

PETER BADURA

## Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ – ein Relikt?

### I. Die Verfassungsgarantie der Freiheit des Rundfunks

Das Bundesverfassungsgericht schreibt dem Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG die Eigenschaft einer „dienenden Freiheit“ zu und hebt damit auf die besondere und spezifische Bedeutung des Rundfunks als die individuelle und öffentliche Meinungsbildung beeinflussendes Massenmedium ab. Die ältere und neuere Kritik an dieser Charakterisierung wendet sich weniger gegen die Erfassung des medialen Sachverhalts, als gegen die davon abgeleitete Rechtsauffassung, die das Freiheitsrecht privater Rundfunkunternehmer – wie die Kritiker meinen: ungebührlich – der staatlich geordneten und angeordneten Freiheit des Rundfunks unterwirft. Die Kritik setzte früher hauptsächlich an der rechtsdogmatischen Heraushebung des Grundrechts aus dem Konzert der Freiheitsrechte an und findet in neuerer Zeit Argumente in der Entwicklung der audiovisuellen Medien und ihrer technisch ermöglichten „Konvergenz“ und in den Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts<sup>1</sup>. Namhafte Stimmen weisen die Kritik in beiden Hinsichten als nicht stichhaltig zurück<sup>2</sup>.

Die Rechtsauffassung des Bundesverfassungsgerichts stellt sich – zusammengefasst – wie folgt dar: Im Unterschied zu anderen Freiheitsrechten des Grundgesetzes handelt es sich bei der Rundfunkfreiheit nicht um ein Grundrecht, das seinem Träger zum Zwecke der Persönlichkeitsentfaltung oder Interessenverfolgung eingeräumt ist. Die Rundfunkfreiheit ist vielmehr 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. Diesem Charakter 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. Der Rundfunk bedarf vielmehr einer gesetzlichen Ordnung, die sicherstellt, dass er den verfassungsrechtlich vorausgesetzten Dienst leistet. Es ist jedoch der Rundfunk selbst, der auf Grund seiner professionellen Maßstäbe bestimmen darf, was der gesetzliche Rundfunkauftrag in publizistischer Hinsicht verlangt. Die Rundfunkfreiheit gewährleistet, dass Programmgestaltung Sache des Rundfunks bleibt und sich an publizistischen Kriterien ausrichten kann.

<sup>1</sup> H. H. Klein, 1981/2006, S. 139 ff.; Starck, „Grundversorgung“, S. 3261 f.; ders., Art. 5, Rn. 108, 110; Hain, 1993; Schoch, 1998, S. 193; Cornils, 2006, S. 796.

<sup>2</sup> Krausnick, S. 25 ff. und die dortigen Nachweise; Streinz.

Rundfunkprogramme sollen frei von staatlicher Lenkung, aber ebenso von privater Indienstnahme veranstaltet werden. Freie Meinungsbildung als Voraussetzung sowohl der Persönlichkeitsentfaltung als auch der demokratischen Ordnung vollzieht sich in einem Prozess der Kommunikation, der ohne Medien, die Informationen und Meinungen verbreiten und selbst Meinungen äußern, nicht aufrechterhalten werden könnte. Unter den Medien kommt dem Rundfunk – Hör- und Fernsehfunk – wegen seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft besondere Bedeutung zu. Unter den Bedingungen der modernen Massenkommunikation bildet der grundrechtliche Schutz der Vermittlungsfunktion des Rundfunks eine unerlässliche Voraussetzung der Erreichung des Normziels des Art. 5 Abs. 1 GG. Die Rundfunkfreiheit ist von Anbeginn im Hinblick auf die ursprünglich rein öffentlich-rechtliche Organisation des Rundfunkwesens und die Eigenart der Rundfunkveranstaltung und die massenmediale Wirkung von Hörfunk und Fernsehen als eine primär objektive Gewährleistung verstanden worden<sup>3</sup>.

Aus dieser richterrechtlichen Rundfunkverfassung lassen sich für die Frage, ob die Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ ein Relikt ist, folgende Annahmen gewinnen. Diese Annahmen erlauben eine Beurteilung für eine die richterliche Rundfunkrechtsdogmatik kritisierende These, die lautet: „Sie (sc. diese Rundfunkrechtsdogmatik) ist europarechtlich nicht zu halten, beruht in ihren Grundannahmen auf Fiktionen und vermag infolge realer Veränderungen keine überzeugenden Antworten auf die rechtliche Einordnung der ‚Neuen Dienste‘ zu geben“<sup>4</sup>.

Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) wird vom Bundesverfassungsgericht als das Grundrecht der Freiheit des Rundfunks, kurz: Rundfunkfreiheit, verstanden. Die Rundfunkfreiheit ist danach nicht nur ein Freiheits- und Abwehrrecht der Rechtspersonen, die Rundfunk veranstalten oder veranstalten wollen, sondern eine objektive Gewährleistung und Grundsatznorm des Rundfunkwesens. Dabei wird „Rundfunk“ als publizistische und massenmedial wirksame Leistung aufgefasst, die mit den Mitteln der Telekommunikation an die Allgemeinheit gerichtet ist und als Medium und Faktor an der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung teilnimmt. Diese auf verschiedenartigen technischen Übertragungswegen veranstaltete und als Programm angebotene publizistische Leistung und deren massenmediale Wirkung kann abgekürzt als „Funktion“ des Rundfunks als eines Gesamtangebots bezeichnet werden. Zur Information im Sinne des klassischen Rundfunkauftrags, der im Rundfunksystem insgesamt erfüllt werden muss, gehört die gegenständlich uneingeschränkte Information über alle Lebensbereiche unter Zugrundelegung publizistischer Kriterien mit Hilfe aller geeigneten Formate.

Das Bundesverfassungsgericht schreibt dem Rundfunk eine spezifische und auch im Interesse des Gemeinwohls liegende Fähigkeit und Aufgabe zu, der individuellen und

<sup>3</sup> BVerfGE 12, 205/250 ff.; 57, 295/319 ff.; 73, 118/152 ff.; 74, 297/323 ff.; 83, 238/295 f.; 87, 181/197; 90, 60/87 f.; 95, 220/234; 97, 228/256 ff.; 97, 298/310; 114, 371/387. – BayVerfGH VGH 56, 1/5. – Hoffmann-Riem, Medienfreiheit, 1964, S. 308 f.

<sup>4</sup> Schoch, S. 193.

öffentlichen Meinungsbildung zu dienen und für das politische und kulturelle Kommunikationssystem eine „Grundversorgung“ nach der Richtschnur der Rundfunkfreiheit zu bieten. Die „Grundversorgung“ ist ein grundrechtlich erforderlicher Standard des Gesamtangebots Rundfunk. Sie ist nicht die Umschreibung der Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks oder der Reichweite der dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zukommenden Rundfunkfreiheit. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk bietet lediglich die nach dem Grundrecht notwendige Garantie für die der Freiheit des Rundfunks entsprechende technische, publizistische und mediale „Grundversorgung“, die durch eine nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen operierende Rundfunkunternehmensstätigkeit nicht gewährleistet werden kann. Diese Garantie kann der öffentlich-rechtliche Rundfunk geben, weil er in einer Weise organisiert und finanziert ist, die politische und kommerzielle Interessen und Einflussnahme soweit als möglich ausschließt, jedenfalls strukturell ausschließen kann. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist somit nicht in der dualen Rundfunkordnung für die massenmediale „Grundversorgung“ der Bevölkerung „zuständig“<sup>5</sup>. Für die Qualität der Programme, nicht für die grundrechtlich ausschlaggebende Garantie, können Angleichungen der Programmabietungen in der dualen Rundfunkordnung ins Gewicht fallen.

Bestand und Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind durch seinen spezifischen Beitrag zur gemeinwohlorientierten Funktion des Rundfunks, wie sie das Grundrecht gebietet, zu erklären und gerechtfertigt. Die ursprünglich konstatierte technische und finanzielle „Sondersituation“ des Rundfunkwesens war und ist nicht etwa die „Legitimationsgrundlage“ oder die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die mit der Formel von der „Sondersituation“ gemeinten technischen und finanziellen Gegebenheiten sind für das Bundesverfassungsgericht von vornherein lediglich Umstände, die für den Weg bedeutsam sind, auf dem die Freiheit des Rundfunks gesichert werden muss, um dem Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG genüge zu tun. Die Art und Weise der Gewährleistung, nicht das grundrechtliche Schutz- und Ordnungsziel, ändert sich mit den sich verändernden Bedingungen<sup>6</sup>. Jene „Sondersituation“ konnte und kann lediglich die Monopolstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks begründen und rechtfertigen. Sie spielt nur für den rundfunk- und wettbewerbsrechtlich zu regelnden Zugang privater Unternehmen zur Rundfunkveranstaltung eine Rolle.

Die Rechtsauffassung des Bundesverfassungsgerichts zur Auslegung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG lässt sich dahingehend dogmatisieren, dass die Gewährleistung der Freiheit des Rundfunks eine Regelung durch Gesetz voraussetzt und dass die subjektive Freiheit der Rundfunkveranstaltenden Rechtspersonen den durch Gesetz zu sichernden Anforderungen der Rundfunkfreiheit genügen muss. Das gilt, wenn auch in der jeweiligen Eigenart entsprechend unterschiedlicher Weise, für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und die privaten Rundfunkunternehmen. Die der objektiven Gewährleistung und Grundsatznorm der Verfassung zu entnehmenden

<sup>5</sup> Schäfer, 2004, S. 57 ff.; Kube, 2006, Rn. 13.

<sup>6</sup> BVerfGE 73, 118/154 f.

Anforderungen eines freien und funktionsgerechten Rundfunks sind dem Grundrecht immanente Leitlinien der notwendigen Ausgestaltung der grundrechtlichen Freiheit durch das Gesetz. Sie sind nicht „Einschränkungen“ des Grundrechts im Sinne des Art. 19 Abs. 1 GG und führen nicht zu „Schranken“ in Vorschriften der allgemeinen Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG. Wenn und soweit die rundfunkrechtliche Gesetzgebung die publizistische und wirtschaftliche Freiheit der Anstalten oder Unternehmen über das der objektiven Gewährleistung dienliche Maß hinausgehend beeinträchtigt, ist sie eine grundrechtswidrige Ausgestaltung des Grundrechts. Eine Beschneidung der publizistischen oder wirtschaftlichen Freiheitsgarantie zur Regelung anderer als rundfunkfreiheitlicher Ziele oder Rechtsgüter unterliegt als „allgemeines Gesetz“ der „Ausstrahlungswirkung“ des Grundrechts und damit den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Das Grundrecht schützt nicht nur die „Funktion“ des Rundfunks, sondern die Freiheit des Rundfunks und kann nicht als bloßes „Funktionsgrundrecht“ verstanden werden<sup>7</sup>. Die Freiheit des Rundfunks als Grundrecht muss die Freiheit eines bestimmten Subjekts sein. Sie kann nicht nur als eine nach Maßgabe einer autonom konstruierten Sachgesetzlichkeit garantierte Handlungsfreiheit gedacht werden.

Die Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit durch Gesetz muss die Programmautonomie der Anstalten und Unternehmen beachten, muss zur Gewährleistung freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung geeignet und erforderlich sein und darf die private Rundfunkunternehmensstätigkeit nicht wesentlich erschweren. Die Rundfunkunternehmen sind in wirtschaftlicher Hinsicht durch Art. 12 Abs. 1 GG und, soweit sie ihren Sitz im Ausland haben (Art. 19 Abs. 3 GG), durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Die Chancengleichheit der Anstalten und Unternehmen im publizistischen und wirtschaftlichen Wettbewerb (Art. 3 Abs. 1 GG) ist zugunsten der öffentlich-rechtlichen Anstalten nur soweit modifiziert, als die diesen obliegende Garantie der „Grundversorgung“ einschließlich der Bestands- und Entwicklungsgarantie und der staatlichen Finanzierungsverantwortung nicht beeinträchtigt wird.

## II. Öffentlich-rechtliche Anstalten und private Unternehmen in der dualen Ordnung des Rundfunks

Das Gesamtangebot des Rundfunks in Deutschland weist eine beträchtliche Vielfalt auf, die es dem Verfassungsgrundsatz der Freiheit des Rundfunks und dem Prinzip des publizistischen Wettbewerbs verdankt. Der Gesetzgeber, der sich für die duale Rundfunkordnung entschieden hat, muss unter Respektierung der Programmautonomie der öffentlich-rechtlichen Anstalten und der Programmfreiheit der privaten Rundfunkanbieter dafür sorgen, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen gleichgewichtiger Vielfalt in der Berichterstattung im Ergebnis durch das Gesamtangebot aller

<sup>7</sup> Badura, Gleichgewichtige Vielfalt, 1987, S. 181. – Anders Stock, 1985; Grimm, 1987, S. 27.

Veranstalter erfüllt werden<sup>8</sup>. Triebkraft und Leitstern für die Verwirklichung dieses Verfassungsauftrags ist die aus dem Grundgedanken der „dienenden Freiheit“ entwickelte Auslegung des Grundrechts der Rundfunkfreiheit.

Das Richtmaß der „Grundversorgung“ ist der durch die Freiheit des Rundfunks gebotene Standard für das Gesamtangebot des Rundfunks, für den der öffentlich-rechtliche Rundfunk garantieren kann. Dieser Begriff bezeichnet in der dualen Rundfunkordnung weder eine Mindestversorgung, auf die der öffentlich-rechtliche Rundfunk beschränkt ist oder ohne Folgen für die Anforderungen an den privaten Rundfunk beschränkt werden könnte, noch nimmt er eine Grenzziehung oder Aufgabenteilung zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Veranstaltern etwa in dem Sinne vor, dass jene für den informierenden und bildenden, diese für den unterhaltenden Teil des Programmangebots zuständig wären. Der so zu bestimmende Grundversorgungsauftrag lässt sich im dualen System unter den bestehenden Bedingungen nur erfüllen, wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht allein in seinem gegenwärtigen Bestand, sondern auch in seiner zukünftigen Entwicklung gesichert ist<sup>9</sup>. Die Programme privater Anbieter vermögen auf Grund ihres privatwirtschaftlichen Modus Operandi der Aufgabe umfassender Berichterstattung und Information nicht in vollem Ausmaß gerecht zu werden<sup>10</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk die Rolle des Garanten des Verfassungsziels in der dualen Rundfunkordnung zugewiesen. Er soll den Primat der publizistischen Leistung gegenüber der ökonomischen Dimension sicherstellen. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat zu gewährleisten, dass der klassische Auftrag des Rundfunks erfüllt wird, der neben seiner Rolle für Meinungs- und Willensbildung, neben Unterhaltung und Information seine kulturelle Verantwortung umfasst. Neuerdings ist von dem mehr oder weniger weit bemessenen „Funktionsauftrag“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks die Rede, um dessen medienrechtlich abgegrenzten und gebührenfinanzierten Wirkungskreis abzustecken<sup>11</sup>. Die ausschlaggebende Programmautonomie darf mit dieser Zuschreibung nicht in Frage gestellt werden.

Die Gewährleistung der Freiheit des Rundfunks kann nicht ohne weiteres mit einem Recht Privater, Einzelner oder Gruppen identifiziert werden, Rundfunksendungen zu veranstalten. Wirtschaftliche Vielfalt des Wettbewerbs hat nicht notwendig publizistische Vielfalt oder gar Ausgewogenheit zur Folge<sup>12</sup>. Das Vertrauen in die

<sup>8</sup> BVerfGE 83, 238/296 f.; 97, 298/310. – *Badura*, Gleichgewichtige Vielfalt, 1987; *ders.*, Gewährleistung der Freiheit des Rundfunks, 1996; *Bethge*, Grundrechtsstatus, 1997, S. 4, 6; *ders.*, Freiheit des privaten Rundfunks, 2002, S. 677; *Eifert*, 2002, S. 33 ff.

<sup>9</sup> BVerfGE 83, 238/297 f. – *Badura*, Gleichgewichtige Vielfalt, 1987, S. 186.

<sup>10</sup> BVerfGE 73, 118/157 ff. – *Grimm*, 1987, S. 28.

<sup>11</sup> *Hoffmann-Riem*, Stadien, 1994, S. 31; *Kirchhof*, 2001; *Brenner*, 2002; *Eifert*, 2002, S. 56 ff. – Auf dem Konzept eines spezifischen „Funktionsauftrags“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks basiert das Gebot einer „funktionsgerechten Finanzierung“ der Rundfunkanstalten (BVerfGE 90, 60/90). – Der Rundfunkstaatsvertrag definiert diesen „Auftrag“ und bestimmt über die zu dessen Erfüllung zulässigen Rundfunkprogramme (§§ 11, 19 RdfStV). Er überlässt den Rundfunkanstalten, deren Programmautonomie respektierend, die nähere Ausgestaltung ihres jeweiligen Auftrags (§ 11 Abs. 4 RdfStV). Siehe den Bericht der ARD über die Erfüllung ihres Auftrags, über die Qualität und die Quantität ihrer Angebote und Programme sowie über die geplanten Schwerpunkte und die „Leitlinien 07/08“, Sept. 2006.

<sup>12</sup> *Lerche*, 1993, S. 75.

herrschaftsrationalisierende und interessenbegutachtende Funktion einer unorganisierten, nur individuell radizierten Öffentlichkeit im demokratischen Parteien- und Verbändestaat ist eine fragwürdige Prämisse für das Verständnis des durch die Medien vermittelten und bestimmten Prozesses der öffentlichen Meinung. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist der Ausdruck einer zentralen Verantwortung des Staates für die Freiheit des Rundfunks.

Die Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit ist nicht überholt und ist kein „Relikt“. Sie ist angesichts der grenzüberschreitenden Ökonomisierung der elektronischen Medien und im Hinblick auf die plebiszitäre Verformung der parlamentarischen Repräsentation durch die Wirksamkeit der Massenmedien ein notwendiges Element des demokratischen politischen Prozesses. Es ist nicht ersichtlich, dass das Gebot der Vielfaltsicherung durch neuere Entwicklungen an Gewicht verlieren könnte. Vielmehr machen die im Vergleich zu den Printmedien fortgeschrittenen und weiter fortschreitende horizontale Verflechtung auf dem Fernsehmarkt, die vertikale Verflechtung von Rundfunkveranstaltern mit Produktionsfirmen, Inhabern von Film- und Sportübertragungsrechten und Eigentümern von (Programm-)Zeitschriften sowie die Privatisierung der Übertragungswege eine Berücksichtigung nach wie vor dringlich<sup>13</sup>. Der Markt und die Marktprozesse reichen allein nicht, um als Mittler der für die Demokratie konstitutiven Funktion der Massenmedien gleichgewichtige Vielfalt zu sichern<sup>14</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt seine Einsicht über programmbegrenzende und vielfaltverengende Zwänge formuliert, die bei der Veranstaltung privatwirtschaftlich finanzierten Rundfunks zu beobachten sind<sup>15</sup>.

Die in der neueren Zeit verstärkte hervortretende Kritik an der dualen Ordnung des Rundfunks in der vom Bundesverfassungsgericht für geboten gehaltenen und in der Rundfunkgesetzgebung und den Staatsverträgen der Länder verwirklichten Form leugnet im Hauptpunkt die publizistische und massenmediale Besonderheit des Rundfunks im Konzert der audiovisuellen Medien und in der Medienwirtschaft. Die „Grundversorgung“ wird als Abgrenzungskriterium für den zugelassenen Wirkungskreis des öffentlich-rechtlichen Rundfunks angesehen und der Grundversorgungsauftrag als Maßstab für die Einrichtung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aufgefasst. Die gesetzliche Regelung der Grundversorgung wird folgerichtig als Eingriff in die zum Wesensgehalt des Grundrechts erhobene private Rundfunkveranstaltungs-freiheit gesehen und den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit unterworfen<sup>16</sup>. Die so postulierte Beseitigung der „Vergesellschaftung“ der Rundfunkfreiheit hebt die duale Ordnung des Rundfunks auf und ersetzt sie durch eine gesetzlich geordnete privatwirtschaftliche Rundfunkordnung als Grundsatz, in der sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme wiederfindet.

<sup>13</sup> BVerfGE 95, 163/173. – Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten unterstehen bei dem Abschluss von privatrechtlichen Verträgen über die Fernsehübertragung von Sportveranstaltungen grundsätzlich als Unternehmen der Kontrolle nach dem GWB (BGHZ 110, 371/375 ff.).

<sup>14</sup> Anders *H. H. Klein*, 1981/2006, S. 148.

<sup>15</sup> BVerfGE 114, 371/388.

<sup>16</sup> *Starck*, Art. 5, 2005, Rn. 123, 135 f.

Nur für ihn, nicht für den zum Regelfall erhobenen privaten Rundfunk, bleibt die Rundfunkfreiheit eine „dienende Freiheit“, es sei denn, es würde ein öffentlich subventionierter, auftragsgebundener Privatrundfunk eingerichtet<sup>17</sup>. Die geltenden Grundbedingungen des dualen Rundfunksystems würden vollends zerstört, wenn das allein auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk bezogene Grundversorgungskonzept auf einen nur die „nicht kommerzialisierbaren“ Programmbestandteile umfassenden Kernbereich zurückgeführt würde<sup>18</sup>. Mit einem auf eine „multimediale Informationsgesellschaft“ ausgeweiteten Blickwinkel, in den sich das Fernsehen als Teil einzufügen hätte, also einem nicht „rundfunkzentrischen“, sondern „multizentralen Ansatz“, wird eine funktionelle und finanzielle Trennung des privatwirtschaftlichen Rundfunks mit grundsätzlich nur wettbewerbsrechtlicher Regulierung von einem „nationalen Kulturrundfunk“ mit verstärkter medienrechtlicher Pflichtbindung propagiert<sup>19</sup>. In derartigen weniger grundrechtsdogmatischen als verfassungspolitischen Vorstellungen und Forderungen verbindet sich eine die Rundfunkfreiheit in ein medienrechtliches Freiheitsrecht verwandelnde Rechtsauffassung mit vereinfachenden Folgerungen aus der neueren technischen Konvergenz der audiovisuellen Medien: „Will das Bundesverfassungsgericht wieder eine tragende Rolle übernehmen und, auch im europäischen Rahmen beispielgebend, Leitlinien für eine neue Kommunikationsordnung entwickeln, wird es die technischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gegebenheiten der neuen Kommunikationswelt in voller Breite und Offenheit aufgreifen müssen“<sup>20</sup>. Das Gericht wird diesen Appell und seine Implikationen prüfen.

### III. Der Rundfunk als audiovisueller Dienst in der grenzüberschreitenden multimedialen Kommunikationswirtschaft und Informationsgesellschaft

Das duale Rundfunksystem sieht sich im Zeitalter der Digitalisierung der Telekommunikation neuen Bedingungen gegenüber, die vor allem durch die Vervielfachung der Übertragungskapazität, die technische Konvergenz und die Möglichkeit einer interaktiven Mediennutzung hervorgerufen werden<sup>21</sup>. Die Grenze zwischen Rundfunk und anderen an die Allgemeinheit gerichteten Informations- und Kommunikationsdiensten (Mediendiensten) auf der einen Seite und elektronischen Informations- und Kommunikationsdiensten, die für eine individuelle Nutzung bestimmt sind (Teledienste), auf der anderen Seite, gerät ins Schwimmen. Diese Entwicklung berührt

<sup>17</sup> Bullinger, Medienfreiheit, 2001, S. 214 ff.; Cornils, 2006, S. 792.

<sup>18</sup> Siehe Engel, 1996, S. 113 ff.; Cornils, 2006, S. 798 f.

<sup>19</sup> Bullinger, Medienfreiheit, 2001, S. 200 ff., 209 ff.; ders. Verfassungsgarantie, 2001.

<sup>20</sup> Bullinger, Medienfreiheit, 2001, S. 199.

<sup>21</sup> Krausnick, 2005, S. 71 ff. – Das Sechzehnte Hauptgutachten der Monopolkommission 2004/2005 befasst sich eingehend mit den „ordnungspolitischen Problemen im Rundfunkbereich“, empfiehlt dem Gesetzgeber die Korrektur bestimmter „Fehlentwicklungen“ und propagiert die Maxime: „Bezüglich der – analogen und digitalen – Übertragungskapazitäten sollte so weit wie möglich auf die Kräfte des Marktes vertraut werden“ (BTag Drucks. 16/2460, 25. 8. 2006, S. 337 ff.). Siehe: Nutzung neuer Medien, ARD-Forschungsdienst, Media Perspektiven 10/2006, S. 538.

die Abgrenzung zwischen der Bundeskompetenz für das „Recht der Wirtschaft“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) und der Kompetenz der Länder für die Rundfunkgesetzgebung und wirft naturgemäß auch die Frage der Schutz- und Ordnungsfunktion der Rundfunkfreiheit auf<sup>22</sup>. Die Bereitstellung von Rundfunksendungen auf Abruf im Internet ist heute komplementär zu dem durch Funk oder Kabel verbreiteten Programm, kann aber in Zukunft unentgeltlich oder in Form von Pay-TV möglicherweise eine Konkurrenz zum gebührenfinanzierten Rundfunk werden. Mit besonderen Online-Diensten verlassen die Rundfunkanstalten den Kompetenzraum und die grundrechtliche Garantie des Rundfunks, soweit sie nicht als Annex des angebotenen Rundfunkprogramms gelten können oder in anderer Weise geeignet sind, die Erfüllung der Programmaufgabe zu fördern. Dem Gesetzgeber muss für die nähere Ordnung des den Rundfunkanstalten eröffneten Internet-Zugangs, wie überhaupt für die Ausgestaltung der Freiheit des Rundfunks und die Abgrenzung des Rundfunkbegriffs, ein Spielraum zugestanden werden. Das Internet als solches stellt jedenfalls mit seinen diffusen und ohne publizistische Programmgestaltung dargebotenen Inhalten keinen rundfunkähnlichen Dienst dar<sup>23</sup>. Unter Programm wird herkömmlich eine auf längere Dauer angelegte, planmäßige und strukturierte Abfolge von Sendungen oder Beiträgen verstanden. Als Veranstalter eines solchen Programms ist anzusehen, wer seine Struktur festlegt, die Abfolge plant, die Sendungen zusammenstellt und unter einer einheitlichen Bezeichnung dem Publikum anbietet<sup>24</sup>. Die Programmautonomie der Rundfunkanstalten schließt das Recht ein, über die Art und Weise der Programmdarbietung „technologieneutral“<sup>25</sup> zu befinden.

Aus den Fortschritten eines multimedialen elektronischen Kommunikationssystems, der technischen Konvergenz der Kommunikation und der populistischen Programmorientierung einzelner Rundfunkdarbietungen wird zu Unrecht geschlossen<sup>26</sup>, dass der Rundfunk die Chance massensuggestiver Beeinflussung mit rundfunkfreier Relevanz verliere und dass damit die Rechtfertigung für seine „Vergesellschaftung“ entfiele. Die in der besonderen publizistischen und medialen Leistung des Rundfunks begründete Garantie der Rundfunkfreiheit wird durch die veränderten Bedingungen des Kommunikationssystems jedoch nicht hinfällig. Die differenzierte Ordnung des bereichsspezifischen Medienrechts ist durch die unterschiedlichen Funktionen der einzelnen Medien gerechtfertigt und geboten<sup>27</sup>. Die tatsächlichen Gegebenheiten, auf die sich die gebotene Gewährleistung der Freiheit des Rundfunks bezieht, sind durch die neuen technologischen Entwicklungen – insbesondere die

<sup>22</sup> Hochstein, 1997; Badura, Drei Zeitalter, 2000; Masing, 2006, Rn. 25.

<sup>23</sup> Schäfer, 2004, S. 119 ff.; Starck, Art. 5, 2005, Rn. 136 (mit zu strengem Gesetzesvorbehalt); Kube, 2006, Rn. 14 ff.

<sup>24</sup> BVerfGE 97, 298/310.

<sup>25</sup> Siehe zu dem entsprechenden regulatorischen Grundsatz: Art. 8 Abs. 1 U-Abs. 2 der Richtlinie 2002/21/EG vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. Nr. L 108/33, sowie die Vorschriften der §§ 48 ff. TKG über die Interoperabilität bei der Rundfunkübertragung.

<sup>26</sup> H. H. Klein, 1981/2006, S. 137; Schoch, 1998, S. 193.

<sup>27</sup> Eberle, 2002, M 12 ff., 23 f.; Hesse, 2003, S. 74 ff., 81; Krausnick, 2005, S. 71 ff.

Digitalisierung bei der Programmproduktion und -verbreitung –, die u.a. zu einer Ausweitung der Übertragungskapazitäten führen, nicht grundsätzlich verändert<sup>28</sup>.

Die Rahmenrichtlinie der EG für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste von 2002<sup>29</sup> spricht zwar von einer „Verschmelzung von Telekommunikation, Medien und Informationstechnologien“, trennt aber die Regulierung der Übertragungsnetze und -dienste von der Regulierung der Inhalte von Diensten, die über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste bereitgestellt werden, wie Rundfunkinhalte<sup>30</sup>. Die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, die nach dem Vorschlag der Kommission die novellierte Fassung der Fernsehrichtlinie von 1989 sein wird, geht über die Besonderheit der Fernsehsendung als einem „linearen“ audiovisuellen Mediendienst nicht hinweg. Im Unterschied dazu stehen die „nicht-linearen Dienste“, bei denen der Nutzer auf Grund eines vom Mediendienstanbieter ausgewählten Inhaltsangebots den Zeitpunkt festlegt, zu dem ein bestimmtes Programm übertragen wird<sup>31</sup>.

Die auf Grund der Dienstleistungsfreiheit und der Wettbewerbsregeln bestehende Gemeinschaftskompetenz erfasst die wirtschaftliche Seite des Rundfunks und lässt den durch das nationale Recht zu ordnenden und zu schützenden publizistischen und kulturellen Auftrag der Medien unberührt (vgl. auch Art. 151 Abs. 4 EG). Die Rundfunkanstalten sind in Rücksicht ihres publizistischen, gesetzlich und staatsvertraglich festgelegten Funktionsauftrags Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind (Art. 86 Abs. 2 in Verb. mit Art. 16 EG). Es ist und bleibt Sache der Mitgliedsstaaten, die Erfordernisse zur Wahrung des Pluralismus in den Medien zu bestimmen und so der Verknüpfung des Rundfunks mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft Rechnung zu tragen<sup>32</sup>. In Deutschland wird die auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG beruhende Rundfunkverfassung, die die Freiheit des Rundfunks durch eine positive Ordnung kraft Gesetzes gewährleistet, dieser originären staatlichen Verantwortung gerecht. Auch in einem umfassenden Rechtsrahmen für audiovisuelle Medien bleibt die Rundfunkfreiheit eine „dienende Freiheit“.

<sup>28</sup> BVerfGE 114, 371/388.

<sup>29</sup> RL 2002/21/EG (FN 25).

<sup>30</sup> Erwägungsgrund 9 der RL 2002/21/EG.

<sup>31</sup> Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG vom 13. Dezember 2005, KOM (2005) 646 endg.; dazu *Müchel*, 2006. – Siehe auch die Mitteilung der Kommission über den Übergang von analogen zum digitalen Rundfunk, vom 17. Sept. 2003, KOM (2003) 541 endg.

<sup>32</sup> Siehe für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk das Protokoll Nr. 32 zum Vertrag von Amsterdam sowie die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk 2001/C 320/04 (ABl. Nr. C 320/5 vom 15. 11. 2001). – *Jürgen Schwarze*, Medienfreiheit und Medienvielfalt im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: *ders./Hesse*, 2000, S. 87; *Streinz*.

#### IV. Literatur

*Peter Badura*, Gleichgewichtige Vielfalt im dualen System des Rundfunks, JA 1987, 180.

*ders.*, Gewährleistung der Freiheit des Rundfunks, „Funktion“ des Rundfunks und „öffentliche Aufgabe“ der Rundfunkveranstalter, in: Festschrift für Franz Knöpfle, 1996, S. 1.

*ders.*, Drei Zeitalter des Rundfunks in Deutschland, in: Festschrift für Albert Scharf, 2000, S. 12.

*Herbert Bethge*, Der Grundrechtsstatus privater Rundfunkveranstalter, NVwZ 1997, 1.

*ders.*, Die Freiheit des privaten Rundfunks, DÖV 2002, 673.

*Christian Brenner*, Zur Gewährleistung des Funktionsauftrages durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, Diss. Tübingen, 2002.

*Martin Bullinger*, Medienfreiheit, Pressefreiheit, Rundfunkverfassung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, 2. Bd., S. 193.

*ders.*, Die Verfassungsgarantie des Rundfunks im digitalen Zeitalter, in: Festschrift für Alexander Hollerbach, 2001, S. 137.

*Matthias Cornils*, Rundfunk-Grundversorgung durch subventionierten Privatrundfunk? DVBl. 2006, 789.

*Dieter Dörr/Nicole Zorn*, Die Entwicklung des Medienrechts, NJW 2005, 3114.

*Carl-Eugen Eberle*, Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden? Referat auf dem 64. DJT, 2002, Bd. II/1 Teil M.

*Martin Eifert*, Konkretisierung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2002.

*Christoph Engel*, Medienordnungsrecht, 1996.

*Dieter Grimm*, Verfassungsrechtliche Perspektiven einer dualen Rundfunkordnung, RuF 1987, 25.

*Karl-Eberhard Hain*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung, 1993.

*Albrecht Hesse*, Rundfunkrecht, 3. Aufl., 2003.

*Reiner Hochstein*, Teledienste, Mediendienste und Rundfunkbegriff – Anmerkungen zur praktischen Abgrenzung multimedialer Erscheinungsformen, NJW 1997, 2977.

*Wolfgang Hoffmann-Riem*, Medienfreiheit und der außenplurale Rundfunk, AöR 109, 1984, S. 304.

*ders.*, Hrsg., Rundfunk im Wettbewerbsrecht. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk im Spannungsfeld zwischen Wirtschaftsrecht und Rundfunkrecht, 1988.

*ders.*, Stadien des Rundfunk-Richterrechts, in: *D. Jarren*, Hrsg., Medienwandel – Gesellschaftswandel, 1994, S. 17.

*Paul Kirchhof*, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk als Grundlage unserer Informationsfreiheit, Beilage zum Medienspiegel, Jg. 25 Nr. 12 (19. 3. 2001).

*Eckart Klein*, Maßstäbe für die Freiheit der öffentlichen und privaten Medien, DÖV 1999, 758.

*Hans Hugo Klein*, Rundfunkrecht und Rundfunkfreiheit, Staat 20, 1981, S. 177, auch in: *ders.*, Das Parlament im Verfassungsstaat, 2000, S. 132.

*Daniel Krausnick*, Das deutsche Rundfunksystem unter dem Einfluss des Europarechts, 2005.

*Hans Kube*, Neue Medien – Internet, HStR. Bd. IV, 2006, § 91.

*Karl-Heinz Ladeur/Tobias Gostomzyk*, Rundfunkfreiheit und Rechtsdogmatik – Zum Doppelcharakter des Art. 5 I 2 GG in der Rechtsprechung des BVerfG, JuS 2002, 1145.

*Peter Lerche*, Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und Kartellrecht als deutsches Verfassungsproblem, in: Internationale Gedächtnisschrift für Georg Tagami, Tokyo, 1993, S. 64.

*Johannes Masing*, Post und Telekommunikation, HStR, 3. Aufl., Bd. IV, 2006, § 90.

*Stefan Mückel*, Paradigmenwechsel im europäischen Medienrecht: Von der Fernsehrichtlinie zur Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, DVBl. 2006, 1201.

*Hans Felix Schäfer*, Neue Betätigungsfelder des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2004.

*Friedrich Schoch*, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57, 1998, S. 158.

*Jürgen Schwarze/Albrecht Hesse*, Hrsg., Rundfunk und Fernsehen im digitalen Zeitalter. Die Sicherung von Medienfreiheit und Medienvielfalt im deutschen und europäischen Recht, 2000.

*Christian Starck*, „Grundversorgung“ und Rundfunkfreiheit, Mai 1992, 3257.

*ders.*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 5. Aufl., 2005, Bd. 1, Art. 5.

*Martin Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, 1985.

*Rudolf Streinz*, Die Bedeutung des Amsterdamer Protokolls für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland, in: *K. Stern*, Hrsg., Die Bedeutung des Europäischen Rechts für den nationalen Rundfunk, 2006, S. 59.

*Werner Weber*, Zur Diskussion über die Zulassung eines privaten Fernsehens, Staat 11, 1972, S. 82.

*„Grundgesetz“ der Rundfunkfreiheit unter ganz erheblichen Rechts- und Verfassungsänderungen (und nicht umgekehrt).*

Die herrschende Meinung will diese Leistungen jedoch gar nicht erst zukommen lassen, sondern den Protagonisten einer subjektiv rechtlich gedachten Rundfunkfreiheit die Argumentationslast zuschieben, als sei die „dienende“ Funktion der Rundfunkfreiheit eine Selbstverständlichkeit. Dabei kann sie offenbar gut damit leben, dass die Interpretation anderer Freiheitsrechte des Grundgesetzes – etwa der verankerten Pressefreiheit – und sogar der Art. 10 EMRK ganz oder zumindest vorwiegend im

<sup>1</sup> StR. 72 2001, S. 1034 (1041 f.).

<sup>2</sup> Hans-Ulrich Gellert, 100 Jahre Grundgesetz, S. 10.

<sup>3</sup> Vgl. zur Begriffs- in: *StR.* GG, 3. Aufl., 2003, Art. 5, Rz. 71 f.

<sup>4</sup> Vgl. zur Abgrenzung in: *StR.* Europäische Grundrechte und Grundgesetze, 2. Aufl., 2005, § 4, Rz. 41 f. (unter 24 ff.).