



Schleswig-Holsteinischer Landtag

Umdruck 1 6 / 8 8 8

An den  
Vorsitzenden des Innen- und Rechtsausschusses  
Herrn Werner Kalinka, MdL

im Hause

Ihr Zeichen:  
Ihre Nachricht vom:

Mein Zeichen: L 204  
Meine Nachricht vom:

Bearbeiter: Heiko Voß

Telefon (0431) 988-1022  
Telefax (0431) 988-1037  
parlamentsdienst@landtag.ltsh.de

1. Juni 2006

**Verfassungsbeschwerde des Zweiten Deutschen Fernsehen (ZDF) gegen  
Vorschriften des Achten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher  
Staatsverträge (Achter Rundfunkänderungsstaatsvertrag)**

Sehr geehrter Herr Kalinka,

in der Anlage beigelegt übersende ich Ihnen die Ablichtung eines Schreibens des  
Vorsitzenden des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 09. Mai 2006  
- 1 BvR 809/06 - mit der Bitte um Kenntnisnahme.

Ich bitte, die Angelegenheit in Ihrem Ausschuss zu beraten und dem Landtag eine  
Beschlussempfehlung zuzuleiten.

Mit freundlichen Grüßen





# Bundesverfassungsgericht

**Erster Senat**  
- Der Berichterstatter -

Bundesverfassungsgericht ♦ Postfach 1771 ♦ 76006 Karlsruhe

1. Deutscher Bundestag  
vertreten durch den Präsidenten  
11011 Berlin
2. Bundesrat  
11055 Berlin
3. Bundeskanzleramt  
11012 Berlin
4. Landtag von Baden-Württemberg  
vertreten durch den Präsidenten  
Konrad-Adenauer-Straße 3, 70173 Stuttgart
5. Bayerischer Landtag  
vertreten durch den Präsidenten  
81627 München
6. Abgeordnetenhaus von Berlin  
vertreten durch den Präsidenten  
10111 Berlin-Mitte
7. Landtag Brandenburg  
vertreten durch den Präsidenten  
Postfach 60 10 64, 14410 Potsdam
8. Bremische Bürgerschaft  
vertreten durch den Präsidenten  
Haus der Bürgerschaft, Postfach 120 69 09  
28069 Bremen
9. Bürgerschaft der Freien  
und Hansestadt Hamburg  
vertreten durch den Präsidenten  
Postfach 10 09 02, 20006 Hamburg
10. Hessischer Landtag  
vertreten durch den Präsidenten  
Postfach 32 40, 65022 Wiesbaden
11. Landtag Mecklenburg-Vorpommern  
vertreten durch den Präsidenten  
Schloß Schwerin,  
Lennéstraße 1, 19053 Schwerin

Dienstgebäude: Schloßbezirk 3, 76131 Karlsruhe  
Postfach 1771, 76006 Karlsruhe  
Telefon 0721/9101-0 ♦ Telefax 0721/9101-382

12. Niedersächsischer Landtag  
vertreten durch den Präsidenten  
Postfach 44 07, 30044 Hannover
13. Landtag Nordrhein-Westfalen  
vertreten durch den Präsidenten  
Haus des Landtags, Postfach 10 11 43, 40002 Düsseldorf
14. Landtag Rheinland-Pfalz  
vertreten durch den Präsidenten  
Postfach 30 40, 55020 Mainz
15. Landtag des Saarlandes  
vertreten durch den Präsidenten  
Postfach 10 18 33, 66018 Saarbrücken
16. Sächsischer Landtag  
vertreten durch den Präsidenten  
Postfach 12 09 05, 01008 Dresden
17. Landtag von Sachsen-Anhalt  
vertreten durch den Präsidenten  
Postfach 19 69, 39094 Magdeburg
18. Schleswig-Holsteinischer Landtag  
vertreten durch die Präsidentin  
Landeshaus, Postfach 36 07, 24100 Kiel
19. Thüringer Landtag  
vertreten durch den Präsidenten  
Postfach 9 41, 99019 Erfurt
20. Bundesministerium der Justiz  
11015 Berlin
21. Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation e.V.  
Büro Berlin (Hauptsitz)  
Stromstraße 1, 10555 Berlin
22. Arbeitsgemeinschaft Privater Rundfunk,  
Friedrichstraße 22, 80801 München
23. Deutscher Journalisten-Verband  
Gewerkschaft der Journalistinnen und Journalisten  
Pressehaus 2107, Schiffbauerdamm 40, 10117 Berlin
24. Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di)  
Bundesvorstand  
Paula-Thiede-Ufer 10, 10179 Berlin

Schleswig-Holsteinischer Landtag				
23.05.2006 08:12				
Expl.:		Anl.: 1 + <i>Gewerkschaftsbescheinigung</i>		
LP	L	L1	L2	L3

*Gewerkschaftsbescheinigung*  
*Dr*

25. Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KRF)  
Geschäftsstelle  
Peter-Altmeier-Allee 1, 55116 Mainz
26. Gebühreneinzugszentrale (GEZ)  
Postfach 11 03 63, 50403 Köln
27. Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK)  
Helene-Lange-Straße 18 a, 14469 Potsdam

**Aktenzeichen**  
1 BvR 809/06  
(bei Antwort bitte angeben)

**☎ (0721)**  
9101-403

**Datum**  
09.05.2006

### **Verfassungsbeschwerde**

**des Zweiten Deutschen Fernsehen (ZDF), Anstalt des öffentlichen Rechts,  
vertreten durch den Intendanten Markus Schächter,  
ZDF-Straße 1, 55100 Mainz,**

**- Bevollmächtigter: Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert,  
Kaiserdamm 28, 14057 Berlin -**

**gegen Artikel 6 Nummer 2 Buchstabe a) und Nummer 4 des Achten Staatsvertrages  
zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Achter Rundfunkänderungs-  
staatsvertrag) vom 8. bis 15. Oktober 2004 in Verbindung mit den Zustimmungsgesetzen und  
Zustimmungsbeschlüssen der Länder.**

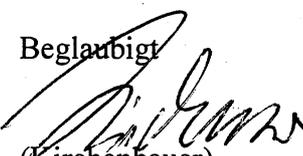
### **1 Anlage**

Als Anlage übersende ich Ihnen einen Abdruck der o.a. Verfassungsbeschwerde.

Gemäß §§ 94, 77 BVerfGG gebe ich Ihnen Gelegenheit zur Äußerung bis zum 9. Juli 2006. Ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie eine etwaige Stellungnahme in 20 Stücken abgeben würden.

Hoffmann-Riem  
Bundesverfassungsrichter

Beglaubigt

  
(Kirchenbauer)  
Amtsinspektorin





Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert  
Kaiserdamm 28  
14057 Berlin

Tel. 030/306 121 68  
E-Mail: schuppert@wz-berlin.de

Berlin, den 27. März 2006

An das  
Bundesverfassungsgericht  
– Erster Senat –  
Schloßbezirk 3

76131 Karlsruhe

## Verfassungsbeschwerde

des Zweiten Deutschen Fernsehens (ZDF), Anstalt des öffentlichen Rechts, 55100  
Mainz, vertreten durch den Intendanten Markus Schächter

– *Beschwerdeführer* –

gegen

Vorschriften des Achten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher  
Staatsverträge (Achter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) vom 8. bis  
15. Oktober 2004 in Verbindung mit den Zustimmungsgesetzen und Zustim-  
mungsbeschlüssen der Länder, soweit

- der unabhängigen Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Fi-  
nanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) aufgegeben wird, bei der Ermitt-  
lung des Finanzbedarfs die gesamtwirtschaftliche Entwicklung und die  
Entwicklung der Haushalte der öffentlichen Hand zu berücksichtigen (Art. 6  
Nr. 2 Buchstabe a) Rundfunkänderungsstaatsvertrag);
- von der im 14. KEF-Bericht vorgeschlagenen Gebührenhöhe abgewichen  
worden ist (Art. 6 Nr. 4 Rundfunkänderungsstaatsvertrag);

- der Rundfunkstaatsvertrag in seiner Fassung durch den Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag sich wegen des Ergebnisses der Gebührenfestsetzung, seiner Begründung sowie des dabei praktizierten Verfahrens als ungeeignet erwiesen hat, eine mit der Rundfunkfreiheit vereinbare, funktionsgerechte Gebührenfestsetzung zu gewährleisten.

# Übersicht

A. Antrag	5
B. Sachverhalt.....	8
I. Zur Logik des Gebührenfestsetzungsmodells des Gebührenurteils von 1994.....	9
1. Das Modell des Gebührenurteils als Gefahrenbegrenzungsmodell .....	9
2. Das Modell des Gebührenurteils als rollenspezifisches Regelungsmodell.....	12
II. Der Achte Rundfunkänderungsstaatsvertrag als bewußte und gewollte Aushebelung eines verfassungsrechtlich gebotenen rollenkonsistenten Gebührenfestsetzungsverfahrens .....	14
1. Die Gebührenfestsetzung und die politische Landschaft .....	14
2. Die Maßstabsveränderung für die KEF als gezielte Preisgabe bisheriger Rollenkonsistenz .....	15
III. Zur Notwendigkeit einer Verfassungsbeschwerde des Zweiten Deutschen Fernsehens .....	16
C. Zulässigkeit .....	17
D. Begründetheit .....	19
I. Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit als Organisationsgrundrecht...	20
II. Vom Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur zum Grundsatz funktionsgerechter Verfahrensstruktur.....	25
III. Zum methodischen Zusammenhang von Grundrechtsdogmatik und Organisations- sowie Verwaltungswissenschaft .....	29
1. Zur Angewiesenheit der verfassungsrechtlichen Dogmatik auf organisations- bzw. verwaltungswissenschaftliche Erkenntnisse .....	29

2.	Determinanten des Entscheidungsverhaltens von Organisationen oder zur verfassungsrechtlichen Relevanz von »organizational behavior«.....	32
a)	Zur Doppelnatur der interessensvertretenden Körperschaft.....	32
b)	Berufsständische Körperschaften und ihre Neigung zu zünftlerischem Verhalten .....	34
3.	Zwischenbilanz .....	36
IV.	Folgerungen für den verfassungsgebotenen Zuschnitt des Gebührenfestsetzungsverfahrens.....	38
1.	Versuchungen und Gefährdungspotentiale der am Gebührenfestsetzungsverfahren beteiligten Akteure .....	38
a)	Phase der Bedarfsanmeldung .....	38
b)	Kontrollphase .....	39
c)	Politische Entscheidungsphase .....	39
2.	Gewährleistung der Rollenkonsistenz der beteiligten Akteure.....	41
V.	Entwicklungsperspektiven des Rundfunks und verfassungsrechtlicher Reaktionsbedarf .....	43
1.	Konsequenzen der Digitalisierung – auf dem Weg zum Bezahlfernsehen .....	43
2.	Verfassungsrechtlicher Reaktionsbedarf.....	46

## A. Antrag

Namens und kraft der beiliegenden Vollmacht des Beschwerdeführers erhebe ich Verfassungsbeschwerde und beantrage, das Bundesverfassungsgericht möge wie folgt entscheiden:

1. Artikel 6 Nummer 2 Buchstabe a) und Nummer 4 des Achten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Achter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) vom 8. bis 15. Oktober 2004 in Verbindung mit den Zustimmungsgesetzen der Länder resp. Zustimmungsbeschlüssen der Landtage des Freistaates Bayern und des Landes Nordrhein-Westfalen
  - Gesetz zum 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, zur Änderung des Landesmediengesetzes und des Gesetzes zu dem Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinten Deutschland (Gesetzblatt für Baden-Württemberg 2005, Nr. 5, ausgegeben am 30. März 2005, S. 189),
  - Beschluß des Landtages des Freistaates Bayern vom 27. Januar 2005 (Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Br. 4/2005, S. 27),
  - Gesetz zum Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 27. Januar 2005 (Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin, 61. Jahrgang Nr. 4 vom 8. Februar 2005, S. 82);
  - Gesetz zum Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 17. März 2005 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Brandenburg Teil I Nr. 77 vom 21. März 2005, S. 114),
  - Gesetz zum Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 1. März 2005 (Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen 2005 Nr. 8, ausgegeben am 11. März 2005, S. 35),

- Gesetz zum Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 1. März 2005 (Gesetzblatt der Freien und Hansestadt Hamburg 2005 Nr. 7 vom 11. März 2005, S. 40),
- Gesetz zu dem Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Achter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) und zur Änderung des Hessischen Privatrundfunkgesetzes vom 28. Februar 2005 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Hessen 2005 Nr. 6 Teil 1 vom 8. März 2005, S. 118),
- Gesetz zum Achten Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Achter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) vom 1. Februar 2005 (Gesetzblatt für Mecklenburg-Vorpommern 2005 Nr. 3 vom 16. Februar 2005, S. 47),
- Gesetz zum Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 25. Februar 2005 (Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt, 59. Jahrgang Nr. 5, ausgegeben am 8. März 2005, S. 61),
- Beschluß des Landtages Nordrhein-Westfalen vom 24. Februar 2005 (Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen 2005, S. 192),
- Landesgesetz zum Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 14. März 2005 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Rheinland-Pfalz 2005 Nr. 5, ausgegeben am 17. März 2005, S. 63),
- Gesetz Nr. 1562 über die Zustimmung zum Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Achter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) vom 23. Februar 2005 (Amtsblatt des Saarlandes vom 24. März 2005, S. 446),
- Gesetz zum Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag und zur Änderung des Sächsischen Gesetzes zur Durchführung des Staatsvertrages über den Rundfunk im vereinten Deutschland vom 10. März 2005 (Sächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 2/2005 vom 21. März 2005, S. 30),

- Gesetz zum Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 9. März 2005 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Sachsen-Anhalt, 16. Jahrgang Nr. 16, ausgegeben am 14. März 2005, S. 122),
- Gesetz zum Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 3. Januar 2005 (Gesetz- und Verordnungsblatt für Schleswig-Holstein 2005 Nr. 3 vom 27. Januar 2005, S. 14),
- Thüringer Gesetz zum Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 15. Februar 2005 (Gesetz- und Verordnungsblatt für den Freistaat Thüringen 2005 Nr. 2 vom 28. Februar 2005, S. 17).

verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.

2. Artikel 6 Nummer 2 Buchstabe a) in Verbindung mit den unter 1. genannten Zustimmungsgesetzen resp. Zustimmungsbeschlüssen der Länder ist verfassungswidrig und nichtig.
3. Artikel 6 Nummer 4 in Verbindung mit den unter 1. genannten Zustimmungsgesetzen resp. Zustimmungsbeschlüssen der Länder ist insoweit verfassungswidrig, als er von dem im 14. KEF-Bericht gemachten Vorschlag abweicht.

## B. Sachverhalt

Die hiermit vorgelegte Verfassungsbeschwerde ist nur verständlich vor dem Hintergrund der bisherigen Geschichte der Rundfunkfinanzierung und insbesondere des sog. Gebührenurteils des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Februar 1994,

– BVerfGE 90, 60 ff.

das nicht nur das bis dahin praktizierte Gebührenfestsetzungsverfahren auf den Prüfstand stellte und verwarf, sondern ein eigenes Regelungsmodell skizzierte, das es selbst als »ein gestuftes und kooperatives Verfahren« bezeichnete, »das der Eigenart der jeweiligen Teilschritte entspricht und die Möglichkeiten politischer Einflußnahme begrenzt«.

– BVerfGE 90, 60, 102

Damit und mit den durch das Urteil veranlaßten Änderungen des Rundfunkstaatsvertrages schien – wie Christoph Degenhart es unlängst formuliert hat –

– Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus nationaler und internationaler Sicht: Der Rundfunkauftrag als Grundlage und Grenze, in: AfP 2005, S. 493

die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks »verfassungsrechtlich geklärt, vor allem aber verfassungsgerichtlich abgesichert. Das Gebührenurteil wirkte als **Schlußstein** in der dogmatischen Konstruktion der Rundfunkfreiheit durch das Bundesverfassungsgericht«.

Wie die jüngste Entwicklung und die Art und Weise der Gebührenfestsetzung im Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag zeigen, ist die Redeweise vom Schlußstein, dessen Aussagen gewissermaßen als subsumtionsfähige Obersätze für die Ewigkeit gelten, zumindest irreführend. Das für den Bau einer Kathedrale geeignete Bild des Schlußsteins muß sich für einen Regelungsbereich wie dem des Rundfunks, der sowohl hinsichtlich der technischen Entwicklungen wie der dadurch sich verändernden Akteurskonstellationen dauernd im Umbruch begriffen ist, notwendig als schiefes Bild erweisen. Wie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt – das Gebührenurteil zählt als achttes Rundfunkurteil – sind

auch die für die Ordnung des Rundfunks erforderlichen **Regelungs- bzw. Governancestrukturen**

– vgl. dazu die Beiträge in: Otfried Jarren/Patrick Donges (Hrsg.), Von der Medienpolitik zur Media-Governance, Zürich (i.E.)

dauernd in Bewegung und fortschreibungsbedürftig.

Die Verfassungsbeschwerde des ZDF zielt daher nicht nur auf die verfassungsrechtliche Beanstandung der Gebührenfestsetzung selbst und der Veränderungen der Prüfungsmaßstäbe der KEF, sondern auf eine fortentwickelnde Präzisierung der mehr denn je gültigen Konstruktionslogik des gestuften Verfahrensmodells des Gebührenurteils von 1994. Es erscheint daher hilfreich, diese Konstruktionslogik noch einmal in aller Kürze zu skizzieren:

## **I. Zur Logik des Gebührenfestsetzungsmodells des Gebührenurteils von 1994**

Das gestufte und kooperative Verfahrensmodell des Gebührenurteils ist so oft kommentiert und dargestellt worden,

– vgl. etwa die Beiträge in: Manfred Kops (Hrsg.), Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nach dem Gebührenurteil des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1995; ferner die Beiträge in: Die Finanzierung des Rundfunks nach dem Gebührenurteil des Bundesverfassungsgerichts, Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Bd. 64, München 1996

daß hier auf eine erneute Nachzeichnung verzichtet wird; vielmehr sollen zwei Aspekte des Gebührenurteils herausgearbeitet werden, die für die spätere Argumentation der Verfassungsbeschwerde von Bedeutung sind.

### *1. Das Modell des Gebührenurteils als Gefahrenbegrenzungsmodell*

Wenn es – wie bei den Rundfunkgebühren – um Geld geht, geht es automatisch um die Austarierung der beteiligten Interessen und als Bestandteil dessen um die Bereitstellung eines für diesen Interessenausgleich geeigneten Verfahrens. Für die Entscheidungsprozesse des modernen Staates als Finanzstaat ist dies das Haushaltsverfahren,

– zum Haushaltsrecht als Verfahrensrecht des Finanzstaates vgl. G. F. Schuppert, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, in: VVDStRL 42 (1984), S. 216 ff., 234 f.

das übrigens – wie das hier in Rede stehende Gebührenfestsetzungsverfahren – ebenfalls ein gestuftes Verfahren ist, in dem mehrere Akteure – wie die ihre Bedarfe anmeldenden Ministerien und der auf den Haushaltsausgleich bedachte Finanzminister als »ministre de l'équilibre budgétaire« – arbeitsteilig zusammenwirken.

– klassisch zur Analyse des budgetären Entscheidungsprozesses als Verfahren mit verschiedenen Akteuren mit je spezifischen Rollenerwartungen Aaron B. Wildavsky, The Politics of the Budgetary Process, 1964

Dabei sind die handelnden Akteure auch dann, wenn sie sich selbst als Gemeinwohllakteure verstehen, stets **in Versuchung**, ihre jeweiligen legitimen Interessen zur Richtschnur ihres Handelns zu machen. So wird sich bei einem Bedarfsanmeldeverfahren niemand darüber verwundern, wenn wegen der Wichtigkeit und stetigen Verbesserungswürdigkeit der Aufgabenerfüllung der Aufgabenträger in der Regel höhere Bedarfe als bisher anmeldet; ebenso wird man sich nicht darüber verwundern dürfen, wenn ein über die Höhe einer Gebühr entscheidender Akteur bei der Gebührenfestsetzung auch bestimmte Steuerungsabsichten zumindest mit verfolgt. Ein solches Verhalten ist weder pathologisch, noch tadelnswert, sondern liegt in der Natur der Sache und ist daher von den für die Verfahrensgestaltung verantwortlichen Instanzen von vornherein in Rechnung zu stellen.

Diese realistische Perspektive, die das Verhalten von individuellen und organisierten Akteuren stets auch als interessengeleitetes Verhalten ins Kalkül zieht, hat auch das BVerfG in seinem Gebührenurteil eingenommen und an zwei Stellen die Versuchungen der Akteure thematisiert. Dabei hatte es offenbar weniger die mit einem Bedarfsanmeldeverfahren verbundene Gefahr der Selbstbedienungsmentalität im Auge als vor allem die Gefahr der **Instrumentalisierung des Rundfunks durch die Politik**. So heißt es auf Seite 89 der Urteilsgründe über die Gefahr der eigenen Interessendominanz wie folgt (Hervorhebungen hier und im folgenden stets nicht im Original):

– »So unverzichtbar der Staat damit als Garant einer umfassend zu verstehenden Rundfunkfreiheit ist, so sehr sind seine Repräsentanten doch selber **in Gefahr, die Rundfunkfreiheit ihren Interessen unterzuordnen.**«

Und auf S. 89 heißt es dazu ergänzend wie folgt:

- »Dem Schutzbedürfnis ist auch nicht schon durch die Einschaltung des Gesetzgebers genügt. Zwar wird der Gesetzgeber zum Schutz der Rundfunkfreiheit vor außerpublizistischen Interessen Dritter in Pflicht genommen und muß jene positive Ordnung schaffen, die die Erreichung des Normziels von Art. 5 Abs. 1 GG gewährleistet. Dessen ungeachtet bildet er aber selber eine Gefahrenquelle für die Rundfunkfreiheit, **weil die Neigung zur Instrumentalisierung des Rundfunks nicht nur bei der Regierung, sondern auch bei den im Parlament vertretenen Parteien bestehen kann.**«

Diese Gefahren, Versuchungen oder Neigungen zu begrenzen, ist das Ziel des im Rundfunkurteil vorgestellten Verfahrensmodells; das Urteil ist auch in diesem Sinne verstanden und kommentiert worden. So heißt es etwa in dem Kommentar von R. Hartstein, W.-D. Ring, J. Kreile, D. Dörr und H. Stettner

- Rundfunksrechtsvertrag, 3 Bde., Loseblattkommentar, 1999 ff. (Stand 2005), § 14 RStV, Rdnr. 19, 25

dazu wie folgt:

- »Nach Auffassung des Gerichts ist die staatliche Einflussmöglichkeit im Rahmen der Rundfunkgebührenfestsetzung augenfällig. **Es geht dem Gericht daher darum, Vorkehrungen gegen diese Gefahren zu treffen.** [...] Ausdrücklich betont das BVerfG, dass sich wesentlich genauere Kriterien nicht entwickeln ließen, da das Dilemma strukturell bedingt sei. Aus diesem Grunde müsse **eine rechtliche Struktur bereitgestellt werden, die schon bei den Gefahrenquellen ansetze und die Möglichkeit rechtswidriger Kompetenzwahrnehmungen soweit als möglich ausschließe.** Eine Struktur, die dem entspreche, könne nur in einer dem Gegenstand angemessenen Verfahrensregelung bestehen.«

Worum es also geht, ist die vom Rundfunkgesetzgeber zu lösende Aufgabe, eine **gefahrenbegrenzungsgeeignete Verfahrensordnung** für die Gebührenfestsetzung bereitzustellen. Bewährt sich diese ersichtlich nicht oder trägt der Gesetzgeber sogar selbst zu ihrer Untauglichkeit durch weitere Regelungsschritte bei, so besteht verfassungsrechtlich die Pflicht, diese Regelungen zu verbessern und dabei aus den gemachten Erfahrungen zu lernen.

- Vgl. allgemein zu dieser Korrekturpflicht des Gesetzgebers Wolfgang Hoffmann-Riem, Experimentelle Gesetzgebung, in: Bernd Becker/Hans-Peter Bull/Otfried Seewald (Hrsg.), Festschrift für Werner Thieme, Köln u.a. 1993, S. 55 ff.

## 2. *Das Modell des Gebührenurteils als rollenspezifisches Regelungsmodell*

Das Bundesverfassungsgericht selbst hat »sein« Modell der Gebührenfestsetzung als ein gestuftes und kooperatives Verfahren bezeichnet, ein Modell, in dem auf jeder Stufe ein Akteur dominiert und dabei – gestützt auf bestimmte verfahrensrechtlich eingeräumte Kompetenzen – eine spezifische Rolle wahrnimmt:

Die Rundfunkanstalten – gestützt auf ihre von der Rundfunkfreiheit umfaßte Programmfreiheit – melden ihre Finanzbedarfe an und begründen diese. Die Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) kontrolliert diese Bedarfsanmeldungen am von der Rechnungsprüfung her wohl vertrauten Maßstab der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, handelt also, da dieser Maßstab einen vorgegebenen Zweck voraussetzt,

– vgl. dazu Andreas Greifeld, Der Rechnungshof als Wirtschaftlichkeitsprüfer, 1981

programmakzessorisch. Um dieser Kontroll-Rolle gerecht werden zu können, sind – wie das Gebührenurteil ausführlich dargelegt hat – bestimmte Anforderungen an seine Zusammensetzung zu stellen: Sie hat **politikfrei** zu sein, da die Kontrolle sich nicht an politischen, sondern an **fachlichen Kriterien** zu orientieren hat.

Erst nach Durchlaufen dieser zweiten Stufe erreicht der Gebührenvorschlag die politischen Entscheidungsinstanzen, also die Landesparlamente und Ministerpräsidenten, die die eigentliche Gebührenfestsetzung im Wege staatsvertraglicher Einigung treffen.

Aber auch hierbei sind sie nicht frei; in einer für den politischen Entscheidungsprozeß – wie man wohl formulieren darf – eher ungewohnten Weise der Einschränkung der Entscheidungskriterien sind sie auf die Geltendmachung bestimmter Abweichungsgründe beschränkt. Die entscheidende Passage des Gebührenurteils lautet insoweit wie folgt (S. 103/104):

– »Die Gebührenentscheidung ist auf der Grundlage der überprüften Bedarfsanmeldungen der Rundfunkanstalten zu treffen. Wer sie trifft und wie das geschieht, ist wiederum Sache gesetzlicher Regelung. Von Verfassungs wegen muß lediglich sichergestellt sein, daß die Programmneutralität und Programmakzessorietät der Gebührenentscheidung gewahrt bleiben. Das schließt Abweichungen von der Bedarfsfeststellung nicht aus. **Doch kommen dafür nur Gründe in Betracht, die vor der Rundfunkfreiheit Bestand haben.** Programmliche und medienpolitische Zwecke scheiden, wie

dargelegt, in diesem Zusammenhang aus. Im wesentlichen werden sich die Abweichungsgründe **in Gesichtspunkten des Informationszugangs und der angemessenen Belastung der Rundfunkteilnehmer erschöpfen.**«

Insgesamt gesehen, handelt es sich bei dem Modell des BVerfG um ein **akteurszentriertes Modell**, in dem bestimmte Akteure aus verschiedenen öffentlichen Arenen – der Welt der Rundfunkveranstalter, der »Zunft« der Wirtschaftlichkeitskontrolleure und der Sphäre der Politik – in einem gestuften, kooperativen Verfahren, bestimmte Aufgaben oder Rollen zukommen. Dabei folgen sie ihrer eigenen Handlungslogik,

– vgl. zum Handeln von Akteuren in verschiedenen Entscheidungsarenen anschaulich Karl-Rudolf Korte/Manuel Fröhlich, Politik und Regieren in Deutschland, Paderborn 2004

die aber bei den genuin politischen Akteuren im Interesse der Autonomie des Rundfunks eine deutliche Einschränkung erfährt. **Funktionsvoraussetzung** dieses Modells ist also – wie Klaus Hümmerich dies zutreffend formuliert hat –

– Proceduraler Grundrechtsschutz durch Rollenkonsistenz, in: AfP 96, 118

die **Rollenkonsistenz**, da nur dann das Ineinandergreifen der Beiträge der verschiedenen Akteure im gestuften und kooperativen Verfahrensmodell des Gebührenurteils funktionieren kann; bei Hümmerich heißt es dazu zutreffend wie folgt:

– »Schon mehr als ein Jahrzehnt vor Verkündung des 8. Rundfunkurteils hat Bethge weitsichtig Art. 5 als »materielles Freiheitsrecht« umschrieben, ‚das im Bereich des Rundfunks zu einer organisationsrechtlichen Kompensation individualgrundrechtlicher Mängelerscheinungen‘ führe. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Gedanken aufgegriffen und von der Rundfunkverfassung und Programmautonomie auf die Rundfunkgebührenermittlung übertragen. Rollenkonsistenz ist ein Wesensmerkmal im Drehbuch des Zusammenspiels zwischen den Organen einer Landesrundfunkanstalt, also zwischen Intendant, Rundfunk- und Verwaltungsrat. **Rollenkonsistenz ist deshalb auch ein Wesensmerkmal im gestuften Verfahren der Rundfunkgebührenfestsetzung.** Weil sich die Rundfunkkommission mit den in § 5 des Staatsvertragsentwurfs vorgesehenen Informationsrechten in drei verschiedene Rollen begibt, schlüpft sie zwangsläufig in die Rollenbefugnis fremder Grundrechtsträger und legt sich damit Rechtspositionen zu, von denen sie das Bundesverfassungsgericht durch organisationsrechtliche Kompensation glaubte, wirksam ausgeschlossen zu haben.«

Wie im nächsten Schritt dieser Sachverhalt als Schilderung zu zeigen ist, hat der Achte Rundfunkänderungsstaatsvertrag diese Rollenkonsistenz gezielt aufge-

weicht und sich über die Einschränkung der politischen Handlungslogik auf bestimmte Abweichungsgründe absichtsvoll hinweggesetzt.

## **II. Der Achte Rundfunkänderungsstaatsvertrag als bewußte und gewollte Aushebelung eines verfassungsrechtlich gebotenen rollenkonsistenten Gebührenfestsetzungsverfahrens**

### *1. Die Gebührenfestsetzung und die politische Landschaft*

Im Oktober 2003 hatte die KEF den Entwurf ihres 14. Berichts vorgelegt, der folgendes Resümee enthielt:

– »Nach den Feststellungen der Kommission ist zum 1. Januar 2005 für die Dauer von vier Jahren eine Anhebung der Rundfunkgebühren um 1,07 € erforderlich. Von der Gebührenerhöhung entfallen 0,65 € auf die ARD und 0,45 € auf das ZDF. Der an das DeutschlandRadio fließende Anteil an der Rundfunkgebühr wird um 0,03 € gesenkt. Die Rundfunkgebühr beträgt damit 17,22 €, wovon 5,57 € auf die Grundgebühr und 11,65 € auf die Fernsehgebühr entfallen.«

Schon vor dem Bekanntwerden des Gebührenvorschlags der KEF haben sich mehrere Ministerpräsidenten gegen eine Erhöhung der Rundfunkgebühren ausgesprochen.

– Siehe die Nachweise in der Beschwerdeschrift der ARD, S. 25/26

Wie eine Grundmelodie zieht sich durch diese Stellungnahmen, eine Gebührenerhöhung passe nicht in die Landschaft, nenne man diese nun die politische Landschaft, die wirtschaftliche und finanzielle Landschaft oder – ganz allgemein – die gesellschaftliche Entwicklung. Nur geringfügig anders formuliert, aber in der Sache damit übereinstimmend, heißt es in der offiziellen Begründung zum Achten Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Achter Rundfunkänderungsstaatsvertrag)

– hier zitiert nach dem Abdruck in Hartstein/Ring/Kreile, a.a.O.

wie folgt:

– »Die nunmehr von der KEF vorgelegte Gebührenempfehlung fällt in **das Umfeld einer deutlich angespannten wirtschaftlichen Lage**, die große Herausforderungen und finanzielle Einschränkungen für alle Teile der Bevölkerung mit sich bringt. Zusätzliche Belastungen aus dem öffentlichen

und damit aus dem öffentlich-rechtlichen Bereich haben daher die Angemessenheit dieser Belastungen für die Gebührenzahler jenseits reiner Bedarfskalkulationen zu berücksichtigen.«

Daß diese pauschale Begründung einer verfassungsrechtlichen Nachprüfung nicht standhalten kann,

– vgl. Beschwerdeschrift der ARD, S. 34 ff.

sei schon an dieser Stelle angemerkt.

## *2. Die Maßstabsveränderung für die KEF als gezielte Preisgabe bisheriger Rollenkonsistenz*

Nach bisherigem Recht überprüfte die KEF den Finanzbedarf des öffentlich-rechtlichen Rundfunks »entsprechend den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit« und damit anhand eines Maßstabes, der sich nicht nur für den gesamten Bereich der Rechnungshofkontrolle bewährt hat,

– vgl. mit Nachweisen G.F. Schuppert, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, a.a.O., S. 218 ff., 256 f.

sondern der auch eine angemessene Ausbalancierung der Verantwortungsbereiche von rundfunkrechtlich gestützter Programmfreiheit und externer Wirtschaftlichkeitskontrolle ermöglicht.

– vgl. dazu Michael Libertus, Zur Frage der Eindringtiefe und Reichweite der Prüfungscompetenz der Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) bei den Parametern Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, in: ZUM 2000, S. 1064 ff.

Diese klare Rollenzuweisung an die KEF wurde durch Art. 6 Nr. 2 Buchstabe a) des Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrages preisgegeben, indem ihre Prüfungsbefugnis erweitert wurde, eine Erweiterung, zu der es in der offiziellen Begründung wie folgt heißt:

– »Mit der Ergänzung in Satz 2 wird die Praxis der KEF aufgegriffen, die Entwicklung der öffentlichen Haushalte als Vergleichsmaßstab in ihre Bewertungen einzubeziehen. Zusätzlich wird dieser Vergleichsmaßstab durch die vorgesehene **Berücksichtigung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung erweitert**. Hierfür schafft Satz 2 die Rechtsgrundlage. Auch hierbei besteht für die KEF die Möglichkeit, gemäß § 3 Abs. 4 Dritte hinzuzuziehen.«

Wie in der Beschwerdeschrift der ARD zutreffend dargelegt worden ist, wird mit der Zuweisung des neuen Prüfungsmaßstabes »offenkundig das austarierte Kompetenzsystem des kooperativen und gestuften Verfahrens« durchbrochen und anstelle einer rein fachlichen Bedarfskontrolle die Tür zu einer letztendlich maßstablosen politischen Kontrolle geöffnet.

### **III. Zur Notwendigkeit einer Verfassungsbeschwerde des Zweiten Deutschen Fernsehens**

Angesichts des geschilderten Sachverhalts liegt es im wohlverstandenen Interesse der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als Treuhänder der Rundfunkfreiheit, sich diesen Entwicklungen entgegenzustellen. Das ZDF hatte dabei zunächst auf die Möglichkeit gesetzt, sich mit den Ministerpräsidenten der Länder über eine Neugestaltung des Gebührenfestsetzungsverfahrens zu verständigen und daher am 17. Oktober 2005 dem Vorsitzenden der Rundfunkkommission einen Vorschlag zur Optimierung des Gebührenfestsetzungsverfahrens unterbreitet.

Mit Schreiben vom 17. Februar 2006 hat jedoch der Vorsitzende der Rundfunkkommission, Herr Ministerpräsident Beck, den Intendanten des ZDF davon unterrichtet, daß die Länder den ZDF-Vorschlag mit Interesse zur Kenntnis genommen hätten. Die Rundfunkkommission anerkenne das Bemühen des ZDF, das Verfahren zur Gebührenfestsetzung zu optimieren. Der gegenwärtige Sachstand, die mangelnde Konsensfähigkeit dieses Vorschlags bei den öffentlich-rechtlichen Anstalten sowie das durch die ARD in Gang gesetzte Verfahren beim Bundesverfassungsgericht ließen die Aufnahme von vertiefenden Gesprächen zwischen den Ländern und dem ZDF gegenwärtig aber als nicht zielführend erscheinen.

Angesichts dessen ist nunmehr die Erhebung der Verfassungsbeschwerde geboten.

## C. Zulässigkeit

Was die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde angeht, so kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen im wesentlichen auf die Beschwerdeschrift der ARD verwiesen werden, deren Argumentation sich die Verfassungsbeschwerde des ZDF insoweit anschließt.

Die Beschwerdefähigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten steht völlig außer Streit; daß der einzig erfolgversprechende Weg zur Wahrung ihrer Rechte in der Nachprüfung der staatsvertraglichen Rundfunkgebührenfestsetzung durch das Bundesverfassungsgericht besteht, ist – soweit ersichtlich – ebenfalls unbestritten.

– vgl. dazu Michael Libertus, Unmittelbare oder inzidente Justiziabilität der Rundfunkgebührenvorschläge in den Berichten der Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF), in: ZUM 1998, S. 961 ff.; ders., Rechtsschutz gegen die staatsvertragliche Rundfunkgebührenfestsetzung, in: AfP 2001, S. 23 ff.

Was schließlich die Beschwerdebefugnis angeht, so ist sie in zweierlei Hinsicht gegeben. Einmal beeinträchtigt die Abweichung nach unten in der Festsetzung der Gebührenhöhe (im Vergleich zum Vorschlag der KEF) die autonome Aufgabewahrnehmung des ZDF, da in den Vorschlag der KEF bereits die Eigensparleistungen der Anstalt eingegangen sind und jede weitere Herabsetzung gewissermaßen »aus der Substanz« zu erwirtschaften ist.

In ihrer Erläuterung des Betrages von 0,28 €, um den die Länder von der Feststellung des Finanzbedarfs durch die KEF nach unten abgewichen sind, wurde in der Begründung zum Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag (zu Nr. 4) auf noch nicht hinreichend erschlossene Einsparpotentiale verwiesen. Die Rundfunkanstalten hätten mit ihren Selbstbindungen ihre Entschlossenheit deutlich gemacht, diese Einsparpotentiale zu nutzen. Ein solches „weiteres Rationalisierungspotential“, das eine geringere Gebührenanhebung als von der KEF vorgeschlagen rechtfertigen könnte, gibt es jedoch nicht. Die KEF hatte in ihrem Vorschlag bereits 0,5 % des Bestandsaufwandes als zusätzliche Quote der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in Abzug gebracht und in ihrem Gebührenvorschlag eingerechnet. Dieses

Potential stand damit nicht mehr als „weiteres Rationalisierungspotential“ für eine Gebührenabsenkung zur Verfügung.

– siehe 15. KEF-Bericht Tz 15, 209

Ein über den Abzug der vorgenannten 0,5 % des Bestandsaufwandes hinausgehendes weiteres Rationalisierungspotential war zum Zeitpunkt des Gebührenvorschlags nicht konkretisiert. Die Länder haben daher ein von der KEF für die Gebührenperiode 2005 und 2008 ermitteltes Einsparpotential sozusagen ein zweites Mal veranschlagt und von der Rundfunkgebühr in Abzug gebracht. Damit beruht die Entscheidung auf einem groben sachlichen Fehler. Es zeigt sich zugleich, daß der Eingriff der Länder in die Prüfungsbefugnisse der KEF zu sachlich unrichtigen Ergebnissen führt.

Des weiteren ist die Beschwerdebefugnis dadurch gegeben, daß die vertragschließenden Länder ihrer **Regelungsverantwortung** nicht gerecht geworden sind, **eine Verfahrensordnung bereitzustellen,**

– zur Bereitstellungsfunktion des Rechts siehe G.F. Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G.F. Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden 1993, S. 65 ff.

die eine funktionsadäquate Rundfunkfinanzierung, wie sie im Gebührenvorschlag der KEF ihren Ausdruck findet, sichert und damit über die schon stattgefundene Abweichungsentscheidung vom Vorschlag der KEF schon jetzt die absehbare Gefahr begründet, daß auch in Zukunft die verfassungsrechtlich gebotene Trennung von medienpolitischer Entscheidung und Gebührenfestsetzung nicht eingehalten wird; dies abzuwarten und dieser Fehlentwicklung tatenlos zuzusehen, kann dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht zugemutet werden.

## D. Begründetheit

Auch hinsichtlich der Begründetheit macht sich die vorliegende Beschwerdeschrift die Argumentation in der Verfassungsbeschwerde der ARD zu eigen; ergänzend wird folgendes vorgetragen:

Die Verfassungsbeschwerde ist – wie schon im Sachverhaltsbericht angedeutet – begründet, weil nicht nur die Gebührenfestsetzung selbst mit der ihr gegebenen Begründung und dem dabei praktizierten Verfahren den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht der Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt; vielmehr ist der Rundfunkstaatsvertrag in der Fassung durch den 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrag auch deswegen mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG unvereinbar, weil er den grundrechtlich gebotenen Grundsatz der Trennung von rundfunkpolitischer Entscheidung und Gebührenfestsetzung nicht hinreichend gewährleistet und die Kompetenzen von Rundfunkanstalten, KEF und Bundesländern nicht hinreichend rollengerecht voneinander abgrenzt.

Zur Begründung dieser die gestellten Anträge legitimierenden Auffassung des Beschwerdeführers argumentiert die Beschwerdeschrift in vier Schritten: im ersten Schritt geht es um das Grundrecht der Rundfunkfreiheit als Organisationsgrundrecht und die daraus zu ziehenden Konsequenzen; der zweite Schritt behandelt den Weg vom Grundsatz der funktionsgerechten Organstruktur zum Grundsatz der funktionsgerechten Verfahrensstruktur; im dritten Schritt geht es um den methodischen Zusammenhang von Grundrechtsdogmatik und Organisationswissenschaft, im vierten Schritt schließlich sind die Folgerungen darzustellen, die sich aus alledem für ein verfassungsrechtlich gebotenes Gebührenfestsetzungsverfahren ergeben.

## I. Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit als Organisationsgrundrecht

Im Mittelpunkt des Gebührenurteils von 1994, der sich daran anschließenden rundfunkpolitischen und rundfunkrechtlichen Diskussion sowie auch dieser Verfassungsbeschwerde stand und steht die Frage, welche verfassungsrechtlichen Forderungen an die Beschaffenheit des **Verfahrens** der Gebührenfestsetzung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu stellen sind. Damit rückt automatisch die Bedeutung des **Verfahrensgedankens im Verfassungsrecht** in den Blick,

– vgl. dazu Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts, in: Peter Lerche/Walter Schmitt Glaeser/Eberhard Schmidt Aßmann, Verfahren als Staats- und Verwaltungsrechtliche Kategorie, Heidelberg 1984, S. 1 ff.

ein Thema, das die Staatsrechtslehre vor allem in den 70er und 80er Jahren des letzten Jahrhunderts ausführlich beschäftigt hat. **Grundrechtsschutz durch Verfahren** war das zentrale Thema,

– vgl. etwa Helmut Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, Baden-Baden 1981; Fritz Ossenbühl, Grundrechtsschutz in und durch Verfahren, in: Georg Müller (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel 1982, S. 245 ff.

ein Argumentationstopos, den auch das Gebührenurteil heranzieht, in dem es auf die wichtige **Kompensationsfunktion von Verfahren** in den Fällen abstellt,

– vgl. dazu Friedrich Schoch, Der Verfahrensgedanke im Allgemeinen Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung 1992, S. 21 ff.

in denen die materiellen Entscheidungsmaßstäbe nur eine geringe Steuerungskraft zu entfalten vermögen; im Gebührenurteil heißt es dazu

– BVerfGE 90, 60, 96

wie folgt:

–»**Prozeduraler Grundrechtsschutz** ist insbesondere dort geboten, wo die Grundrechte ihre materielle Schutzfunktion nicht hinlänglich erfüllen können. Das ist etwa der Fall, wenn ein Grundrecht keine materiellen Maßstäbe für bestimmte grundrechtsrelevante staatliche Maßnahmen zu liefern vermag und folglich auch die Ergebniskontrolle am Maßstab des Grundrechts ausfällt. Ferner kommt es dazu, wenn eine Ergebniskontrolle an materiellen Maßstäben zwar noch denkbar ist, aber erst zu einem Zeitpunkt stattfinden kann, in dem etwaige Grundrechtsverletzungen nicht mehr korrigierbar sind.

In beiden Fällen ist es erforderlich, den Grundrechtsschutz in den Prozeß der Entscheidungsfindung vorzuverlagern und nicht erst auf das Entscheidungsergebnis zu beziehen. Unter diesen Anforderungen steht auch die staatliche Rundfunkfinanzierung.«

Aber dies ist nur ein Aspekt. Zwei weitere Gesichtspunkte kommen hinzu:

Der erste Gesichtspunkt ist der der **Strukturierungsnotwendigkeit des Grundrechts der Rundfunkfreiheit**: Rundfunk zählt – wie das BVerfG in ständiger Rechtsprechung herausgearbeitet hat – zu solchen verfassungsrechtlichen Gütern, die ohne spezifischen staatlichen Schutz besonders gefährdet erscheinen und/oder erst der staatlichen Aktivität bedürfen, um zur gebotenen Funktion gebracht werden zu können, und ist ein Lebensbereich par excellence, der einer grundrechtsaktualisierenden organisatorischen Ausgestaltung bedarf, wie dies vom Bundesverfassungsgericht im 6. Rundfunkurteil

– BVerfGE 83, 238, 265 f., 296

mit den folgenden Worten herausgearbeitet worden ist:

– »Wie das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung ausgeführt hat, ist die **Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG eine dienende Freiheit**. Sie dient der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung, und zwar in einem umfassenden, nicht auf bloße Berichterstattung oder die Vermittlung politischer Meinungen beschränkten Sinn [...] Dem dienenden Charakter der Rundfunkfreiheit würde ein Verständnis von Art 5 Abs. 1 Satz 2 GG, das sich in der **Abwehr staatlicher Einflußnahme erschöpfte** und den Rundfunk im übrigen den gesellschaftlichen Kräften überließe, nicht gerecht. Zwar entfaltet das Grundrecht der Rundfunkfreiheit seinen Schutz auch und zuerst gegenüber dem Staat. Daneben **bedarf es jedoch einer positiven Ordnung**, die sicherstellt, daß der Rundfunk ebenso wenig wie dem Staat einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird, sondern die Vielfalt der Themen und Meinungen aufnimmt und wiedergibt, die in der Gesellschaft insgesamt eine Rolle spielen. **Zu diesem Zweck sind materielle, organisatorische und prozedurale Regelungen notwendig**, die an der Aufgabe der Rundfunkfreiheit orientiert und geeignet sind zu bewirken, was Art. 5 Abs. 1 GG in seiner Gesamtheit gewährleisten will (vgl. BVerfGE 57, 295[320]). Wie diese Ordnung im einzelnen ausgestaltet wird, ist **Sache der gesetzgeberischen Entscheidung**. Das Grundgesetz schreibt weder ein bestimmtes Modell vor noch zwingt es zu konsistenter Verwirklichung des einmal gewählten Modells. Von Verfassungs wegen kommt es vielmehr allein auf die Gewährleistung freier und umfassender Berichterstattung an.«

Diese die politische Ordnung des Rundfunks erst herstellenden Gesetze haben die besondere Eigenschaft, nicht wie andere Gesetze Freiheitssphären des Bürgers

abzuschirmen oder kollidierende Freiheitssphären gegeneinander abzugrenzen, sondern die Freiheit des Rundfunks erst materiell, organisatorisch und verfahrensrechtlich zu konstituieren. In der Literatur werden sie daher auch zutreffenderweise als ein besonderer Gesetzestyp angesehen, nämlich als sogenannte Ausgestaltungsgesetze, wie sie etwa von Helmuth Schulze-Fielitz

– Art 5 GG, Rdnr. 215, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 2004

den Schrankengesetzen gegenübergestellt worden sind:

– »Dieser enge Zusammenhang der Freiheit der Massenmedien mit der Existenz der öffentlichen Meinung in der Demokratie begründet auch für die gesetzliche Ausgestaltung der Freiheit der Massenmedien wesentliche Unterschiede zur Meinungs- und Informationsfreiheit als Individualrechten. Die Rechtsprechung unterscheidet ausdrücklich **für die Rundfunkfreiheit zwei fundamental unterschiedliche Arten gesetzlicher Regelungen**. Die üblichen **Schrankengesetze** greifen nach Maßgabe von Art. 5 II GG in die Kommunikationsfreiheiten zum Schutze anderer Rechtsgüter ein [...], während **Ausgestaltungsgesetze** der Realisierung des Kommunikationsgrundrechts selber dienen und eine funktionsfähige positive Ordnung der öffentlichen Meinungsbildungsprozesse sichern.«

Steuerungstheoretisch betrachtet ist dies natürlich eine höchst interessante Differenzierung von Gesetzestypen. Faßt man die Bereiche von Steuerung durch Organisation und Verfahren zusammen, so könnte man hier von **Steuerung durch Ausgestaltung** sprechen, für die dem **steuernden Gesetzgeber ein eigenständiger Gesetzestyp** zur Verfügung steht, nämlich das **Ausgestaltungsgesetz**, das sich dem Raster von Eingriff und Leistung entzieht, vielmehr die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe erst materiell, organisatorisch und verfahrensrechtlich **strukturiert**.

Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit ist also nicht nur deshalb ein besonders verfahrensgeprägtes und organisationsrechtlich durchwirktes Grundrecht,

– vgl. Christian Starck, Rundfunkfreiheit als Organisationsproblem, Tübingen 1973

weil es eines prozeduralen, vorverlagerten Grundrechtsschutzes bedarf, sondern weil es ein verfahrensmäßig und organisatorisch **strukturierungsbedürftiges Grundrecht** ist, das ohne die Schaffung gesetzgeberischer Regelungsstrukturen nicht funktionsfähig wäre. Dies gilt nicht nur für die Binnenorganisation des

Rundfunks, sondern genauso für die **verfahrensrechtliche Ausgestaltung des seine Finanzierung betreffenden Entscheidungsprozesses**.

Damit ist der dritte und besonders wichtige Gesichtspunkt angesprochen, nämlich die Funktion von Verfahren, Entscheidungsprozesse zu strukturieren. Was damit gemeint ist, hat Eberhardt Schmidt-Aßmann

– Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System. Insbesondere zur Bedeutung von Rechtsform und Verfahren im Verwaltungsrecht, Heidelberg 1982, S. 35 f.

wie folgt ausgedrückt:

– »Die heutige Aktualität des Verfahrensgedankens ist deshalb nicht eigentlich eine neue Entdeckung als vielmehr die **systematische Entfaltung einer originär rechtswissenschaftlichen Denkkategorie**, nämlich die Entscheidungsfindung als einen **zeitlich gestreckten, in Phasen gliederbaren Vorgang** zu betrachten und ihn bestimmten Rechtswerten dienstbar zu machen.«

Es ist leicht erkennbar, daß es von dieser Verfahrensfunktion, die Entscheidungsfindung als zeitlich gestreckten, in Phasen gliederbaren Vorgang zu strukturieren nur ein kurzer Weg ist zu dem gestuften kooperativen Verfahrensmodell des Gebührenurteils.

Bei dieser Strukturierung von Entscheidungsprozessen wird der die dafür erforderlichen Verfahrensstrukturen bereitstellende Gesetzgeber bedenken müssen, daß Entscheidungsprozesse **Interessenverarbeitungsprozesse** sind,

– vgl. Eberhardt Schmidt-Aßmann, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhardt Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden 1993, S. 228 ff.

die Verfahrensstrukturen also auch geeignet sein müssen, Interessen zu verarbeiten und einer verbindlichen Entscheidung zuzuführen. Denn – wie Schmidt-Aßmann zutreffend ausführt –

– A.a.O., S. 39.

hat jede Entscheidung über Interessen eine verfahrens- und eine materiellrechtliche Seite:

– »Die eigentliche Entscheidung über Interessen hat **eine verfahrens- und eine materiellrechtliche Seite**. Auch hier kommt es darauf an, neben den

auf ‚harte‘ Entscheidungen ausgerichteten rechtlichen Rahmenbedingungen zusätzlich sensible Mechanismen zu erschließen. Die Bedeutung förmlicher Vorschlagsrechte im Prozeß pluraler Gemeinwohlkonkretisierung ist ebenso zu bedenken wie die Rolle von Organisationsformen gemeinsamen Ausgleichs, wie Arbeitsgemeinschaften oder Kommissionen. Ein ebenfalls ein-zubeziehendes Thema ist die institutionalisierte Konfliktmittlung.«

Wenn dies richtig ist, daß interessenverarbeitende Entscheidungsprozesse notwendig eine verfahrensrechtliche Seite haben, dann werden – um es in der Terminologie Wolfgang Hoffmann-Riems auszudrücken –

– Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht, in: ders./Eberhard Schmidt-Aßmann, Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden 1994, S. 10 ff., 22/23

**problemangemessene Verfahrensstrukturen zur Ressource »richtiger« Entscheidungen.** Wenn man nun den Begriff der »richtigen Entscheidung« durch den der grundrechtsverwirklichenden Entscheidung ersetzt, so kann man formulieren, daß problemangemessene Verfahrensstrukturen zur Ressource grundrechtsverwirklichender Entscheidungsprozesse werden. Zugespitzt auf den hier interessierenden Fall der Gebührenfestsetzung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk wird man sagen können, daß eine problemangemessene, interessenverarbeitende Verfahrensstruktur des Entscheidungsprozesses über die Gebührenfestsetzung eine grundrechtsverwirklichende Qualität aufweist, wenn es gelingt, die verschiedenen Interessen in und durch Kommunikation artikulationsfähig zu machen und bei der Interessenklärung und -entscheidung diejenigen Interessen zu domestizieren, die nach aller Erfahrung dazu neigen, sich auf Kosten der anderen Interessen, insbesondere der der Grundrechtsträger durchsetzen zu wollen.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen wird vollends klar, daß eine Veränderung einer so auf die Verwirklichung der Rundfunkfreiheit zielenden Verfahrensstruktur wie das gestufte und kooperative Verfahrensmodell des Gebührenurteils und zwar durch eine Durchbrechung der der Interessenverarbeitung besonders dienlichen Rollenkonsistenz der Akteure, nicht eine beliebige Veränderung von Verfahrensmodalitäten darstellt, sondern **unmittelbar grundrechtsrelevant** ist und den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt.

## II. Vom Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur zum Grundsatz funktionsgerechter Verfahrensstruktur

Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen ist die folgende Passage im Gebührenurteil des Bundesverfassungsgerichts (a.a.O., S. 96):

– »Dem verfassungsrechtlichen Erfordernis der Rundfunkfreiheit ist daher nicht bereits genügt, wenn manifeste Mißbräuche der Gebührenkompetenz mit den üblichen Rechtsbehelfen bekämpft werden können. Vielmehr **muß eine rechtliche Struktur bereitgestellt werden, die schon bei den Gefahrenquellen ansetzt** und die Möglichkeit rechtswidriger Kompetenzwahrnehmungen so weit wie möglich ausschließt. Für die Rundfunkfinanzierung gilt insoweit nichts anderes als für die Konzession oder die Frequenzvergabe.

Eine Struktur, die dem entspricht, **kann nur in einer dem Gegenstand angemessenen Verfahrensregelung bestehen.**«

Was hierin zum Ausdruck kommt, kann als Fortentwicklung des Grundsatzes der funktionsgerechten Organstruktur zum Grundsatz der funktionsgerechten Verfahrensstruktur bezeichnet werden.

Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur,

– vgl. dazu von Danwitz, Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur. Verfassungsvorgaben für staatliche Entscheidungsstrukturen und ihre gerichtliche Kontrolle, in: Der Staat 35 (1996), S. 329 ff.

der sich inzwischen allgemeiner Anerkennung erfreut, ist – erstmals von Otto Küster formuliert worden,

– Das Gewaltenproblem im modernen Staat, in: AöR 75 (1949), S. 397 ff.

und zwar als Ableitung aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, dessen Funktion sich nicht in der Freiheitssicherung erschöpfe, sondern dem auch die Direktiven der Funktionsklarheit entnommen werden könnten:

– »In der Freiheitssicherung erschöpft sich aber der Zweck der Gewaltenteilung nicht. Heute steht eine andere Zwecksetzung wohl sogar im Vordergrund, mindestens aber gleichberechtigt daneben. Für sie steht leider einstweilen kein ebenso handlicher Begriff zur Verfügung, wie es der der Freiheitssicherung ist. Behelfsmäßig läßt sich das Gemeinte so umschreiben, die Gewaltenunterscheidung habe der Funktionsklarheit und aufgrund dieser Klarheit einer funktionsgerechten Organstruktur zu dienen.«

Dieser Gedanke ist in der Rechtsprechung des BVerfG positiv aufgenommen worden und gehört seit dem sog. Raketenstationierungs-Beschluß zum festen bundesverfassungsgerichtlichen Argumentationsrepertoire.

– BVerfGE 68, 1, 86; vgl. auch BVerfGE 72, 300, 317

Diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zusammenfassend, hat Fritz Ossenbühl

– Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, Bd. III, 1988, § 62, Rdnr. 49

den Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur wie folgt skizziert:

– »Mit diesem Terminus soll zum Ausdruck kommen, daß mehr und andere Anforderungen an ein Gewaltenteilungssystem zu stellen sind als nur die Sicherung der Freiheit und der Machtbalance. Ein verfassungsrechtliches Gewaltenteilungssystem erfordert, daß die Staatsfunktionen so verteilt sein müssen, daß die Staatsaufgaben und Entscheidungen von solchen Organen getroffen werden, die nach ihrer inneren Struktur, Besetzung und Arbeitsweise, dem zu beobachtenden Entscheidungsprozeß usw. für die betreffende Aufgabe legitimiert und gerüstet sind. Insoweit ist hinzuweisen auf neue Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen eindeutig zum Ausdruck kommt, daß es für **staatliche Entscheidungen** nicht nur auf ein Höchstmaß an demokratischer Legitimation ankommt, sondern vor allem darauf, daß sie »möglichst richtig, d.h. von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen« (BVerfGE 68, 1, 86). Erneut wird in Anknüpfung an den Kalkar-Beschluß davor gewarnt, aus dem Demokratieprinzip einen »fälschlich abgeleiteten Gewaltenmonismus in Form eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts« zu entnehmen. Daraus zieht das Gericht Folgerungen für exekutivische Zuständigkeiten im Bereich der auswärtigen Gewalt. »Die grundsätzliche Zuordnung der Akte des auswärtigen Verkehrs zum Kompetenzbereich der Exekutive beruht auf der Annahme, daß institutionell und auf Dauer typischerweise allein die Regierung in hinreichendem Maße über die personellen, sachlichen und organisatorischen Möglichkeiten verfügt, auf wechselnde äußere Lagen zügig und sachgerecht zu reagieren und so die staatliche Aufgabe, die auswärtigen Angelegenheiten verantwortlich wahrzunehmen, bestmöglich zu erfüllen« (BVerfGE 68, 1, 86). Damit ist das im Schrifttum verwendete Kriterium der »funktionsgerechten Organstruktur« aufgenommen und für die Vorbehaltslehre fruchtbar gemacht.«

Dieser so entwickelte und begründete Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur ist bisher ausschließlich auf den **Bereich der Staatsorganisation** und hierbei insbesondere auf den Bereich der Verwaltungsorganisation bezogen und angewendet worden. In der Literatur ist inzwischen vorgeschlagen worden, diesen Grundsatz

auf den Bereich der Normsetzung zu übertragen und vom **Grundsatz funktionsadäquater rechtlicher Regelungsformen** zu sprechen,

- vgl. dazu G.F. Schuppert/Christian Bumke, Verfassungsrechtliche Grenzen privater Standardsetzung, in: Detlef Kleindiek/Wolfgang Oehler (Hrsg.), Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, Köln 2000, S. 71 ff., 90 f.

ein Gedanke, der ansatzweise auch bei Ossenbühl anklingt, wenn er in seinem Beitrag über das Verhältnis von »Gesetz und Verordnung im gegenwärtigen Staatsrecht«

- in: G.F. Schuppert (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates. Symposium anlässlich des 60. Geburtstages von Christian Starck, Baden-Baden 1998, S. 27 ff.

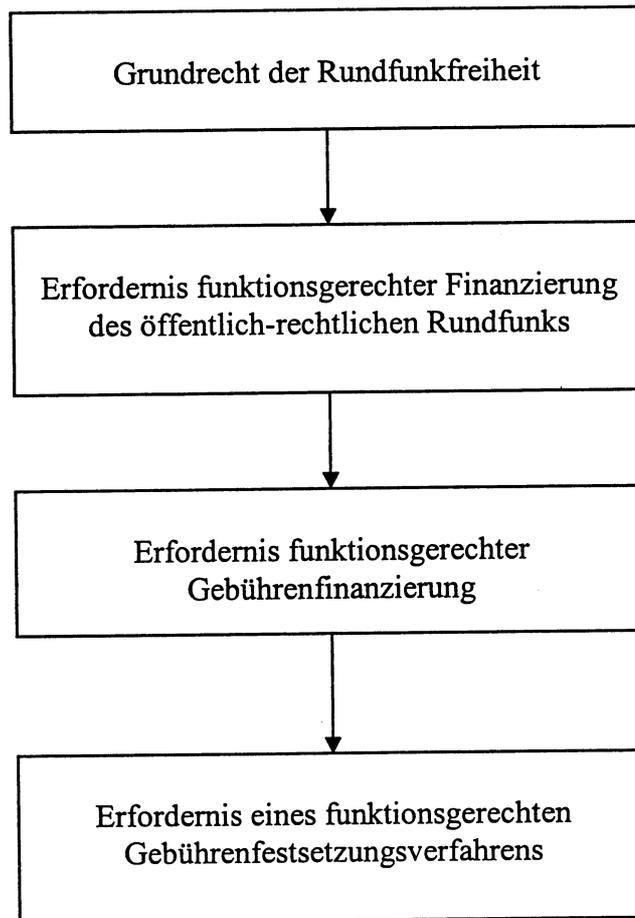
folgendes ausführt:

- »Noch bevor wir uns in spezifische Probleme unserer Verfassungsrechtsordnung vertiefen, erscheint es nützlich und auch in gewisser Weise beruhigend zu erwähnen, daß wir es bei der gestellten Thematik mit einem Problem zu tun haben, welches sich in jedem demokratisch geordneten Staat stellt. Vereinfacht und verallgemeinernd ausgedrückt geht es darum, wie man im demokratischen Rechtsstaat die Willensbildung so organisieren kann, daß sie eine **gelungene Rechtsetzung** hervorbringt, wobei die Rechtsetzung dann als ‚gelungen‘ zu bezeichnen ist, wenn sie sowohl den demokratischen und rechtsstaatlichen Grunderfordernissen entspricht als auch zugleich **›möglichst richtige Entscheidung‹ hervorbringt.**«

Hier wird nun vorgeschlagen – was von der Sache her im Gebührenurteil schon angelegt ist – in Erweiterung der Grundsätze funktionsgerechter Organstruktur und funktionsadäquater rechtlicher Regelungsformen vom **Grundsatz funktionsgerechter Verfahrensstruktur** zu sprechen. Für den Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ergäbe sich hieraus eine konsequente Fortentwicklung des vom BVerfG wiederholt betonten **Erfordernisses seiner funktionsgerechten Finanzierung**, wobei das Gericht unter funktionsgerechter Finanzierung die **Gebührenfinanzierung** versteht,

- vgl. BVerfGE 73; 118, 158; 87, 181, 199

da diese »die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk gemäße Art der Finanzierung« sei. Damit sieht die für diese Verfassungsbeschwerde bedeutsame Argumentationskette wie folgt aus:



Mit diesem **Grundsatz funktionsgerechter Verfahrensstruktur** bleibt die Ausgestaltung des Gebührenfestsetzungsverfahrens rückgekoppelt an die Grundrechtsgarantie der Rundfunkfreiheit sowie an das Erfordernis, möglichst richtige, d.h. grundrechtsverwirklichende Entscheidungen zu ermöglichen. Dies kann naturgemäß keine punktgenaue Steuerung sein, aus der man gewissermaßen rechnerisch eine bestimmte Gebührenhöhe ermitteln könnte. Da **Steuerung durch Verfahren** der Sache nach **Struktursteuerung** ist,

– vgl. dazu G.F. Schuppert, Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Baden-Baden 2000, S. 582 ff.

kann es nur darum gehen, gewissermaßen verfahrensrechtliche **Entscheidungskorridore** zu schaffen, die eine gewisse Gewähr dafür bieten, daß der Entscheidungsprozeß in die richtige, d.h. grundrechtsverwirklichende Richtung geht, Fehlentwicklungen abgeschnitten und Gefahrenquellen möglichst verstopft werden. Welche Überlegungen und Kriterien beim »Design« einer funktionsgerechten

Verfahrensstruktur anzustellen bzw. anzulegen sind, ist Gegenstand des nachfolgenden Gliederungspunkts.

### **III. Zum methodischen Zusammenhang von Grundrechtsdogmatik und Organisations- sowie Verwaltungswissenschaft**

Die beiden Begriffe, die sich nach den bisherigen Überlegungen als zentral herausgestellt haben, sind die der funktionsgerechten Organstruktur und der funktionsgerechten Verfahrensstruktur; Organ- und Verfahrensstruktur sind dabei häufig schwer exakt voneinander zu unterscheiden, da gerade bei Organisationsgrundrechten wie der Rundfunkfreiheit oder der Wissenschaftsfreiheit die Steuerungsebenen Organisation und Verfahren ineinander übergehen und sich gegenseitig ergänzen.

– vgl. dazu Hans-Heinrich Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, Tübingen 1994

Bei beiden Begriffen und Steuerungsebenen stellt sich das gemeinsame Problem, wie der Begriff der **Funktionsgerechtigkeit** genauer zu bestimmen ist, und zwar in **verfassungsrechtlich** relevanter Art und Weise. Um die Beantwortung der Frage: »Was ist eine funktionsgerechte Verfahrensstruktur?« kommt man daher nicht herum, ein Befund, der auch für die hier vorgelegte Verfassungsbeschwerde gilt. Will man bei der Beantwortung dieser Frage über die Dimension des Meinens, Behauptens oder Dafürhaltens hinauskommen, bedarf es der Vergewisserung über **Maßstäbe und Kriterien**, die zur **Bestimmung der Funktionsgerechtigkeit** eines organisatorischen Arrangements oder einer verfahrensrechtlichen Struktur herangezogen werden können. Insoweit können Überlegungen von Autoren weiterhelfen, die sich näher mit dem der Rundfunkfreiheit insoweit verwandten Organisationsgrundrecht der Wissenschaftsfreiheit beschäftigt haben.

#### *1. Zur Angewiesenheit der verfassungsrechtlichen Dogmatik auf organisations- bzw. verwaltungswissenschaftliche Erkenntnisse*

Wie aus der Darstellung der Funktionslogik des »gestuften und kooperativen« Verwaltungsmodells des Gebührenurteils zu lernen war, geht es bei dem **verfassungsgebotenen Zuschnitt des Gebührenfestsetzungsverfahrens** um die richti-

ge Zuordnung der – wie man es im Strafrecht formulieren würde – jeweiligen »Tatbeiträge« der beteiligten Akteure, wobei diese Zuordnung nur gelingen kann, wenn das **erwartbare Verhalten** dieser Akteure – also bei organisierten Akteuren ihr **Organisationsverhalten** – von vornherein in Rechnung gestellt wird. Die **Rechtsfrage** des verfassungsgebundenen Zuschnitts einer Organisations- oder Verfahrensstruktur kann also ohne verlässliche **Erkenntnisse über das Entscheidungsverhalten von Organisationen**, also von sog. »corporate actors«, nicht beantwortet werden.

Daß sich dies so verhält, ist mit großer Klarheit und Entschiedenheit von Eberhard Schmidt-Aßmann in seinem Beitrag über »Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht«

– in: Bernd Becker/Hans-Peter Bull/Otfried Seewald (Hrsg.), Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1993, S. 697 ff, 700, 701.

wie folgt formuliert worden:

– Nun haben schon die Diskussionen um das in manchem verwandte Problem eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren gezeigt, wie schwierig verfassungsrechtlich exakte Aussagen für das Verfahrensrecht zu formulieren sind. **Verfahren sind Handlungsketten**, über deren verfassungsgebundenen Zuschnitt nicht in einfachen juristischen Schlüssen entschieden werden kann. Weder die sonst beliebten Abwägungsmodelle noch eine Verfahrenseuphorie, die einfach diejenige Ausgestaltung mit dem höchsten prozeduralen Aufwand für verfassungsgebunden erklärt, helfen hier weiter. Diese Probleme potenzieren sich im Organisationsrecht nicht, weil Organisationen nicht einfache Handlungsabläufe, sondern Netzwerke sind. Ob eine bestimmte Organisation nach Aufbau und Entscheidungsstruktur die Wissenschaftsfreiheit in einem verfassungsrechtlich gebotenen Umfange schützt, läßt sich mit einer für rechtliche Aussagen notwendigen Sicherheit nur **in einer komplexen Bewertung beantworten, die auf verlässlichen Erkenntnissen über das Entscheidungsverhalten von Organisationen beruhen muß.**«

Solche Erkenntnisse über das Entscheidungsverhalten von Organisationen sind nicht einfach nur organisations- oder verwaltungswissenschaftlich interessant, sondern sie sind im Kontext von Organisationsgrundrechten **Rechtsfragen**; auch dies hat Schmidt-Aßmann, a.a.O., klar ausgesprochen:

– **Ein Organisationsgrundrecht veranlaßt zu Fragen nach dem Organisationsverhalten und macht sie damit zu Rechtsfragen.** Bei ihrer Beantwortung unterliegt der Gesetzgeber auch nicht nur der rechtlich weit zurückgenommenen Willkürkontrolle. Gerade die jüngere Judikatur des Bun-

desverfassungsgerichts hat das wiederholt gezeigt: Eine Fundgrube für organisationsrechtliche Aussagen stellen die neueren Rundfunk-Entscheidungen dar. Aber auch im allgemeinen Staatsorganisationsrecht ist die auf Zuständigkeitsprobleme beschränkte Sicht einer umfassenden Betrachtung gewichen. Im Urteil vom 18.12.1984 (BVerfGE 68, 1 ff., 86 – Raketenstationierung) wird das Ziel, daß staatliche Entscheidungen ›möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen‹, zum Leitprinzip der Gewaltenteilung erklärt. Spätestens seit diesem Urteil kann der Frage nach einer optimierenden Fassung von Organisationszusammenhängen in der ganzen Breite des Staats- und Verwaltungsorganisationsrechts nicht mehr ausgewichen werden. In den Entscheidungen zum Ausländerwahlrecht, zur Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften und zum nordrhein-westfälischen Rundfunkgesetz finden sich zunehmend intensivere verfassungsrechtliche Aussagen, die auf organisationspraktischen Erkenntnissen beruhen: **Das Selbstverständnis von Repräsentanten bestimmter gesellschaftlicher Gruppen, das Entscheidungsverhalten von Kollegialgremien und die Wirksamkeit einer bestimmten organisationsinternen Verfahrensvariante sind hier als Elemente von Rechtsaussagen in die verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstäbe mit hineingenommen.**«

Dies bedeutet, daß die Rechtsdogmatik sich eines Grundbestandes organisationswissenschaftlicher Erfahrungen versichern muß, will sie zu funktionsgerechten Rechtsgestaltungen gelangen; bei Schmidt-Aßmann, a.a.O., heißt es dazu wie folgt:

– »Die Rechtsdogmatik muß folglich über ihre traditionellen Hilfsmittel hinausgreifen und sich eines Grundbestandes organisationswissenschaftlicher Erfahrungen versichern, um die ‚Bewertungsgesetze‘ von Organisationen bewerten zu können. [...] Die geforderte Verbindung kann freilich nicht in unreflektierter Vermischung rechtsdogmatischer Erkenntnisse bestehen. Organisationsrecht ist nicht Organisationswissenschaft. Die Frage nach einer wissenschaftsadäquaten Organisation mündet nicht notwendig überall in ein Gebot eines denkbar größten Einflusses der Wissenschaft ein, wie umgekehrt die bloße Möglichkeit, daß eine bestimmte Entscheidungsstruktur im Einzelfall einmal zu wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen führen kann, noch nicht ihr rechtliches Verdikt bedeutet. Organisationsrechtliche Optimierungsregeln haben sich vielmehr an regelhaften, normalen Verhaltensweisen auszurichten. In diesem Sinne muß ein Organisationsmodell, das im Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG eingesetzt werden soll, typischerweise geeignet sein, freie Wissenschaft zu fördern. Die Maßstäbe des Rechts greifen folglich nicht auf das gesamte Gebiet der Organisationswissenschaft über, sondern beschränken sich auf Grundlinien. Was aber in diesem Sinne ›typisch‹ und was innerhalb eines gewählten Modells zu dessen eigenen Grundlinien ›widersprüchlich‹ ist, kann rechtlich nur unter Einbeziehung organisationswissenschaftlicher Angaben beantwortet werden.«

Wenn diese Überlegungen richtig sind – wofür nicht zuletzt zahlreiche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts als Beleg herangezogen werden können – besteht der nächste Schritt notwendigerweise darin, sich über Determinanten des Entscheidungsverhaltens von Organisationen zu vergewissern und dann zu fragen, was hieraus für die Gestaltung eines funktionsgerechten Gebührenfestsetzungsverfahrens zu folgern ist.

## 2. *Determinanten des Entscheidungsverhaltens von Organisationen oder zur verfassungsrechtlichen Relevanz von »organizational behavior«*

Zu den Determinanten des Entscheidungsverhaltens organisierter Akteure gibt es in der organisationswissenschaftlich orientierten verwaltungswissenschaftlichen Literatur reichhaltiges Material,

– vgl. etwa G.F. Schuppert, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch selbstständige Verwaltungseinheiten. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung, Göttingen 1981; Nikolaus Müller, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Institutional Choice), Köln u.a. 1993; Hans-Heinrich Trute, Funktionen der Organisation und ihre Abbildung im Recht, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 249 ff.

auf das hier zurückgegriffen werden kann. An zwei Beispielen soll gezeigt werden, welche Faktoren für das – wie es im verwaltungswissenschaftlichen Sprachgebrauch heißt – »organizational behavior« maßgeblich sind.

### a) Zur Doppelnatur der interessensvertretenden Körperschaft

Den für die deutsche Institutionenkultur typischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften der berufsständischen und wirtschaftlichen Selbstverwaltung ist – wie mehrfach überzeugend herausgearbeitet worden ist –

– vgl. Karl-Jürgen Bieback, Die öffentliche Körperschaft, Berlin 1976; Ludwig Fröhler/Peter Oberndorfer, Körperschaften des öffentlichen Rechts und Interessenvertretung, München 1974

eine **Doppelnatur** eigen: Einerseits sind sie als Körperschaften des öffentlichen Rechts nach unbestrittener Auffassung Einheiten der mittelbaren Staatsverwaltung, andererseits fungieren sie jedoch

– vgl. Ekhard Pohle, Die Interessenverbände der öffentlichen Hand. Der Anteil der Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts am Verbandswesen zu Interessenvertretung in der Bundesrepublik Deutschland. Göttingen 1962

als **Interessenvertretungen** der in ihnen zusammengeschlossenen Mitglieder. Diese Doppelnatur kommt besonders klar am Vorgang der sog. Verkammerung zum Vorschein, also der Umwandlung oder »Erhebung« berufsständischer oder wirtschaftlicher Vereinigungen zu Körperschaften des öffentlichen Rechts. Das Besondere an diesem Vorgang ist, daß hiermit gesellschaftliche Interessenvertretungen qua Integration in die Verwaltungsorganisation vom Staat kooptiert werden. Der Staat nutzt Sachverstand und Verwaltungskraft der soziologisch vorstrukturierenden Gruppierung, räumt ihr andererseits ein öffentlich-rechtliches Forum zur Artikulation ihrer Belange ein.

Daß jedenfalls die privatrechtlichen Interessenverbände in ihrer Verkammerung keine Minderung ihrer Einflußchancen, sondern vielmehr eine Aufwertung ihrer Position sehen,

– vgl. dazu Wolfram Fischer, Unternehmerschaft, Selbstverwaltung und Staat. Die Handelskammern in der deutschen Wirtschaft- und Staatsverfassung des 19. Jahrhunderts, Berlin 1964, S. 70 ff.

geht klar aus ihren Bemühungen hervor, den Status einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zu erlangen. So wurden etwa die Innungen, Handwerks- und Landwirtschaftskammern »im wesentlichen nur aufgrund des politischen Drucks der wirtschaftlichen Interessenverbände eingerichtet«.

– Bieback, a.a.O., S. 346

Für den politisch, d.h. auch am tatsächlichen Verhalten bestehender Organisationen interessierten Beobachter stellt sich naturgemäß die Frage, ob die Umfirmierung eines Berufsvereins oder Wirtschaftsverbandes in eine Kammer grundlegend etwas an den Bestimmungsfaktoren des bisherigen Organisationsverhaltens als Interessenverband ändert. Geht man – wofür gesunder Menschenverstand und Erfahrung sprechen – davon aus, daß Organisationen, die parallel laufende Interessen bündeln, dazu neigen, als Vertreter dieser Interessen zu fungieren, so ist schwerlich einzusehen, wieso dieses Organisationsverhalten sich mit dem Wechsel der Rechtsform ändern soll: **Denn die das Organisationsverhalten bestim-**

**mende interessenhomogene Struktur der die Kammer konstituierenden Mitglieder blieb vom Austausch der Rechtsform unberührt.** So kann es daher auch nicht überraschen, daß im politischen Prozeß der »Deutsche Industrie- und Handelskammertag« oder der »Zentralverband des Deutschen Handwerks« – obwohl ihre Mitglieder Einheiten der mittelbaren Staatsverwaltung sind – wie selbstverständlich als Bestandteil des interessenvertretenden Verbandswesens wahrgenommen werden.

Dieses Beispiel zeigt, daß die interessenhomogene Binnenstruktur und nicht etwa die Rechtsform das Organisationsverhalten bestimmt.

b) **Berufsständische Körperschaften und ihre Neigung zu zünftlerischem Verhalten**

Dieses Beispiel ist für den Argumentationszusammenhang dieser Verfassungsbeschwerde deswegen von besonderem Interesse, weil zu den Gefahren eines zünftlerischen Verhaltens eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ergangen ist,

– BVerfGE 33, 125 ff. – Facharztbeschuß

die in ganz ähnlicher Weise wie später das Gebührenurteil von 1994 eine bestimmte **Gefahrenquelle »normalen« Organisationsverhaltens** diagnostiziert, um darauf mit einer bestimmten **rechtlichen Therapie** – der ausdehnenden Bestimmung der Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes – zu antworten.

Wie soeben schon ausgeführt wurde, neigen parallel laufende Mitgliederinteressen bündelnde Körperschaften dazu, faktisch als Interessenvertretungen zu agieren. Wenn dieser Befund richtig ist, so kann man mit Satzungsautonomie ausgestatteten berufsständischen Kammern nicht verdenken, wenn sie bei dem Gebrauchmachen von ihrer Rechtsetzungsmacht – d.h. beim Erlaß von Berufsordnungen – das Gemeinwohl vor allem durch die Brille des Berufsstandes und seiner Interessen sehen. Dieses Problem ist bisher überwiegend unter rechtsstaatlichen und demokratietheoretischen Gesichtspunkten behandelt worden.

– vgl. Christian Starck, Autonomie und Grundrechte. Zur Regelungsbefugnis öffentlich-rechtlicher Autonomieträger im Grundrechtsbereich, in: AÖR 92 (1967), S. 449 ff.

Es ist aber der Sache nach zumindest auch, wenn nicht zuvörderst, ein Kontrollproblem. Dies deshalb, weil sich hinter der juristischen Diskussion um die Reichweite des Gesetzesvorbehalts das Problem verbirgt, inwieweit es auf gemeinsamer Interessenwahrnehmung aufgebauten Organisationen, die naturgemäß zu einer interessen- oder standesverengten Perspektive neigen, überlassen bleiben darf, die Grundrechte anderer und die Belange der Allgemeinheit so sehr berührende Probleme wie die Berufszulassung oder die Formung von Berufsbildern in eigener Regie zu entscheiden, oder ob dies dem förmlichen Gesetz vorbehalten ist.

Dieses Kontrollproblem ist vom Bundesverfassungsgericht klar herausgearbeitet worden, als es darum ging, ob die Regelung des Facharztwesens eher eine die Berufskörperschaft betreffende Standesfrage oder eine Frage der grundsätzlichen Ordnung des die Allgemeinheit angehenden Gesundheitswesens ist.

Das Gericht führt dazu im Wege einer **klarsichtigen Gefahrenanalyse** folgendes aus (a.a.O., S. 159 f.):

– »... kann es dem Gesetzgeber auch im Bereich berufsrechtlicher Regelungen nicht verwehrt sein, Berufsverbände mit Satzungsgewalt auszustatten. Er muß dabei jedoch berücksichtigen, daß die Rechtsetzung durch Berufsverbände spezifische **Gefahren für die Betroffenen** und für die Allgemeinheit mit sich bringen kann. Zum Nachteil der Berufsanfänger und Außenseiter kann sie ein Übergewicht von Verbandsorganen oder ein verengtes Standesdenken begünstigen, das notwendigen Veränderungen und Auflockerungen festgefügtter Berufsbilder hinderlich ist. **Solchen Gefahren**, die der Freiheit des Einzelnen durch die Macht gesellschaftlicher Gruppen drohen, **vorzubeugen** und die Interessen von Minderheiten und zugleich der Allgemeinheit zu wahren, **gehört mit zu den Funktionen des Gesetzesvorbehalts** [...] Die Gefahr, daß [gemeint ist: Im Fall der Regelung des Facharztwesens durch Berufsordnungen] auch sachfremde berufspolitische Erwägungen sich gegen die Interessen der Allgemeinheit durchsetzen und zu Lösungen führen, die gesundheitspolitisch nicht verantwortet werden können, ist nicht von der Hand zu weisen. Sie kann nur der Gesetzgeber steuern, dem es obliegt, die Entwicklung auf dem Gesamtgebiet der Medizin zu beobachten, die sich hieraus u.U. auch für die Struktur der Heilberufe ergebenden Folgerungen zu erkennen und die danach erforderlichen Maßnahmen gegebenenfalls auch gegen widerstreitende Gruppeninteressen durchzuführen...«

Der Vorbehalt des formellen Gesetzes wird hier klar zum Instrument der Sicherung gegenüber berufsständischen Egoismen, der Gesetzgeber fungiert – wie das Bundesverfassungsgericht es ausdrückt – als »Hüter des Gemeinwohls gegenüber Gruppeninteressen«. Die juristische Formel des Vorbehalts des Gesetzes dient als

Vehikel einer durch den Gesetzgeber für das Gesamtsystem wahrzunehmenden vorbeugenden Kontrolle gegenüber dem Subsystem der interessenvertretenden Körperschaft: Je mehr Bereiche dem Gesetzesvorbehalt unterfallen, also vom Gesetzgeber selbst zu entscheiden sind, je dichter gleichzeitig die Kontrolle der Kammern als verselbständigten Verwaltungseinheiten.

Dieses Beispiel zeigt, daß das aufgrund organisationswissenschaftlicher Überlegungen erwartbare Verhalten von Organisationen ein wesentlicher Gesichtspunkt bei der Verfassungsinterpretation – hier: Bestimmung der Reichweite des Gesetzesvorbehalts – sein kann, womit die These Schmidt-Aßmanns eindrucksvoll bestätigt wird, daß organisationswissenschaftliche Fragen auch Rechtsfragen sein können und sind.

### 3. *Zwischenbilanz*

Im Ergebnis ist es geboten, daß sich Rechtsordnung und Rechtsdogmatik – insbesondere beim Umgang mit Organisationsgrundrechten – über die Bestimmungsfaktoren des Entscheidungsverhaltens von Organisationen und die davon ausgehenden Gefahren vergewissern und sie – sei es bei der Rechtsgestaltung, sei es bei der Rechtsanwendung – ins Kalkül ziehen.

Als solche Bestimmungsfaktoren des Organisationsverhaltens kommen – wenn man über die beiden vorgestellten Beispielfälle hinausgeht und eine eher typologische Auflistung bevorzugt – vor allem die folgenden

– Überblick bei G.F. Schuppert, *Institutional Choice im öffentlichen Sektor*, in: Dieter Grimm (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, Frankfurt am Main 1996, S. 647 ff., 654

in Betracht:

- die **Art der Finanzierung** (Stichwort: mögliche Abhängigkeit vom Zuwendungsgeber)
- die **Art der Mitgliedschaft** (Stichwort: interessenvertretende Körperschaften)
- das **Selbstverständnis von Organisationen**, insbesondere als
  - **professionelles Selbstverständnis** (Stichwort: Selbstverwaltungsorganisation der Wissenschaft)

- **unternehmerisches Selbstverständnis** (Stichwort: privatwirtschaftliche Orientierung öffentlicher Unternehmen)
- **antibürokratisches Selbstverständnis** (Stichworte: Selbsthilfegruppen, NGOs)
- die **Art der Umweltbeziehungen** (Stichwort: Gefahr einer übermäßigen Klientel-Orientierung von Regulierungsinstanzen)
- die **Art der Binnenstruktur** (Stichworte: Entscheidungsregeln, Kollegialorgane) und schließlich
- das **institutionelle Eigeninteresse** von Institutionen (Stichwort: Rollenverhalten von Ministerien im budgetären Entscheidungsprozeß).

Wenn man sich über solche Bestimmungsfaktoren des Verhaltens von Organisationen vergewissert und sie gewissermaßen »im Hinterkopf« hat, so hat dies drei wichtige, rechtlich relevante Konsequenzen:

- Einmal kann man – im Sinne Schmidt-Aßmanns – Aussagen machen über das **normale oder typische Verhalten** kollektiver Akteure, ein Verhalten, das dann eben nicht als pathologisch gewertet werden kann, sondern insofern als »normal«, als es der Handlungslogik des jeweiligen Akteurs entspricht
- Zum anderen kann man das normale bzw. typische Verhalten des jeweiligen Akteurs nunmehr als **das erwartbare Organisationsverhalten in Rechnung stellen** und sich ein Urteil darüber bilden, ob dieses – angesichts eines bestimmten Regelungszwecks oder einer Grundrechtsgarantie – als damit nicht kompatibel oder möglicherweise als diese gefährdend anzusehen ist
- Gelangt man zu dieser Auffassung, so ist als dritter Schritt von den regelungsbefugten Instanzen zu entscheiden, wie solchem ziel- oder grundrechtsgefährdenden Verhalten von vorn herein begegnet werden kann, z.B. durch organisatorische oder verfahrensmäßige Vorkehrungen.

Diese Überlegungen gilt es nunmehr auf das Gebührenfestsetzungsverfahren anzuwenden.

## IV. Folgerungen für den verfassungsgebotenen Zuschnitt des Gebührenfestsetzungsverfahrens

### 1. *Versuchungen und Gefährdungspotentiale der am Gebührenfestsetzungsverfahren beteiligten Akteure*

#### a) Phase der Bedarfsanmeldung

Das Gebührenfestsetzungsverfahren beginnt gemäß § 1 des Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrages mit der Bedarfsanmeldung durch die Rundfunkanstalten. Jedes Bedarfsanmeldeverfahren enthält – wie vor allem das Beispiel des Verfahrens der Haushaltsaufstellung zeigt – die Versuchung für die anmeldenden Akteure, ihren Bedarf nicht eben klein zu reden, ein Verhalten, das auch den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten immer wieder nachgesagt wird.

– so zuletzt Michael Hanfeld, FAZ Nr. 56 vom 7. März 2006, S. 42

Ob sich dies tatsächlich so verhält, ist hier ebensowenig zu diskutieren wie, daß das Gebührenfestsetzungsverfahren so ausgestaltet ist und so praktiziert wird, daß selbst für den Fall übertriebener Bedienungswünsche keine Chance ihrer Realisierung besteht. Denn die Anmeldungen werden von einem eigens installierten Kontrollorgan überprüft, das hochkarätig besetzt ist und über eine vollständige Unabhängigkeit verfügt.

Zwei Gesichtspunkte kommen ergänzend hinzu. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 4 des Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrages erstreckt sich die Überprüfung durch die KEF auch darauf, »in welchem Umfang **Rationalisierungs- einschließlich Kooperationsmöglichkeiten** genutzt wurden«, so daß in das Verfahren eine Art Rationalisierungszwang für die Rundfunkanstalten eingebaut ist. Verstärkt wird die Ausgabendisziplin der Rundfunkanstalten ferner durch das neue Instrument der **Selbstbindungen** von ARD und ZDF, die ebenfalls in den Bericht der KEF eingehen

– 15. KEF-Bericht, Dezember 2005, Bd. 1, Anlage 2

und damit Bestandteil des Gesamtpaketes der Bedarfsprüfung durch die KEF sind.

## b) Kontrollphase

Die Kontrollphase innerhalb des Gebührenfestsetzungsverfahrens ist die Stunde der KEF, deren Kontrollauftrag und deren Zusammensetzung im Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag genau umschrieben ist. Bei jeder Kontrollinstanz kann – wie man aus Erfahrungen mit Independent Regulatory Agencies in den USA weiß –

– vgl. Paul Sabatier, *Social Movements and Regulatory Agencies: Toward a More Adequate – and Less Pessimistic – Theory of »Clientele Capture«*, in: *Policy Sciences* 6 (1975), S. 301 ff.

die Versuchung bestehen, die Probleme durch die Brille der zu kontrollierenden Klientel zu sehen und die nötige Distanz vermissen zu lassen, ein Verhalten, das bei einer ungenügenden Sicherung der Unabhängigkeit und mangelnder Unterstützung durch das politische Umfeld in Einzelfällen beobachtet worden ist.

Anlaß zur Besorgnis in dieser Richtung besteht nicht. Die Regelungen des Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrages stellen sicher, daß – ganz im Sinne des **Grundsatzes funktionsgerechter Organstruktur** – das Kontrollgremium ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des benötigten Sachverständes zusammengesetzt ist und in jeder Hinsicht – gerade auch finanziell – vollständig unabhängig ist. Die bisherige Berichtspraxis der KEF ist – und dies wird man unwidersprochen sagen dürfen – durch eine hohe Qualität und ein professionelles Selbstverständnis geprägt.

## c) Politische Entscheidungsphase

Dieser Abschnitt des Gebührenfestsetzungsverfahrens umfaßt die Erarbeitung des und die Beschlussfassung über den Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag durch die Ministerpräsidenten und dessen Ratifizierung durch die Länderparlamente. In dieser politischen Entscheidungsphase dominieren die **Ministerpräsidenten** der Länder. Sie sind genuine **politische Akteure** mit einem umfassenden politischen Gestaltungsauftrag,

– zur starken Stellung der Ministerpräsidenten im politischen System der Bundesrepublik siehe Korte/Fröhlich, *Politik und Regieren in Deutschland*, Paderborn 2004, S. 310 ff.

bei dessen Wahrnehmung sie einen breiten Spielraum besitzen.

Ihr gemeinwohlorientiertes Entscheidungsverhalten folgt – das liegt in der Natur der Sache – politischen Kriterien und Maßstäben, so daß man von einer **politi-**

**schen Handlungslogik** sprechen kann oder – zugespitzt auf den Sachbereich des Rundfunks – von einer **rundfunkpolitischen Handlungslogik**.

Gerade diese rundfunkpolitische Handlungslogik der politischen Entscheidungsinstanzen – seien dies die Ministerpräsidenten oder die Landesparlamente – ist aber nach der klarsichtigen Analyse des Rundfunkurteils von 1994 eine **denkbare Gefahrenquelle** für die im BVerfG angemahnte Dominanz der sachlich-fachlichen Kriterien bei der Gebührenfestsetzung. Das Gericht hat die Gefahr einer politisch instrumentellen Betrachtungsweise dabei als so groß angesehen, daß es den politischen Entscheidungsinstanzen nur die Geltendmachung besonderer Abweichungsgründe zugestehen wollte und als erschöpfend gemeinte Beispiele dafür Gesichtspunkte des Informationszugangs und der angemessenen Belastung der Rundfunkteilnehmer genannt hat.

Wie die Entscheidungen im Vorfeld des Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrages und die Begründung für die Abweichung vom Gebührenvorschlag der KEF eindrucksvoll belegen, war die Besorgnis des Bundesverfassungsgerichts durchaus begründet. Die Ministerpräsidenten haben – wie in der Beschwerdeschrift der ARD ausführlich dokumentiert worden ist – die Frage der Angemessenheit einer Gebührenerhöhung **nicht als sachlich-fachliches Bedarfsproblem, sondern als politisches Problem** gesehen und dementsprechend reagiert. Die Semantik ihrer Äußerungen ist – wie die verwendeten Sprachbilder der allgemeinen wirtschaftlichen Lage und der politischen Landschaft zeigen – eine genuin politische Semantik. Sowohl im Sinne der oben angestellten Überlegungen zum »organizational behavior« wie der Darlegungen Schmidt-Aßmanns handelt es sich hierbei um vollkommen rollenkonforme und erwartbare Verhaltensweisen, die als politisches Verhalten vollkommen legitim sind, aber im Verfahren der Gebührenfestsetzung aus Gründen des Schutzes der Rundfunkfreiheit gerade nicht dominieren dürfen.

Wie die Ereignisse gezeigt haben, ist das Regelwerk des Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrages in Gestalt von § 7 Abs. 2, wonach der Gebührenvorschlag der KEF »die Grundlage für eine Entscheidung der Landesregierungen und der Landesparlamente« ist und Abweichungen zu begründen sind, nicht geeignet, die politische Handlungslogik der Landesregierungen und Landesparlamente und die von ihnen ausgehende Instrumentalisierungsgefahr in ihren Auswirkungen auf die Gebührenfestsetzung ausreichend zu begrenzen. **Verfassungsrechtlich geboten** ist da-

her, eine stärkere Bindungswirkung des KEF-Vorschlages zu statuieren und die denkbaren Abweichungsgründe explizit zu benennen. Nur so – das heißt durch eine gesetzliche Umsetzung des im Rundfunkurteil von 1994 schon angelegten Verhältnisses der verschiedenen Akteure – kann offenbar ein weitgehend entpolitisiertes Gebührenfestsetzungsverfahren gewährleistet werden. Die unzureichende Verfahrenssicherung des § 7 Abs. 2 verletzt den Beschwerdeführer im Grundrecht der Rundfunkfreiheit und ist im Sinne einer funktionsgerechten Verfahrensstruktur korrekturbedürftig.

## 2. *Gewährleistung der Rollenkonsistenz der beteiligten Akteure*

Wie geschildert, ist das Gebührenfestsetzungsmodell des BVerfG ein akteurszentriertes Verfahrensmodell, dessen Funktionsfähigkeit entscheidend von der **Rollenkonsistenz** der von den Akteuren wahrgenommenen Konzepte (Bedarfsanmelder, Kontrolleure der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, eingeschränktes Abweichungsrecht der politischen Instanzen) abhängt. Insofern ist die Gewährleistung der Rollenkonsistenz von unmittelbarer verfassungsrechtlicher Relevanz. In zweierlei Hinsicht ist diese Rollenkonsistenz nicht hinreichend gewährleistet:

- Was die Rolle der Ministerpräsidenten und der Landesparlamente angeht, so ist die Beschreibung der Rollenzuweisung in § 7 Abs. 2 des Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrages – »der Gebührenvorschlag der KEF ist die Grundlage für eine Entscheidung« – nicht hinreichend präzise und bringt – wie soeben dargelegt – die **verfassungsrechtlich gebotene Restriktion der politischen Handlungslogik** im Gebührenfestsetzungsverfahren nicht hinreichend zum Ausdruck.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß den Ministerpräsidenten und Landesparlamenten damit in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise ihr politisches Mandat beschnitten würde. Es ist völlig außer Streit, daß ihre rundfunkpolitische Kompetenz davon nicht beeinträchtigt wird. Zwar darf die Entscheidung über die Gebührenhöhe nicht der Durchsetzung medienpolitischer Ziele dienen, wohl aber kann der Staatsvertragsgesetzgeber den **Funktionsauftrag** der Rundfunkanstalten umreißen und damit zugleich implizit die Höhe der Rundfunkfinanzierung determinieren. So wie die Dinge

sich entwickeln – Stichworte: neue Wettbewerber im digitalen Markt, Entgeltpläne für Programme privater Anbieter – wird möglicherweise schon bald Gelegenheit bestehen, über die Neuordnung der Rundfunklandschaft Entscheidungen vorzubereiten.

Es würde der Klarheit der verfassungsrechtlich gebotenen Trennung von medienpolitischer Entscheidung und Gebührenfestsetzung dienlich sein, würde die eigentliche Gebührenentscheidung durch gleichlautende Verordnungen der Landesregierungen erfolgen. Diese ergänzende Umgestaltung des Rundfunkstaatsvertrages würde die Art der verfassungsrechtlich gebotenen Rollenverteilung klarer hervortreten lassen.

- Was die Rolle der KEF angeht, so ergibt sich die Korrekturbedürftigkeit (vgl. Antrag Ziff. 2) nicht – wie bei den Ministerpräsidenten – aus einer ungenügenden Präzisierung der Rollenkonsistenz, sondern aus der **staatsvertraglichen Aufweichung einer ursprünglich vorhandenen Rollenklarheit**. Mit der durch den Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag der KEF überbürdeten Aufgabe, zusätzlich zum bewährten Prüfungsmaßstab der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auch die gesamtwirtschaftliche Entwicklung sowie die Entwicklung der Haushalte der öffentlichen Hand zu berücksichtigen, wird gleich in dreierlei Weise gegen den Grundsatz der Rollenkonsistenz verstoßen:

Zum einen erweisen sich die neu eingeführten Maßstäbe bei näherem Hinsehen als eigentlich maßstabslos; zu ihrer Unbestimmtheit, die sie als Kontrollmaßstab untauglich machen, ist in der Beschwerdeschrift der ARD das Nötige gesagt worden. Zum anderen wird mit den neuen Berücksichtigungsgeboten gerade der Hauptvorteil der Einschaltung der KEF als Kontrollinstanz – die Dominanz des Sachverstandes und die Klarheit des Prüfungsmaßstabes – preisgegeben und die Tür zum allgemeinen finanzpolitischen Raisonement geöffnet und damit in eklatanter Weise gegen das Gebot der Rollenkonsistenz verstoßen. Drittens schließlich ist die KEF von der Art ihrer Zusammensetzung ersichtlich auf den Rundfunksachverstand fokussiert und daher auch nicht dafür gerüstet, die allgemeine wirtschaftliche Lage als Prüfungsmaßstab zu handhaben.

Aus alledem ergibt sich, daß die Einfügung der genannten Berücksichtigungsgebote verfassungswidrig ist und den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt.

## V. **Entwicklungsperspektiven des Rundfunks und verfassungsrechtlicher Reaktionsbedarf**

Bereits im ersten Teil dieser Beschwerdeschrift war darauf hingewiesen worden, daß das Bild vom Gebührenurteil als **Schlußstein** rundfunkrechtlicher Dogmatik in die Irre führt. Es ist vielmehr so, daß sich mit dem fortschreitenden Prozeß der Digitalisierung die Rundfunklandschaft nicht nur rasant, sondern auch tief greifend verändert und zwar in einer Weise, die gerade auch die **finanziellen Grundlagen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks** zu erschüttern geeignet ist. Es ist hier nicht der Ort, diesen **Prozeß der Digitalisierung** im Detail nachzuzeichnen; vielmehr muß es ausreichen, den nachfolgenden Überlegungen einen Befund voranzustellen, der im Grund unstrittig ist und dessen Konsequenzen nicht nur für die Finanzierung des Rundfunks allgemein, sondern gerade auch für das hier in Rede stehende Gebührenfestsetzungsverfahren mit Händen zu greifen sind.

### 1. *Konsequenzen der Digitalisierung – auf dem Weg zum Bezahlfernsehen*

Der Prozeß der Digitalisierung hat – darin sind sich alle Experten einig – die Akteurskonstellation auf dem Rundfunk- und Informationsmarkt verändert: Neue Akteure treten hinzu, schon vorhandene gewinnen an Bedeutung oder verändern ihre Geschäftsfelder; zu diesen Akteuren zählen

– ZDF, Neue Wettbewerber auf dem digitalen Markt, Vorlage des Intendanten an den Fernsehrat vom 21. Februar 2006

vor allem:

- Telekommunikationsunternehmen
- Kabelgesellschaften
- Satellitenbetreiber
- Softwareunternehmen und Spielekonsolenhersteller.

Aber nicht nur die Akteurslandschaft verändert sich – besonders sichtbar am Wandel von bisherigen »carriers« zu inhaltlichen Anbietern – sondern auch das Verhalten und die Marktstrategien der Akteure. Insbesondere die Kabelgesellschaften und Satellitenbetreiber schicken sich an, ihre bisher überwiegend frei empfangbaren Sendungen zunehmend zu verschlüsseln, mit der Folge, daß sie dann nur gegen die Entrichtung eines in seiner Höhe noch nicht endgültig feststehenden **Entschlüsselungsentgelts** konsumierbar sind. Daß dieser Einstieg in das **Bezahlfernsehen** unmittelbar bevorsteht, gilt – ebenso wie seine weit reichenden Konsequenzen für die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – unter Experten als ausgemacht. Einige wenige Stimmen mögen hier zum Beleg genügen.

Die erste Stimme ist die des Beschwerde führenden ZDF. In dem schon zitierten Bericht des Intendanten

- Neue Wettbewerber auf dem digitalen Markt, S. 3

heißt es in der dem Bericht vorangestellten Zusammenfassung wie folgt:

– »Im Zuge der Digitalisierung treten neue Wettbewerber aus der Telekommunikationsindustrie, Kabelgesellschaften, Softwarehäuser, Spielehersteller und Mobilfunkunternehmen in den Fernsehmarkt ein. Aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel bilden sie eine ganz neue Liga an Wettbewerbern. Mit ihnen wird sich der Wettbewerb im dualen Rundfunksystem gravierend verändern. Bei den kommerziellen Programm-Anbietern werden die Grenzen zwischen werbefinanziertem und entgeltfinanziertem Fernsehen zunehmend verschwimmen, neue proprietäre Geschäftsmodelle und Werbeformen werden hinzukommen. **Kommerzielles Fernsehen wird zunehmend zum Bezahlfernsehen. Durch die steigende Belastung der Medienbudgets der Bürger wird einerseits der Druck auf den gebührenfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunk zunehmen.** Andererseits bietet diese Entwicklung die Chance zu verdeutlichen, wie kostengünstig dem Gebührenzahler ein vielfältiges und qualitativ hochwertiges Programm bereitgestellt wird. Die Verbreitungswege und Plattformen für TV-Programme werden vor allem durch Broadband (IP-TV) und mobile Verteilwege zunehmen. Infrastrukturunternehmen wie Kabelgesellschaften

und Telekommunikationsunternehmen werden selbst zu Inhalte-Anbietern. Angesichts dieser Entwicklungen stellt sich auch die Frage, ob neue Formen der Regulierung erforderlich sind.«

Die zweite Stimme, mit der das **Bedrohungspotential** dieser Entwicklung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk noch viel deutlicher angesprochen wird, ist dem Festvortrag zum 50jährigen Geburtstag des NDR entnommen.

– Wolfgang Hoffmann-Riem, Festvortrag vom 11. Januar 2006, Manuskript, S. 11.

Fast zum Schluß des Vortrages findet sich die folgende eindringliche Passage:

– »Die aktuelle Konzentrationswelle wird auch angetrieben durch die Aussicht auf neuartige crossmediale Synergieeffekte und Steuerungsmöglichkeiten. Die jüngste Einigung von Kabelnetzbetreibern und kommerziellen Rundfunkanbietern über die Einspeisung in digitalisierte Kabelnetze ermöglicht **Ausschlußeffekte**, nämlich auch die Verschlüsselung der Dienste, die gegebenenfalls nur gegen Entgelt entschlüsselt werden. Die dadurch mögliche »**digitale Mautstelle**« für **Kabelfernsehen** könnte der Anfang vom Ende der Trennung von Pay TV und Free TV im kommerziellen Fernsehen sein. Ich sage voraus, dies wird gravierende medienpolitische Folgen auch für öffentlich-rechtlichen Rundfunk haben. Dessen Chancen, angemessene Gebühren zugestanden zu bekommen, sinken, wenn die Bürger nunmehr zusätzlich Entgelte für den Empfang kommerzieller Vollprogramme zahlen müssen. Diese Entwicklung ist aus meiner Sicht die **zurzeit stärkste Bedrohung für öffentlich-rechtlichen Rundfunk**.«

Diese Entwicklung zum Bezahlfernsehen zu skizzieren, bedeutet nicht etwa das übertriebene Ausmalen eines noch weit entfernten Szenarios, sondern beschreibt eine unmittelbar bevorstehende Gefahr; im Bericht der Berliner Zeitung vom 7. März 2006

– »Wer sehen will, muß zahlen«, Nr. 56, S. 26

heißt es dazu wie folgt:

– »In der vergangenen Woche hat Europas größter Satellitenbetreiber Astra angekündigt, bislang frei empfangbare Digitalprogramme zu verschlüsseln und nur gegen Entrichtung einer Monatsgebühr wieder sichtbar machen zu wollen. Dafür braucht der Zuschauer einen Decoder, der solche Programme entschlüsseln kann sowie eine sogenannte Smartcard. Mehr als neun Millionen digitale Satellitenreceiver sind bereits im Markt, knapp die Hälfte davon kann keine verschlüsselten Programme empfangen. Deren Inhaber müßten nicht nur die Gebühr berappen, sondern sich auch einen neuen Decoder hinstellen.

Die neue Fernsehgebühr soll ab 2007 kommen und ›unter fünf Euro‹ betragen. Nur so, teilte Astra mit, ließen sich die Investitionen für die Einführung des digitalen Satellitenempfangs von mehr als 100 Millionen Euro refinanzieren, man sei bereits in guten Gesprächen mit den Sendergruppen ProSiebenSat1 und RTL.

Eine solche zusätzliche Gebühr wäre nun wirklich eine **Zeitenwende im deutschen Fernsehen**. Bisläng galt beim Satellitenempfang als abgemacht, daß nach der einmaligen Investition in Schüssel und Receiver keine weiteren Zahlungen über die normale Rundfunkgebühr von derzeit monatlich 17,03 Euro anfallen. Doch spätestens, seit sich die beiden großen Privatsender-Gruppen mit den Kabelnetzbetreibern über eine Verschlüsselung ihrer Angebote geeinigt haben, war klar, daß die Sender auch ihre Übertragung über Satellit verschlüsseln müssen, weil viele Zuschauer sonst einfach von Kabel- auf Satellitenempfang wechseln würden. Es war also nur eine Frage der Zeit, bis Astra den Vorstoß wagen würde.«

Diese Entwicklung ist so rasant, daß Politik und Verfassungsrecht Gefahr laufen, von ihr überrollt zu werden; die Frankfurter Allgemeine Zeitung

– Vom 7. März 2006, Nr. 56, S. 42

bemerkte dazu im Zusammenhang ihres Berichts über den Gang des ZDF nach Karlsruhe folgendes:

– »... man will auf das Tempo aufmerksam machen, mit dem sich die Rundfunklandschaft im Augenblick verändert, mit dem, wie Schächter sagt, ›die pace gemacht wird‹: Das Fernsehen wird – im Kabel, per Antenne und über Satellit – bis zum Jahr 2010 vollständig digitalisiert sein und bis dahin sind die Netzbetreiber, also die Kabel- und die Satellitengesellschaften, hinter denen zumeist internationale Finanzinvestoren stehen, bestrebt, **Tatsachen zu schaffen. Tatsachen wie eben jene zusätzlichen Gebühren, an denen die Politik, die von der Entwicklung bis dato regelrecht überrollt wird, dann nicht mehr vorbeikommt.** ›Das ist ein Systemwechsel‹, sagt Schächter, ein Paradigmenwechsel, an dessen Ende Bezahlfernsehen das vorherrschende Prinzip sei. Wirklich ›freies Fernsehen‹ gäbe es dann nur noch bei ARD und ZDF, doch womöglich unter ›ferner liefern‹, in Programmpaketen im Kabel und auf Satellit irgendwo auf Platz 42 bis 68. Das aber dürfte ARD und ZDF nicht reichen.«

Aus diesem eindeutigen Gesamtbefund ergeben sich auch für das hier in Rede stehende Gebührenfestsetzungsverfahren weitreichende Konsequenzen.

## 2. *Verfassungsrechtlicher Reaktionsbedarf*

Das geltende Gebührenfestsetzungsverfahren ist als **Bedarfsermittlungsverfahren** ausgestaltet, das – so das Bundesverfassungsgericht in seinem Gebührenurteil

von 1994 – möglichst politikfrei und möglichst an objektivierbaren Kriterien ausgerichtet ist. In der Logik dieses **bedarfsorientierten** Modells liegt es, daß in diesem Verfahren der Gebührenfestsetzung, nicht in der Medienpolitik als solcher, die Rolle der Politik – also von Ministerpräsidenten und Landesparlamenten – eher bescheiden ausfällt, nämlich beschränkt auf die Geltendmachung besonderer Abweichungsgründe, zu denen – nota bene – gerade auch der Gesichtspunkt der **angemessenen Belastung der Rundfunkteilnehmer** gehört. Mit der skizzierten Entwicklung zum Bezahlfernsehen und der nunmehr »doppelten Gebühr« wird dieser Gesichtspunkt der angemessenen Belastung des **Medienbudgets der Bürger** nicht nur in den Vordergrund rücken, sondern die öffentliche Diskussion vergleichbar der über die Schmerzgrenze von Benzinpreisen – eindeutig dominieren. Man kann insoweit von einem folgenschweren Wechsel von der bedarfsgerechten Gebühr zur budgetgerechten Gebühr sprechen, einer Entwicklung, die das bisherige Gebührenfestsetzungsverfahren auf den Kopf stellt und es ohne Änderungen zu einem rein politischen Festsetzungsverfahren denaturieren würde.

Dieser Entwicklung würde der öffentlich-rechtliche Rundfunk jedenfalls insoweit tatenlos zusehen müssen, als er an dem finanziell so erfolgreichen Verschlüsselungs- und Entschlüsselungssystem nicht teilnehmen kann und will, weil dies mit seiner Rolle der Grundversorgung unvereinbar wäre. Wie der Bayerische Verfassungsgerichtshof unlängst entschieden hat,

– Entscheidung vom 15. Dezember 2005, Aktenzeichen: Vf 8-VII-04

kann der öffentlich-rechtliche Rundfunk von Rundfunkteilnehmern nicht darauf verwiesen werden, sich ebenfalls dieser Finanzierungsart des Entschlüsselungsentgelts zu bedienen; in der Entscheidung

– Umdruck, S. 16

heißt es dazu wie folgt:

- »Die vom Antragsteller geforderte Codierung der Sendungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit der Folge, daß sie nur noch mittels einer gebührenrechtlich zu erfassenden Bereithaltung von Decodern zu empfangen wären, verbietet sich nach Bundesverfassungsrecht. **Wesensmerkmal der dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk aufgetragenen Grundversorgung ist nämlich eine Übertragungstechnik, bei der ein Empfang der Sendungen für alle sichergestellt ist** (vgl. BVerfG vom 24.3.1987 = BVerfGE 74,

297/326; BVerfG vom 6.10.1992 = BVerfGE 87, 181/199). Die technische Empfangbarkeit der Sendungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks muß ohne erheblichen wirtschaftlichen oder technischen Aufwand gewährleistet sein. Eine Verweisung auf eine codierte Verbreitung würde dem zuwiderlaufen (vgl. BVerwG vom 9.12.1998 = BVerwGE 108, 108/113 f.)«

Um mit den skizzierten Veränderungen angemessen umgehen zu können, bedarf es einer Fortentwicklung des Gebührenfestsetzungsverfahrens, die sicherstellt, daß der angesichts seines Grundversorgungsauftrages legitime Gebührenbedarf des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht zum Spielball rein politischer Entscheidungsprozesse und der ihnen innewohnenden Gefahren wird.

Der Beschwerdeführer erhofft sich, daß das angerufene Bundesverfassungsgericht sich diesem Sicherungsanliegen nicht verschließt und daß das Verfahren der Verfassungsbeschwerde Gelegenheit gibt, in ein Rechtsgespräch über die notwendige Fortentwicklung der rundfunkrechtlichen Dogmatik einzutreten.

## VI. Annahmegründe

Nach § 93a VerfGG bedarf die Verfassungsbeschwerde der Annahme zur Entscheidung. Sie ist zur Entscheidung anzunehmen,

- wenn ihr grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt
- wenn es zur Durchsetzung der in § 19 Abs. 1 genannten Rechte angezeigt ist.

Im vorliegenden Fall sind beide Annahmegründe gegeben, wobei zur grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedeutung insbesondere auf die unmittelbar vorhergehende Argumentation verwiesen wird.

Berlin, den 27. März 2006



Professor Dr. Gunnar Folke Schuppert