

Stellungnahme

zum Gutachten von Prof. Dr. Drs.h.c. Paul Kirchhof über
„Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks“

Im Rahmen seines im Auftrag von ARD, ZDF und D Radio erstatteten Gutachtens über „die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks“ äußert sich Paul Kirchhof auch zu Werbung und Sponsoring (vgl. S. 51 bis 53). Er empfiehlt „zur Stärkung der Rundfunkidentität“, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk künftig ohne Werbung und Sponsoring zu finanzieren. Damit werde „die Identität der Rundfunkanstalten und des Rundfunkprogramms – ein Programmablauf ohne jegliche Werbeunterbrechung – in eindrucksvoller Weise hervorgehoben. Die Notwendigkeit des Rundfunkbeitrags (*sc. künftig nach Haushalten und Betriebsstätten*) würde „für jedermann ersichtlich, weil er sich mit dem erneuerten Rundfunkbeitrag u.a. die Werbefreiheit dieses Programms erkauft“. Durch das Werbeverbot solle also, wie an anderer Stelle gesagt wird, „das Reformanliegen eines Rundfunkbeitrags sinnstiftend bewusst“ gemacht werden. Weiter heißt es: „Die in besonderer Weise freiheitssensible Garantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wahrt Distanz zu jeder Interessentenfinanzierung, stützt sich ausschließlich auf die Allgemeinheit der Abgabenschuldner, die in einem Massenverfahren in Kleinbeiträgen ohne Lenkungseffekt den Rundfunk finanzieren“ – als ob die Finanzierung durch Einnahmen aus Werbung und Sponsoring einen „Lenkungseffekt“ hätte. Das Verbot von Werbung und Sponsoring könne allerdings generell nur für die Eigenproduktion der Rundfunkanstalten gelten, nicht für den Kauf von Programmen, die nur unter den Bedingungen des Sponsorings erwerbbar seien.

Abgesehen davon, dass die Frage einer Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus Werbung und Sponsoring mit der Prüfung des bisherigen Systems der Gebührenfinanzierung und Kirchhofs Vorschlag seiner Ablösung durch einen an Haushalte und Betriebsstätten anknüpfenden „Rundfunkbeitrag“ nicht unmittelbar zusammenhängt und die entsprechenden Passagen im Gutachten eher die Bedeu-

tung von Randbemerkungen (obiter dicta) haben, übersieht die Argumentation zweierlei: erstens die Tatsache, dass Einnahmen der Rundfunkanstalten aus Werbung und Sponsoring keineswegs mit dem Makel interessengeleiteter Zuwendungen behaftet sind und daher auch nicht mit dem Begriff „Interessentenfinanzierung“ belegt werden dürfen, und zweitens den Umstand, dass die werbende Wirtschaft aus den Grundrechten der Unternehmen auf Meinungs- und Werbefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) sowie auf Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) einen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch besitzt, sich des Mediums gerade der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu bedienen, um mit ihren Werbebotschaften bestimmte Rezipienten- und Verbraucherkreise anzusprechen, die auf andere Weise, etwa durch Privatsender, nicht oder nur unzulänglich erreicht werden können.

Die Befürchtung, dass bei den öffentlich-rechtlichen Sendern die Gefahr bestehe, durch Einnahmen aus Werbung und Sponsoring von wirtschaftlichen Interessen abhängig zu werden und der Einflussnahme werbender Unternehmen ausgesetzt zu sein, kann angesichts der geringen Erträge, die dadurch erzielt werden (sie betragen im Durchschnitt bei der ARD nur 2,3 v.H. und beim ZDF 6,3 v.H. ihrer Gesamteinnahmen) ohnehin nicht ernsthaft aufrechterhalten werden. Darüber hinaus erschließt sich schon dem gesunden Menschenverstand nur schwer, welches konkrete Interesse ein werbendes Unternehmen haben sollte, auf die Programme der Anstalten Einfluss zu nehmen. Formen und Inhalte dieser Programme sind den Unternehmen völlig gleichgültig, weil es ihnen nicht darum geht, ihre Produkte in den Programmen selbst anzupreisen (davor bewahrt bereits das Verbot von „Schleichwerbung“), sondern weil sie den Rundfunk – wie bei der Plakatwerbung zum Beispiel eine Litfaßsäule – lediglich als Medium für den Transport ihrer Werbebotschaften nutzen möchten. Wäre dies anders, müsste man annehmen, dass umgekehrt der private Rundfunk, die sich überwiegend aus Werbeeinnahmen finanziert, einzig und allein den Interessen der Wirtschaft dient, was offenkundig nicht der Fall ist.

Schließlich hat auch die Sorge um die Identität der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und um die Unterscheidbarkeit ihrer Programme von denen privater Sender mit der Realität wenig zu tun. Wie zahlreiche Studien seit langem und immer wieder ergeben, steht die Wahrnehmung der Unterschiede ihrer jeweiligen Programmangebote bei den Zuschauern und Zuhörern völlig außer Frage. ARD und ZDF erzielen in

Umfragen stets einen großen Vorsprung bei allen Vorgaben, die für den kognitiven Anspruch an das Fernsehen stehen. Demgegenüber liegen die Stärken der Privatsender in den mehr emotionalen und „eskapistischen“ Eigenschaftszuschreibungen. Mit anderen Worten: „Die öffentlich-rechtlichen Fernsehprogramme wurden von den Nutzern als mit weitem Abstand sachlicher, glaubwürdiger, kompetenter, anspruchsvoller, informativer, kritischer und aktueller bewertet als die privatrechtlichen Fernsehprogramme. Die privaten Programme wurden dagegen als erheblich unterhaltsamer, lockerer, mutiger, vielseitiger, moderner und zukunftsorientierter empfunden“¹. Daran hat sich seit den neunziger Jahren des vorigen Jahrhunderts nichts geändert. Deshalb bedarf es zur Herstellung oder Verbesserung der Unterscheidbarkeit von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk keiner wie immer gearteter Werbeverbote; sie ist bereits in hinreichendem Maße vorhanden.

Demgegenüber geht Kirchhof mit keinem Wort auf die Frage ein, ob und inwieweit Werbung und Sponsoring im öffentlich-rechtlichen Rundfunk längst Teil seines Grundversorgungsauftrags geworden sind. Bereits 1987 hatte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof festgestellt, dass „der Werbefunk ... als traditioneller Bestandteil des Rundfunks von dessen öffentlich-rechtlicher Aufgabe erfasst“ werde². Inzwischen hat der Unterhaltungs- und Informationswert von Werbespots deutlich zugenommen. Daher empfindet eine immer größere Zahl von Zuschauern und Zuhörern Werbung oder Sponsoring in den öffentlich-rechtlichen Medien zunehmend weniger als störend oder gar ärgerlich. So fand etwa das Marktforschungsunternehmen TNS Infratest heraus, dass nur 13 % von 2000 repräsentativ befragten Zuschauern Sponsorhinweise im Umfeld von Spielfilmen oder Wettervorhersagen als „sehr störend“ empfinden. Drei von vier Zuschauern, so teilte TNS Infratest Ende August 2008 mit, würden sogar nach 20 Uhr Werbung bei ARD und ZDF akzeptieren, falls dadurch eine Erhöhung der Rundfunkgebühren vermieden werden könnte³. Diese Umfrageergebnisse zeigen, dass Werbefreiheit eines Programms für die Rezipienten jedenfalls kein Qualitätsmerkmal darstellt.

¹ So *Christa Maria Ridder/Bernhard Engel*, *Massenkommunikation 2005: Images und Funktionen der Massenmedien im Vergleich. Ergebnisse der 9. Welle der ARD/ZDF-Langzeitstudie „Massenkommunikation“*, in: *Media-Perspektiven* 9/2005, S. 422-448.

² BayVerwGH, Beschluss vom 16.02.1987 – 25 CE 87.00037 – , abgedr. in: *NVwZ* 1987, S. 435-437.

³ Die Ergebnisse der Umfrage sind im Internet unter der URL „http://www.presseportal.de/pm/22512/1253525/ard_zdf/“ zu finden.

Vor allem aber ist ein totales Verbot von Werbung und Sponsoring im öffentlich-rechtlichen Rundfunk selbst bei Eigenproduktionen, wie von Kirchhof gefordert, nicht statthaft, weil es verfassungswidrig wäre. Es würde nämlich gegen das Grundrechte werbender Unternehmen verstoßen, und zwar sowohl gegen deren Meinungs- und Werbefreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) als auch gegen die im Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) mitverbürgte Freiheit der unternehmerischen Betätigung, zu der namentlich auch Werbung und Sponsoring gehören⁴.

Das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) wird allgemein als Recht auf ungehinderte private oder öffentliche Kommunikation im weitesten Sinne verstanden. Es gehört nicht nur zu den konstituierenden Elementen demokratischer und rechtsstaatlicher Ordnung, sondern ebenso auch zu den unverzichtbaren Grund- und Rahmenbedingungen eines freiheitlichen Wirtschaftssystems. Nicht nur natürliche Personen, auch Unternehmen können sich unabhängig von ihrer Rechtsform darauf berufen. Inzwischen unbestritten fällt auch die Wirtschaftswerbung als „Element freier Kommunikation im wirtschaftlichen Bereich“ unter den Tatbestand der Meinungsfreiheit. Das gilt sowohl für die Produktwerbung als auch für das Sponsoring. Dies ergibt sich zugleich aus Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Werbebeschränkungen oder -verbote im öffentlich-rechtlichen Rundfunk stellen einen (mittelbaren) Eingriff in die Freiheit der Wirtschaftswerbung dar. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG begründet daher für die werbenden Unternehmen ein subjektives Abwehrrecht gegen solche faktischen Beeinträchtigungen in Form von zeitlichen oder programmlichen Restriktionen, die aus der Einflussnahme des Staates auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten resultieren. Zwar verschafft die Werbeverbreitungsfreiheit keinen Anspruch auf Zugang zum Rundfunk, wohl aber ein Recht auf Nutzung des Rundfunks als Medium zwecks Erreichens einer bestimmten Zielgruppe von Zuhörern und Zuschauern auf einem abgrenzbaren (Teil-)Werbemarkt, bei dem der öffentlich-rechtliche Rundfunk als Medium über ein Monopol verfügt.

Allerdings ist die Werbefreiheit der Unternehmen nicht schrankenlos gewährleistet. Ihre Grenzen ergeben sich nach Art. 5 Abs. 2 GG aus „allgemeinen Gesetzen“, zu denen auch der Rundfunkstaatsvertrag gehört. Dessen Vorschriften müssen freilich

⁴ Ausführlich dazu *Hans-Peter Schneider*, Werbung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Möglichkeiten und Grenzen nach deutschem und europäischem Recht, Baden-Baden 2010.

ihrerseits stets im Lichte der Werbefreiheit ausgelegt und angewandt werden, die wiederum auf das Verständnis der Werbebeschränkungen zurückwirkt (sog. Wechselwirkungstheorie). Dabei sind die widerstreitenden Grundrechtspositionen, die Werbefreiheit einerseits und die Rundfunkfreiheit (der das Verbot von Werbung und Sponsoring angeblich dienen soll) andererseits einander so zuzuordnen, dass beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können (praktische Konkordanz). Dieses Verfahren verlangt einen verhältnismäßigen Ausgleich der abzuwägenden Rechtsgüter. Zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Werbefreiheit, wie sie ein Totalverbot von Werbung und Sponsoring im öffentlich-rechtlichen Rundfunk darstellen würde, müssen diese geeignet, erforderlich und zumutbar sein, um die von der Rundfunkfreiheit vorgegeben Ziele zu erreichen.

Den von Kirchhof vorgeschlagenen Werbeverböten mangelt es schon wegen des geringen Anteils der Werbeeinnahmen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten an deren Gesamtbudget an der Eignung zu gewährleisten, dass die Anstalten nicht in eine Abhängigkeit von Wirtschaftsinteressen geraten oder deren Programme auf Massenattraktivität ausgerichtet werden und damit ihre Identität verlieren. Die Beschränkungen sind auch nicht erforderlich, weil es eine Vielzahl anderer, weniger einschneidender und die Werbefreiheit der Unternehmen geringer belastender Maßnahmen gibt, mit denen die gleichen Ziele erreicht werden könnten (Ertragsmaßstab, Einnahmeobergrenzen, Zuschaueranteile). Ein vollständiges Verbot von Werbung und Sponsoring im öffentlich-rechtlichen Rundfunk würde die Werbefreiheit schon deshalb verletzen, weil sie – dem aus Art. 5 Abs. 2 GG folgenden Gebot der Herstellung praktischer Konkordanz zuwider – im Abwägungsprozess einseitig der Rundfunkfreiheit zu weichen hätte, und wäre damit verfassungswidrig.

Durch das von Kirchhof ins Gespräch gebrachte Totalverbot von Werbung und Sponsoring im öffentlich-rechtlichen Rundfunk wird zugleich das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs.1 GG) berührt. Es schützt nicht nur traditionelle oder gesetzlich fixierte Berufsbilder, sondern aufgrund des technischen, sozialen und wirtschaftlichen Fortschritts auch neu entstandene Berufe und Erwerbstätigkeiten. Den Gewerbetreibenden und Unternehmern sichert es das Recht, einen Geschäftsbetrieb zu eröffnen, fortzusetzen und zu beenden. Damit erstreckt sich der sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit zugleich auf das berufsbezogene Verhalten einzelner Personen oder

Unternehmen am Markt und gewährleistet neben der Vertrags- und Preisfreiheit auch die Wettbewerbsfreiheit, zu der namentlich die Außendarstellung der Unternehmen und somit insbesondere deren Werbung gehören. Auch allgemeine, d.h. weder direkt berufs-, noch produkt- oder verhaltensbezogene Werbebeschränkungen, stellen als Berufsausübungsregelungen im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG dann einen Eingriff in die Unternehmensfreiheit dar, wenn sie von Gewicht sind, die Rahmenbedingungen für die Konkurrenzfähigkeit der Unternehmen verschlechtern und eine Tätigkeit betreffen, die von den Unternehmen „berufsmäßig“ ausgeübt wird. Dies wäre bei Werbebeschränkungen in Gestalt eines Totalverbots von Werbung und Sponsoring im öffentlich-rechtlichen Rundfunk der Fall.

Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG kann auch die Unternehmensfreiheit durch oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden, wenn überwiegende Gründe des Gemeinwohls den Eingriff rechtfertigen und wenn er dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Als Gemeinwohlgründe kommen aus der Rundfunkfreiheit abgeleitete Vorgaben für die Rundfunkfinanzierung in Betracht, darunter das Vielfaltsgebot, der Unabhängigkeitsgedanke, die Qualitätssicherung der Programme und die Unterscheidbarkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Diese Rechtfertigungsgründe werden jedoch bei weitem durch eine Reihe entgegenstehender Gründe aufgewogen, die Werbebeschränkungen für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten als zulässige Berufsausübungsregelungen nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG grundsätzlich infrage stellen, jedenfalls aber gegen ein Totalverbot von Werbung und Sponsoring sprechen.

Die Werbemöglichkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten fördern deren Unabhängigkeit von staatlicher Gebührenfinanzierung und entlasten finanziell die Gebührenzahler. Sie stärken den Wettbewerb auf dem Rundfunkwerbemarkt und eröffnen den Zugang zu bestimmten Rezipientengruppen, die auf anderem Wege nicht erreichbar sind. Ein Totalverbot von Werbung und Sponsoring würde nicht nur wegen der damit verbundenen Informationseinbußen, sondern auch wegen der Aussichtslosigkeit des Erwerbs von Senderechten für sportliche oder kulturelle Großveranstaltungen sogar den Grundversorgungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gefährden. Mit weiteren Einschränkungen, jedenfalls aber mit einem vollständigen Werbeverbot wäre die Grenze der Zumutbarkeit für die werbenden Un-

ternehmen eindeutig überschritten und ein Verstoß auch gegen deren Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG gegeben.

In seinem Gutachten beschränkt sich Kirchhof jedoch nicht auf die Empfehlung, Werbung und Sponsoring im öffentlich-rechtlichen Rundfunk bei Eigenproduktionen vollständig zu verbieten, sondern versucht auch deren bisheriger Rechtfertigung, sie schafften größere Staatsferne und förderten die Unabhängigkeit der Rundfunkanstalten von politischen Entscheidungen, den Boden zu entziehen. Der von ihm vorgeschlagene Rundfunkbeitrag werde auf der Grundlage eines Staatsvertrages unter den Bundesländern mit gegenläufigen politischen Programmen erhoben, der Finanzbedarf in einem mehrstufigen, neutralitätssichernden Verfahren festgesetzt, die Gesamtentscheidung verschiedenen, gewaltenteilend wirkenden Gremien anvertraut. Schließlich berge der Rundfunkbeitrag als ausschließliche Finanzierungsquelle auch nicht die Gefahr, dass die Rundfunkanstalten in der staatlichen Entscheidungskompetenz nicht angemessen finanziell ausgestattet würden, auch nicht das Risiko, dass der schonende Ausgleich zwischen dem rundfunkautonom definierten Finanzbedarf und dem Schutz des Abgabenschuldners vor übermäßiger Last durch die Landesregierungen und Landesparlamente in ihrer demokratischen Verantwortlichkeit gegenüber dem Wähler verfehlt würde.

Dabei wird freilich übersehen, dass der Gesetzgeber, der für die Festsetzung der Höhe des vorgeschlagenen Haushaltsbeitrags letzten Endes verantwortlich ist, auch bei Beachtung all dieser Verfahrenssicherungen unter ganz bestimmten Voraussetzungen von dem durch eine neutrale Instanz ermittelten Finanzbedarf der Rundfunkanstalten abweichen kann. Er muss sich dabei allerdings auf nachvollziehbare rechtfertigende Gründe stützen können. Dies ist – wie das Bundesverfassungsgericht in seinem letzten „Gebühren-Urteil“ vom 11. September 2007 (BVerfGE 119, 181 ff.) festgestellt hat – beim 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, mit dessen Regelungen vom Vorschlag der KEF um einen Betrag nach unten abgewichen wurde, der zu Einnahmeverlusten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Höhe von über 400 Mio. EUR geführt hätte, nicht geschehen. Das Gericht beanstandete, dass die dafür angegebenen Gründe in sich widersprüchlich seien und der pauschale Hinweis auf Einsparpotentiale bei den Rundfunkanstalten den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genüge.

Dieses Beispiel zeigt, dass es durchaus Fälle gibt und in Zukunft sicher auch weiterhin geben wird, in denen die Politik versucht, dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk durch finanzielle Restriktionen Zügel anzulegen und die verfassungsrechtlich gebotene „Staatsferne“ erst durch einen Gang nach Karlsruhe hergestellt werden kann. Da anzunehmen ist, dass Kirchhof diese Entscheidung kannte, wird man seine beruhigenden Ausführungen zur Neutralität und Objektivität der Gebührenfestsetzung, die schon allein durch die Ausgestaltung des Verfahrens für die nötige „Staatsferne“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sorgten, erheblich relativieren oder doch zumindest mit einem Fragezeichen versehen müssen. Dann aber verliert die bisherige verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Einnahmen aus Werbung und Sponsoring, mit denen ein Mindestmaß an Unabhängigkeit von politischen Entscheidungen hergestellt werden kann, auch in Zukunft bei einem Haushaltsbeitrag keineswegs an Bedeutung, sondern wiegt im Gegenteil hier sogar noch schwerer, weil nicht mehr an die Zahl der Geräte, sondern an Haushalte und Betriebsstätten angeknüpft werden soll, die dem Zu- oder Übergriff der Politik viel eher ausgesetzt und für eigenmächtige Regelungen zu Lasten der Rundfunkanstalten weitaus interessanter und „attraktiver“ sind, weil es dabei um potentielle Wähler geht. Kirchhofs Argumente vermögen daher insgesamt den von ihm empfohlenen Verzicht auf Werbung und Sponsoring im öffentlich-rechtlichen Rundfunk weder verfassungsrechtlich noch rundfunkpolitisch zu tragen.

Hannover, den 12. Mai 2010

gez. Schneider

(Prof. Dr. Dr.h.c. Hans-Peter Schneider)