Recht der Massenmedien, 2008, S. 228, § 25 IV, S. 287; *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 34 ff., 67 ff.; *Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 236 ff.; *Trute*, VVDStRL 57 (1998), S. 216 (230 ff.).

<sup>137</sup> So BVerfGE 114, 371 (389).

Identifizierbarkeit öffentlich-rechtlicher Programme<sup>138</sup> entgegenwirken. Mit der Abschaltung des Programms auf seiner UKW-Frequenz würde der Bayerische Rundfunk sich hiervon zurückziehen. Die Verbreitung über DAB bzw. DAB plus ist hierfür kein gleichrangiger Ersatz, solange hierdurch auf Grund der Geräteausstattung kein relevanter Anteil der Hörer im Sendegebiet erreicht und damit der Grundversorgungsauftrag des Bayerischen Rundfunks bereits in seinem sendetechnischen Element verfehlt wird. Derzeit und auf absehbare Zeit ist für die ganz überwiegende Anzahl der Hörer gerade von BR Klassik UKW der maßgebliche in Betracht kommende Empfangsweg.<sup>139</sup> Wenn schließlich im Telemedienkonzept BR Klassik ein „Medienbedürfnis Klassik“ konstatiert wird, das über UKW allein nicht abgedeckt werde,<sup>140</sup> so wird damit eine mögliche Rechtfertigung und ein möglicher Mehrwert des Telemedienkonzepts entsprechend der Bestimmung über den Dreistufentest in § 11f RfStV angesprochen. Dies rechtfertigt es jedoch nicht, das nach wie vor für den terrestrischen, klassischen Verbreitungsweg UKW gegebene „Medienbedürfnis Klassik“ – um in der Terminologie des Telemedienkonzepts zu verbleiben – zu negieren.

Ebensowenig würde die Abschaltung von BR Klassik auf UKW durch die vom BR in einer Absichtserklärung angekündigte gelegentliche Live-Übertragung einzelner Konzertveranstaltungen auf dem UKW-Programm BR 2 – dem Wortprogramm des Bayerischen Rundfunks - ausgeglichen. Denn die nicht regelmäßige, nicht in bestimmte Programmschemata eingebundene Vermittlung kultureller Ereignisse ist einer Programmgestaltung wie bei BR Klassik über unterschiedliche Darbietungsformen und Sendungsformate in keiner Weise äquivalent. Dies bedeutet nicht, dass BR Klassik dauerhaft auf den jetzigen Stand festgeschrieben werden muss. Die Rundfunkanstalten können nicht gehindert sein, ihr Programmangebot fortzuentwickeln. Darum geht es jedoch bei einer Abschaltung von BR Klassik auf UKW nicht, sondern darum, dass der BR durch Frequenztausch eine seiner Kernaufgaben verlagern will. Dies ist mit seiner kulturellen Verantwortung und damit mit seinem verfassungsrechtlichen Programmauftrag nicht vereinbar.

---

<sup>138</sup> BVerfGE 119, 181 (220).

<sup>139</sup> Ory, AfP 2012, 234 (239 ff.); s. o. I.2. a.E.

<sup>140</sup> Telemedienkonzept BR Klassik unter III.1.1., S. 11, Stand vom 04.12.2013, [www.br.de/Unternehmen](http://www.br.de/Unternehmen), aufgerufen am 27.03.2014.

Das Vorhaben des BR, das Programm BR Klassik nicht mehr über UKW auszustrahlen und auf dessen bisheriger UKW-Frequenz das bisher ausschließlich digital verbreitete Programm BR Puls zu senden, verstößt also nicht nur gegen die für ihn verbindlichen Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrags, sondern auch gegen seinen verfassungsrechtlichen Programmauftrag. Eben dieser kulturelle Auftrag wird für das Sendegebiet des BR unterstrichen durch das Kulturstaatsprinzip der Verfassung des Freistaates Bayern als Staatszielbestimmung.<sup>141</sup> Nicht zuletzt hierin verwirklicht sich auch das Kulturstaatsprinzip des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 der Verfassung des Freistaates Bayern. Zu Recht bezeichnet der langjährige Intendant der Bayerischen Staatsoper, *Sir Peter Jonas*, Bayern Klassik als „ein Symbol für den verfassungsrechtlich verbrieften Status des Freistaates Bayern als ‚Kulturstaat‘“.<sup>142</sup>

### 3. Programmautonomie und Entwicklungsgarantie

#### a) Der Standpunkt der Rundfunkanstalt

Demgegenüber wird von Seiten des Bayerischen Rundfunks auf die ihm zukommende verfassungsrechtliche Bestands- und Entwicklungsgarantie<sup>143</sup> verwiesen.<sup>144</sup> Um seinen Auftrag erfüllen zu können, müsse er sein Angebot zeitgemäß fortentwickeln können. Diesem Zweck diene die Bestands- und Entwicklungsgarantie, die in Art. 1 Abs. 2 BayRG noch einmal bekräftigt werde. Die geplanten Maßnahmen dienen „dem Ziel, auch ein jüngeres Publikum zu erreichen und dem drohenden Generationenabriss entgegen zu wirken.“ Ob die „geplanten Maßnahmen“ insoweit zielführend sind, mag bezweifelt werden angesichts der Tatsache, dass hier gerade ein jüngeres, technikaffines Publikum mittels der UKW-Technik an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk herangeführt werden soll. Wenn zudem mit der digitalen Verbreitung nach Einschätzung des Bayerischen Rundfunks der Rundfunkauftrag gleich effizient wahrgenommen würde, so ist nicht einsichtig, warum gerade BR Puls an Stelle von

<sup>141</sup> Vgl. *Lindner*, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2008, Art. 3 Rdn. 6.

<sup>142</sup> Offener an den Intendanten des Bayerischen Rundfunks, Süddeutsche Zeitung vom 24.04.2014, S. 51.

<sup>143</sup> I.S.v. BVerfGE 83, 238 (299); s. auch BVerfG, U.v. 25.03.2014 Rdn. 37.

<sup>144</sup> Pressemitteilung vom 08.04.2014 - <http://www.presseportal.de/pm/7560> -.

BR Klassik eine UKW-Frequenz benötigen soll. So wurde denn auch die Notwendigkeit, ein jüngeres Publikum zu erreichen, bisher typischerweise stets als Erklärung für die Online-Expansion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks herangezogen. Und wenn der BR zusätzlich ein digitales Kinderradio plant,<sup>145</sup> so ist nicht recht einzusehen, warum sein Jugendradio nicht gleichermaßen als digitales Programm verbreitet werden kann.

Doch kann dies hier dahingestellt bleiben. Denn die Berufung auf die verfassungskräftige Bestands- und Entwicklungsgarantie kann hier in mehrfacher Hinsicht nicht durchgreifen. Zum einen dient die Bestands- und Entwicklungsgarantie der Wahrnehmung des Rundfunkauftrags<sup>146</sup> als „Pflicht und Rahmen“ und rechtfertigt nicht einen partiellen Rückzug hiervon.<sup>147</sup> Zum anderen berechtigt diese Bestands- und Entwicklungsgarantie die Rundfunkanstalt nicht, sich über geltende gesetzliche Bestimmungen hinwegzusetzen.

## **b) Programmautonomie, Funktionsauftrag und Entwicklungsgarantie**

Autonomie und Programmfreiheit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt rechtfertigen nicht den Rückzug des Bayerischen Rundfunks aus der Programmsparte klassische Musik als wesentlichem Bestandteil seiner kulturellen Verantwortung. Programmfreiheit bedeutet: Die Anstalten sind in der Art und Weise der Funktionserfüllung „*grundsätzlich frei*“.<sup>148</sup> Denn die Rundfunkfreiheit ist im Kern Programmfreiheit.<sup>149</sup> Programmfreiheit bedeutet, dass der Rundfunk frei von externer Einflussnahme entscheiden kann, wie er seine publizistische Aufgabe erfüllt<sup>150</sup> – besteht also im Rahmen dieser publizistischen Aufgabe. In diesem Rahmen steht ihm auch die Entscheidung über die zur Erfüllung des Funktionsauftrags als notwendig angesehenen Inhalte und Formen

---

<sup>145</sup> Pressemitteilung vom 24.04.2014, [www.br.de/presse](http://www.br.de/presse), aufgerufen am 24.04.2014.

<sup>146</sup> BVerfGE 83, 238 (300 ff.).

<sup>147</sup> Vgl. BVerfGE 83, 238 (301).

<sup>148</sup> Vgl. BVerfGE 90, 60 (91, 94); s. auch *Hain*, Der Funktionsauftrag von ARD und ZDF und seine Begrenzung, in: LA Eberle, 2012, S. 23 (25 f.).

<sup>149</sup> BVerfGE 95, 220 (234); BVerfGE 121, 30 (57).

<sup>150</sup> BVerfGE 90, 60 (87); 97, 298 (310); 114, 371 (389).

des Programms zu.<sup>151</sup> Anstaltliche Autonomie besteht also im Rahmen und nach Maßgabe des Funktionsauftrags oder klassischen Rundfunkauftrags. Auch wenn in der Art und Weise der Funktionserfüllung die Rundfunkanstalten frei sind,<sup>152</sup> sind sie doch zur Funktionserfüllung verpflichtet. Kommt die Rundfunkanstalt dem nicht nach, so ist dies keine Frage der anstaltlichen Programmautonomie und keine Frage der verfassungsrechtlichen Entwicklungsgarantie, sondern der Erfüllung ihres verfassungsrechtlichen Auftrags, ihrer Funktionserfüllung.

Eben dieser Funktionserfüllung entzieht sich die Rundfunkanstalt, wenn gerade Kernkompetenzen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in die digitale Nische des „DAB“ verlagert werden. Ebensowenig, wie die Programmautonomie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dadurch verletzt wird, dass er durch den Gesetzgeber zur Veranstaltung von Programmen verpflichtet wird, die über den Markt nicht oder jedenfalls nicht in wünschenswerter Qualität zustandekommen,<sup>153</sup> ermächtigt sie die Rundfunkanstalt, sich aus einem wesentlichen Sektor ihres Grundversorgungsauftrags programminhaltlich oder sendetechnisch zurückzuziehen. Die Entwicklungsgarantie in sendetechnischer Hinsicht soll den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in die Lage versetzen, seinen Grundversorgungsauftrag auch mit neuen Mitteln zu erfüllen.<sup>154</sup> Mit der nur noch digitalen Verbreitung von BR Klassik aber würde der Grundversorgungsauftrag nicht mehr in der gebotenen Weise erfüllt. Darüber kann die Berufung auf die Entwicklungsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht hinwegtragen. Dass sie die Nutzung neuer Techniken ermöglichen kann, bedeutet nicht, dass sie zum Verzicht auf eingeführte und noch unverzichtbare Techniken ermächtigt.

---

<sup>151</sup> BVerfGE 119, 181 (219); vgl. zum anstaltlichen Selbstverwaltungsrecht auch *Gounalakis*, AfP 2003, 395 (396 f.) und *Herrmann/Lausen*, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2004. § 9 Rdn. 27 ff.

<sup>152</sup> BVerfGE 119, 181 (221).

<sup>153</sup> BVerfGE 74, 297 (327); 114, 3371 (389).

<sup>154</sup> BVerfGE 74, 295 (350); 83, 238 (302).

### c) Programmautonomie und Bindung an Gesetz und Recht

Die Anstalt des öffentlichen Rechts „Bayerischer Rundfunk“ ist gebunden an Gesetz und Recht. Sie ist also auch gebunden an die gesetzliche Regelung des § 11c Abs. 2 Satz 6 RfStV, die den Austausch des digitalen Programms BR Puls gegen das analoge Programm BR Klassik verbietet, und die der Gesetzgeber des BayRG über die Bestimmung des Art. 2 Abs. 1 Satz 2 BayRG anerkannt hat. Sie ist weiterhin gebunden an die auch gegenüber dem BayRG speziellere Regelung des § 19 Satz 3 RfStV, der die analoge Verbreitung eines Programms, das, wie BR Puls, bisher nur digital verbreitet wurde, ausschließt. Über dieses gesetzliche Verbot kann Rundfunkanstalt sich auch nicht unter Berufung auf ihre Programmautonomie hinwegsetzen. Denn der gesetzlich festgelegte Rundfunkauftrag, wie er für den Bereich des Hörfunks in den genannten Bestimmungen konkretisiert wird, ist für die Rundfunkanstalt, wie dargelegt, „Pflicht und Rahmen“.<sup>155</sup>

Dem Gesetzgeber obliegt es im Rahmen der positiven Ordnung für den Rundfunk, den verfassungsrechtlich vorgegebenen „klassischen Funktionsauftrag“ für den Rundfunk näher auszugestalten, ihn zu konkretisieren. Das Bundesverfassungsgericht betont insbesondere im Zusammenhang mit der Rundfunkfinanzierung „*die verfassungsrechtlich vorgegebene und gesetzlich näher umschriebene Funktion*“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks,<sup>156</sup> den verfassungsrechtlich vorgezeichneten und gesetzlich konkretisierten Rundfunkauftrag.<sup>157</sup> Zu detaillierten gesetzgeberischen Vorgaben in der Funktionsbestimmung als Grundlage für die Bestimmung des Umfangs funktionsgerechter Finanzierung allerdings sieht das Bundesverfassungsgericht durch die Programmfreiheit der Rundfunkanstalt Grenzen gesetzt.<sup>158</sup>

Die Verpflichtung jedoch, Programme, die, wie BR Puls, von der Rundfunkanstalt in Wahrnehmung des verfassungsrechtlichen Funktionsauftrags und im

<sup>155</sup> *Herrmann/Lausen*, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2004, § 10 Rdn. 1; s. auch *Lerche*, in: Festschrift Kübler, 1997, S. 239 (243); *Degenhart*, K&R 2005, 295 (298).

<sup>156</sup> BVerfGE 90, 60 (87); 119, 181 (221).

<sup>157</sup> BVerfGE 90, 60 (94).

<sup>158</sup> BVerfGE 119, 181 (221).

Rahmen der verfassungsrechtlichen Entwicklungsgarantie digital veranstaltet werden, weiterhin nur in digitaler Technik zu verbreiten, berührt weder inhaltlich die Programmautonomie des Bayerischen Rundfunks, noch auch die Entwicklungsgarantie in programminhaltlicher oder technischer Hinsicht – in Wahrnehmung eben dieser Entwicklungsgarantie wurde das Programm BR Puls gestartet und wird es weiterhin veranstaltet. Und wenn die Programmautonomie nicht dadurch verletzt wird, dass der Rundfunkanstalt auferlegt wird, bestimmte Programme zu veranstalten, die im privatwirtschaftlichen Sektor der dualen Rundfunkordnung nicht gleichermaßen bereitgestellt werden können, so gilt dies auch für die Verpflichtung, diese Programme in bestimmter Technik zu verbreiten.

#### **d) Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Beurteilung**

Die verfassungsrechtliche Beurteilung auf der Grundlage des unmittelbar grundrechtlich abgeleiteten Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bestätigt damit die ihrerseits auf der Grundlage bundesstaatlichen Vertragsrechts ihrerseits verfassungsrechtlich geforderte vertragskonforme Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des BayRG in ihrem Verhältnis zum Rundfunkstaatsvertrag. Der Gesetzgeber der Novelle zum BayRG, der dieses der rundfunkstaatsvertraglichen Regelung anpassen wollte, wollte damit gleichermaßen den Rundfunkauftrag, wie er in den Bestimmungen der §§ 11 bis 11 f RfStV konkretisiert wurde, einbeziehen; auch deshalb kann dem Landesgesetzgeber nicht unterstellt werden, er habe sich in Widerspruch zur staatsvertraglichen Regelung setzen wollen.

#### **Ergebnis zu IV.:**

Würde der Bayerische Rundfunk BR Klassik nicht mehr auf UKW senden, so würde er damit seinen verfassungsrechtlich begründeten Grundversorgungs- oder Funktionsauftrag verfehlen. Denn Grundversorgung bedeutet in sendetechnischer Hinsicht tatsächlich gesicherten Empfang für die Gesamtheit der Bevölkerung. Dies wäre nicht mehr gewährleistet, wenn der BR das Programm BR Klassik auf UKW abschaltet und die Hörer auf DAB plus verweist. Auch der

BR selbst sieht den Empfang durch alle nur über UKW gewährleistet. Auch inhaltlich würde der Bayerische Rundfunk seinem verfassungsrechtlichen Auftrag dann nicht mehr nachkommen. Er hat auch und gerade solche Programmsparten abzudecken, die über den Markt nicht oder nicht in gleicher Weise zustandekommen. Die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zugesprochene Entwicklungsgarantie und seine Programmautonomie rechtfertigen keine abweichende Beurteilung. Das Vorhaben des Bayerischen Rundfunks ist also nicht nur gesetzeswidrig. Es widerspricht auch seinem verfassungsrechtlichen Auftrag.

## **V. Gesamtergebnis**

Im Gesamtergebnis scheidet bereits Art. 2 Abs. 4 BayRG als Grundlage für das Vorhaben des Bayerischen Rundfunks aus. Seine Anwendbarkeit scheidet schon daran, dass hier ein Frequenzwechsel und kein Programmtausch stattfindet. Doch auch einen Programmtausch könnte die Bestimmung des Art. 2 Abs. 4 BayRG nicht legitimieren. Sie steht im inhaltlichen Widerspruch zur Verweisung auf den Rundfunkstaatsvertrag in Abs. 1 Satz 2 BayRG. Schon aus dem Normzweck der Novelle zum BayRG aus 2009 ergibt sich jedoch die Maßgeblichkeit der rundfunkstaatsvertraglichen Regelung. Dem Landesgesetzgeber kann nicht unterstellt werden, er habe bewusst gegen die Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrags verstoßen wollen. Die landesrechtliche Regelung ist staatsvertragskonform auszulegen. Der BR darf also das digitale Programm BR Puls nicht gegen das analog auf UKW gesendete Programm BR Klassik austauschen. Dies folgt aus der staatsvertragskonform nach Maßgabe bundesstaatlichen Vertragsrechts in Konkordanz zum Rundfunkstaatsvertrag zu bringenden Regelung im BayRG. Dies folgt auch unmittelbar aus Rundfunkverfassungsrecht. Der im Rundfunkstaatsvertrag verfassungskonform konkretisierte, verpflichtende Grundversorgungsauftrag wird nicht mehr wahrgenommen, wenn der Bayerische Rundfunk sich aus einem zentralen Feld seines kulturellen Auftrags in der Weise zurückzieht, dass für ein Programm wie BR Klassik, das diesen Auftrag in einem zentralen Bereich verwirklicht, der Empfang für die Gesamtheit der Hörer nicht mehr sichergestellt ist. Davon abgesehen, verstößt die Verbreitung des Programms BR Puls über UKW schon des-

halb, weil es sich hierbei um ein Programm handelt, das von Anfang an digital ausgestrahlt wurde, gegen das eindeutige und unbedingte Verbot des § 19 Satz 3 RfStV.

Leipzig, im April 2014

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'C. Degenhart', written in a cursive style.

(o. Prof. Dr. C. Degenhart)