

CHRISTINE LANGENFELD

Rundfunkordnung und Europa

I. Ist das duale System des Rundfunks in Deutschland ein Auslaufmodell?

Dieser Frage werde ich aus der Sicht des europäischen Rechts nachgehen. Werden die nationalen Rundfunksysteme in Zukunft durch eine europäische Rundfunkordnung überlagert oder gar abgelöst? Welches sind die Faktoren, die in Richtung einer Vereinheitlichung des Rundfunkrechts in Europa wirken oder bleibt die nationalstaatliche Prägung der Rundfunkordnungen weiterhin dominant?

II. Rundfunkfreiheit in Europa

Ich behandle zunächst die Maßstäbe, die das europäische Recht für die Freiheit des Rundfunks setzt. Sedes materiae der Rundfunkfreiheit in Europa ist Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK).¹ Zwar wird die Freiheit des Rundfunks dort nicht ausdrücklich erwähnt, sie ist jedoch als Unterfall der allgemeinen Meinungsfreiheit vorausgesetzt.² Der Freiheit des Rundfunkveranstalters korrespondiert die Empfangsfreiheit des Zuschauers.³ Art. 10 Abs. 1 EMRK schützt den freien internationalen Informationsfluss, denn der Schutz wird ohne „Rücksicht auf Staatsgrenzen“ gewährt. In der Rechtsprechung des EGMR steht die abwehrrechtliche Komponente des Art. 10 EMRK im Vordergrund. Rundfunkunternehmen können

¹ Art. 10 EMRK lautet: „(1) Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. Dieser Artikel hindert die Staaten nicht, für Hörfunk-, Fernseh- oder Kinounternehmen eine Genehmigung vorzuschreiben. (2) Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.“

² Vgl. nur *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 2005, S. 231, 235 f.

³ A.a.O. (Fn. 2), S. 234.

sich auf Art. 10 EMRK berufen, wenn sie Rundfunk⁴ veranstalten möchten.⁵ Abweichend vom Bundesverfassungsgericht hat der Gerichtshof Art. 10 EMRK von jeher als individuelle Rundfunkveranstalterfreiheit verstanden. Der in Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK enthaltene Genehmigungsvorbehalt für Rundfunkunternehmen ist nicht als genereller Ausgestaltungsvorbehalt zu verstehen.⁶ Wohl aber kann er Eingriffe in die Rundfunkfreiheit durch Maßnahmen des Gesetzgebers, etwa zum Schutz einer pluralen Rundfunkordnung⁷, legitimieren.⁸ Die Wächterrolle der Massenmedien für die Demokratie und hieraus folgend das Gebot des Medienpluralismus hat der Gerichtshof seit jeher für die Presse und später auch für den Rundfunk anerkannt.⁹ Art. 10 EMRK enthält nicht nur ein subjektives Recht auf freie Kommunikation mittels Rundfunk, sondern er schützt auch den freien Kommunikationsprozess als solchen, der für das Funktionieren der Demokratie unerlässlich ist. Rundfunkspezifische Maßnahmen zum Schutz dieses freien Kommunikationsprozesses müssen über Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK hinaus den Anforderungen des Schrankenvorbehalts in Art. 10 Abs. 2 EMRK genügen, d. h., sie müssen in Hinblick auf das zu schützende Rechtsgut „in einer demokratischen Gesellschaft“ notwendig, mithin verhältnismäßig sein.¹⁰

Im europäischen Gemeinschaftsrecht fehlt es an einer ausdrücklichen Gewährleistung der Rundfunkfreiheit; über die EMRK, die gemäß Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag neben den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten als Rezeptionsquelle für die gemeinschaftlichen Grundrechte dient, hat die Rundfunkfreiheit als allgemeiner Rechtsgrundsatz allerdings auch Eingang in das Gemeinschaftsrecht gefunden.¹¹ Dies

⁴ Rundfunk i.S. des Art. 10 EMRK umfasst den Hörfunk und das Fernsehen, nicht aber das Internet. Die Kommunikation über dieses Medium fällt unter die Meinungs- und die Informationsfreiheit, *Grabenwarter*, a.a.O., S. 236.

⁵ Grundlegend EGMR A 276, § 32, *Informationsverein Lentia* = EuGRZ 1994, S. 549; zur Rspr. des EGMR näher *Grote/ Wenzel*, Meinungsfreiheit, in: *Grote/ Marauhn*, Konkordanzkommentar, 2006, Rdnr. 21; *Degenhart*, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rdnr. 651 f., in: *Bonner Kommentar*, Stand Sept. 2004.

⁶ So aber Teile der (älteren) deutschen Literatur: *Petersen*, Rundfunkfreiheit und EG-Vertrag, 1994, S. 282 ff., *Hoffmann-Riem*, Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, 1991, S. 186 ff.

⁷ EGMR A 276, § 32, *Informationsverein Lentia* = EuGRZ 1994, S. 549; EGMR A 173, § 61, *Groppera Radio AG u. a.* = EuGRZ 1990, 255; EGMR, Urt. vom 5. 11. 2002, *Demuth*, EuGRZ 2003, S. 489, § 33, 37.

⁸ Die Bedeutung von Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK liegt also darin, den Mitgliedstaaten Einschränkungen der Rundfunkfreiheit zur Verwirklichung von Zielen zu ermöglichen, die über die in Art. 10 Abs. 2 EMRK ausdrücklich genannten Einschränkungsziele hinausgehen, *Grote/Wenzel* (Fn. 5), Rdnr. 21.

⁹ Vgl. die Nw. zur Rspr. des EGMR in Fn. 7.

¹⁰ Vgl. die Nw. zur Rspr. des EGMR in Fn. 7. Nicht mehr verhältnismäßig ist heute ein staatliches Rundfunkmonopol; EGMR A 276, §§ 40, 42, 43, *Informationsverein Lentia* = EuGRZ 1994, S. 549. Technische Gründe können dafür angesichts der Vermehrung der Übertragungswege für Rundfunk nicht mehr angeführt werden. Zur Wahrung von Vielfalt und Ausgewogenheit des Programms kommen mildere Mittel in Betracht wie etwa die Bindung der Lizenzerteilung an private Rundfunkveranstalter an bestimmte persönliche und programmliche Anforderungen; vgl. nur *Grote/Wenzel* (Fn. 5), Rdnr. 139.

¹¹ EuGH, Rs. 260/89, *ERT*, Slg. 1991, I-2925, Rdnr. 44; Rs. C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*, Slg. 1991, I-4007, Rdnr. 23; Rs. C-353/89, *Kommission/Niederlande*, Slg. 1991, I-4069, Rdnr. 23; Rs. C-23/93, *TV 10*, Slg. 1994, I-4795, Rdnr. 25; Rs. C-245/01, *RTL Television GmbH*, Slg. 2003, I-12489 Rdnr. 72 ff. In den genannten Entscheidungen nimmt der EuGH ausdrücklich Bezug auf die in Art. 10 EMRK geschützte Meinungsfreiheit. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs versteht der EuGH die Meinungsfreiheit i.S. eines allgemeinen Kommunikationsgrundrechts. Vom Schutzbereich erfasst sind damit auch journalistische Tätigkeiten, aber auch die Veranstaltung von Rundfunk; *Kingreen*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 3. Aufl., 2007, Art. 6 EU, Rdnr. 32 f.; zur Rundfunkfreiheit als allgemeiner Rechtsgrundsatz vgl. auch von *Danwitz*, Zur Regulierung von „Product

bedeutet zunächst, dass die Gemeinschaftsorgane selbst beim Erlass von Vorschriften, die den Rundfunk berühren, an die Rundfunkfreiheit gebunden sind. Über die Dienstleistungsfreiheit, die nach der Rechtsprechung des EuGH im Fall der Verbreitung von Rundfunk anwendbar ist, gewinnt die gemeinschaftliche Rundfunkfreiheit darüber hinaus Bedeutung auch für die Mitgliedstaaten. Die Dienstleistungsfreiheit, die wirtschaftliche Freiheit ist, erfährt auf diesem Wege eine grundrechtliche Fundierung.¹² Hieraus folgt, dass nationale Hindernisse für die grenzüberschreitende Verbreitung von Rundfunk, die stets auch Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind, mit Art. 10 EMRK vereinbar sein müssen.¹³ Einschränkungen der Rundfunkfreiheit als Dienstleistungsfreiheit müssen mithin den Anforderungen des Schrankenvorbehaltes in Art. 10 Abs. 2 EMRK genügen, d. h. vor allen Dingen verhältnismäßig sein. Die Konzeption des EuGH von der Rundfunkfreiheit entspricht damit derjenigen des Straßburger Gerichtshofs: Die Rundfunkfreiheit ist nicht – wie das Bundesverfassungsgericht annimmt¹⁴ – dienende, sondern subjektive Freiheit.¹⁵ In den Ergebnissen dürfte sich allerdings weithin Übereinstimmung zwischen der Sicht der europäischen Gerichte einerseits und derjenigen des Bundesverfassungsgerichts andererseits ergeben.¹⁶ Die Rundfunkfreiheit beschränkende Maßnahmen, etwa zum Schutz des kulturellen und politischen Pluralismus, die das Bundesverfassungsgericht über den der Rundfunkfreiheit inhärenten Ausgestaltungsvorbehalt legitimiert¹⁷, können auch vor den Schranken des Art. 10 EMRK Bestand haben.¹⁸

Placement“ bei der Novellierung der EU-Fernsehrichtlinie, AFP 2005, S. 417, 419; *Roider*, Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung, 2001, S. 153 ff.

¹² Besonders deutlich wird dies in den Begründungserwägungen Nr. 6–8 der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. L 298/23, geändert durch Richtlinie 97/36/EG, ABl. L 202/60: „Die Fernsehaktivität stellt unter normalen Umständen eine Dienstleistung im Sinne des Vertrages dar. Der Vertrag sieht den freien Verkehr aller in der Regel gegen Entgelt erbrachten Dienstleistungen vor, und zwar unbeschadet ihres kulturellen oder sonstigen Inhalts und ohne Beschränkungen für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind. Dieses Recht ist in seiner Anwendung auf die Ausstrahlung und Verbreitung von Fernsehsendungen auch eine spezifische gemeinschaftsrechtliche Ausprägung eines allgemeineren Prinzips, nämlich der Freiheit der Meinungsäußerung, wie sie in Artikel 10 Abs. 1 der von allen Mitgliedstaaten ratifizierten Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten verankert ist. Daher muss durch den Erlass von Richtlinien betreffend die Ausstrahlung und Verbreitung von Fernsehprogrammen sichergestellt werden, dass diese Tätigkeit im Licht dieses Artikels und nur mit den in Absatz 2 desselben Artikels und in Artikel 56 Abs. 1 des Vertrages vorgesehenen Beschränkungen ungehindert ausgeübt werden kann.“

¹³ Vgl. die in Fn. 11 angeführten Urteile des EuGH; Zur Konzeption des EuGH vgl. auch *Degenhart* (Fn. 5), Rdnr. 655; *Ress/Bröhmer*, Europäische Gemeinschaft und Medienvielfalt, 1998, S. 74 f.

¹⁴ BVerfGE 57, 295, 320; 83, 238, 315; 87, 181, 197.

¹⁵ *Degenhart* (Fn. 5), Rdnr. 656; *Schoch*, VVDStRL 57 (1998), S. 158, 193 f.

¹⁶ *Degenhart* (Fn. 5), Rdnr. 653, 657; *Gommalakis*, Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden? Gutachten C zum 64. Deutschen Juristentag Berlin 2002, 38; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, Grundgesetz – Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, Art. 5 I, II, Rdnr. 25; a.A. *Bullinger*, Medien, Pressefreiheit, Rundfunkverfassung, in: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, 2001, 193, 217; *Schoch*, Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?, JZ 2002, S. 798, 803; zum Streitstand *Grote/Wenzel* (Fn. 5), Rdnr. 22.

¹⁷ BVerfGE 73, 118, 166; 57, 295, 321 f.; 87, 181, 198.

¹⁸ Jeweils grundlegend EuGH Rs. C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*, Slg. 1991, I-4007, Rdnr. 22 ff.; EGMR A 276, §§ 39–43, *Informationsverein Lentia u. a.* = EuGRZ 1994, S. 549; ausführlich zur einschlägigen Rechtsprechung des EGMR *Roider* (Fn. 11), S. 166 ff.

Der wesentliche Inhalt von Art. 10 EMRK wird heute auch bestätigt und konkretisiert durch Art. 11 der EU-Grundrechtecharta. Auch wenn die Charta noch nicht rechtskräftig ist, so können ihre Gewährleistungen doch als Ausdruck der den EU-Mitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsüberzeugungen verstanden werden und gehören damit zum europäischen Grundrechtebestand.¹⁹ Art. 11 Abs. 1 Grundrechtecharta lautet: „Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben.“ Und Absatz 2 fügt hinzu: „Die Freiheit der Medien und ihre Pluralität werden geachtet.“ Durch die Aufnahme von Art. 11 in die Charta wird die überragende Bedeutung der freien Kommunikation und pluralen Medienordnung für den Prozess der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung bekräftigt.²¹

Art. 11 Abs. 2 Grundrechtecharta steht in einer Entwicklung, die die Bedeutung des Rundfunks als kultureller Faktor auch auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts stärker hervortreten lässt und die besondere Rolle des Rundfunks in der Demokratie insgesamt anerkennt. Die freiheitliche Dimension der Medienvielfalt wird betont. Bislang kam diese Dimension lediglich durch ihre Beachtung im Rahmen der Schranken der Grundfreiheiten, namentlich der Dienstleistungsfreiheit, zur Geltung.²² So erkannte der EuGH zum ersten Mal im Jahre 1991 grundsätzlich an, dass die Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunkwesens eine Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen kann.²³ Weitere Judikate auch im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit²⁴ und der Warenverkehrsfreiheit²⁵, die diese Linie der Pluralismussicherung insgesamt bestätigten, folgten. Das Pluralismusebot im Rundfunk gehört damit zum gesicherten europäischen Rechtsbestand.²⁶

¹⁹ Von Danwitz (Fn. 11), S. 417.

²⁰ Gemäß Art. 53 der Charta ist das Schutzniveau der Chartagrundrechte auch in Hinblick auf das Völkerrecht zu bestimmen, sofern dieses entsprechende individualrechtliche Verbürgungen enthält. Die in Art. 11 enthaltenen Kommunikationsgrundrechte sind in Art. 19 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung garantiert sowie in Art. 19 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte. Dieser schützt die Freiheit der Kommunikation in sehr umfassender Weise. Vor allen Dingen sind die Schrankenvorbehalte in Art. 19 IPbürgR enger und klarer gefasst als in Art. 10 Abs. 2 EMRK; näher dazu Bernsdorff, Art. 11, Rdnr. 18 ff., in: Meyer (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003.

²¹ Wie aus den Erläuterungen zu den Bestimmungen des Entwurfs der Grundrechtecharta hervorgeht, ist die Bestimmung des Art. 11 der Charta weitgehend auf Art. 10 EMRK gestützt. Darüber hinaus soll sich ihre Legitimation aus der Rechtsprechung des EuGH bezüglich des Fernsehens, der EG-Fernsehrichtlinie sowie aus dem Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten (Nr. 32) ergeben.

²² Kingreen, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., 2002, Art. 6 EU, Rdnr. 123.

²³ EuGH Rs. C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*, Slg. 1991, I-4007, Rdnr. 22 ff.

²⁴ EuG, T-266/97, *VLM*, Slg. 1999, II-2329, Rdnr. 108.

²⁵ EuGH Rs. C-368/95, *Familiapress*, Slg. 1997, 3689, Rdnr. 18.

²⁶ Oppermann, Rundfunk in einer europäischen Verfassung – Rechtspolitische Überlegungen zum Post-Nizza-Prozess, in: Stern/Prütting (Hrsg.), Nationaler Rundfunk und Europäisches Gemeinschaftsrecht zwischen Kommunikationsfreiheit und Regulierung, 2003, S. 39, 41; Roider (Fn. 11), S. 128 ff., 225 ff., die die Geltung des Pluralismusebotes im Gemeinschaftsrecht auch aus den mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen als Erkenntnisquelle für die allgemeinen Rechtsgrundsätze in Art. 6 Abs. 2 EU ableitet (dargestellt am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, Italiens und Großbritanniens), S. 187 ff.; Bernsdorff (Fn. 20), Rdnr. 3.

III. Zuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaft im Bereich des Rundfunks

1. Dienstleistungsfreiheit für den Rundfunk

Die Gemeinschaft darf nur in den Bereichen tätig werden, für die ihr im Vertrag ausdrücklich Zuständigkeiten zugewiesen sind. Eine ausdrückliche Kompetenz für Rundfunkangelegenheiten findet sich an keiner Stelle des Vertrages. Allerdings ist mit der Einordnung des Rundfunks als Dienstleistung durch den EuGH²⁷ der Weg für die Ausdehnung des Gemeinschaftsrechts auch auf den Rundfunk geebnet worden.²⁸ 1984 legte die Kommission das Grünbuch „Fernsehen ohne Grenzen“²⁹ vor, in dem sie einen gezielten Abbau der damals noch bestehenden Binnenmarkthindernisse forderte, um die grenzüberschreitende Tätigkeit im Rundfunkbereich zu fördern und so den Übergang zu einem europäischen, im internationalen Vergleich wettbewerbsfähigen Rundfunkmarkt zu ermöglichen. Die europäische Rundfunkpolitik und -rechtsetzung war damit durch eine ökonomische Primärorientierung geprägt.³⁰ Auf der Grundlage der Dienstleistungszuständigkeit der EG in Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EG wurden 1989 in der Fernsehrichtlinie³¹ u.a. Regelungen zur europaweiten Harmonisierung bestimmter Aspekte der Fernsehwerbung, des Sponsorings und Teleshoppings sowie des Schutzes Minderjähriger und der öffentlichen Ordnung³² und des Rechts auf Gegendarstellung getroffen.³³ Die Schaffung von allgemeinen Mindeststan-

²⁷ EuGH, Rs. C 155/73, *Sacchi*, Slg. 1974, 409, Rdnr. 6; Rs. C-352/85, *Bond van Adverterders*, Slg. 1988, 2085, Rdnr. 14 ff.

²⁸ Ausführlich zur Rechtsprechung des EuGH zu Rundfunk und Grundfreiheiten *Krausnick*, Das deutsche Rundfunksystem unter dem Einfluss des Europarechts, 2005, S. 142 ff.

²⁹ Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über die Errichtung des Gemeinsamen Marktes für den Rundfunk, insbesondere über Satellit und Kabel, KOM (84) 300 endg. vom 14. 6. 1984.

³⁰ *Oppermann* (Fn. 26), S. 42.

³¹ A.a.O. (Fn. 12). Zur Entstehungsgeschichte der Fernsehrichtlinie ausführlich *Rofsnagel/Strothmann*, Die duale Rundfunkordnung in Europa. Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen und aktuelle Ansätze zum dualen System in ausgewählten Mitgliedstaaten, Schriftenreihe der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, Bd. 2/2004, S. 30 ff. Eine neuerliche Novellierung der Fernsehrichtlinie, die insbesondere eine Erweiterung ihres Anwendungsbereiches auf audiovisuelle Dienste bringen wird, steht bevor; vgl. dazu den Entwurf der Kommission vom 13. 12. 2005, KOM (2005) 646 endg. Vgl. auch die Änderungsvorschläge des Europäischen Parlaments sowie den von der Kommission als Arbeitsdokument vorgelegten konsolidierten Text, abrufbar unter www.ec.europa.eu/comm/avpolicy/reg/tvwf/modernisation/proposal_2005/index_en.htm; ausführlich zu dem neuen Entwurf, insbesondere zu den geplanten Lockerungen der Werbebestimmungen und des Verbots des so genannten Product-Placements *Langenfeld*, Mehr Freiheit für Werbung und mehr Konvergenz – Zur Novellierung der EG-Fernsehrichtlinie, in: Die Ordnung der Freiheit, FS für C. Starck zum 70. Geburtstag, 2007, S. 593; *Strohmeier*, Aktuelle medienpolitische Fragen im Gemeinschaftsrecht, in diesem Band, S. 65.

³² Verboten sind nach der Richtlinie (Art. 22, 22a) insbesondere pornografische Darstellungen ebenso wie die Darstellung grundloser Gewalttätigkeiten. Bei sonstigen, d. h. einfach entwicklungsbeeinträchtigenden Angeboten ist durch sendezeitliche Festlegungen oder durch technische Verschlüsselungsmaßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass diese Angebote von Jugendlichen unter normalen Umständen nicht wahrgenommen werden.

³³ Zum Inhalt der Richtlinie ausführlich *Holzmagel*, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 181 ff.; *Dörr*, Die europäische Medienordnung, in: Hans-Bredow-Institut für Medienforschung (Hrsg.), Internationales Handbuch Medien, 2004, S. 40, 58 ff.; *Rüggeberg*, Europäische Medienrechtsordnung und die deutsche Fernsehlandschaft, WiVerw 1999/4, S. 204, 209 ff.

dards³⁴ ermöglichte die Einführung des Sendestaatsprinzips für den Bereich des Fernsehens; nicht erfasst vom Anwendungsbereich der Richtlinie ist der Hörfunk. Danach haben Rundfunkanbieter nur die rechtlichen Vorgaben ihres Sitzstaates und nicht auch diejenigen des Empfangsstaates zu beachten.³⁵ Allerdings müssen die vom Gebiet des Sitzstaates ausgehenden Sendungen den Anforderungen der Richtlinie entsprechen. Durch die Schaffung von Mindestanforderungen, an die alle Rundfunkveranstalter gebunden sind, entfällt jedenfalls im Grundsatz³⁶ die rechtliche Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, nationale Standards im gemeinschaftsrechtlich regulierten Bereich gegenüber Rundfunkveranstaltern aus dem EG-Ausland aufrecht zu erhalten und die Weiterverbreitung von ausländischen Fernsehprogrammen im Inland zu behindern.³⁷ Außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie bleiben Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs insbesondere in Hinblick auf die Grundversorgung der Bevölkerung und den Erhalt einer pluralistischen Rundfunkordnung unter Rückgriff auf den der Dienstleistungsfreiheit immanenten Beschränkungsvorbehalt weiterhin mög-

³⁴ Gemäß Art. 3 Abs. 1 RL können die Mitgliedstaaten die ihrer Rechtsaufsicht unterliegenden Fernsehveranstalter strengeren Vorschriften unterwerfen.

³⁵ Die Fernsichtlinie lässt allerdings die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt, Umgehungsverbote zu errichten, die verhindern sollen, dass sich ein inländischer Rundfunkveranstalter durch Verlegung seines Sitzes in das Ausland den gesetzlichen Bestimmungen des Mitgliedstaates entzieht, für den seine Sendungen aber ausschließlich bestimmt sind; vgl. EuGH Rs. C-23/93, *TV 10*, Slg. 1994, I-4795, Rdnr. 20 f.; in diesem Sinne auch ausdrücklich Erwägungsgrund 14 der novellierten Fernsichtlinie (Fn. 12). Zum Problem der Feststellung der Umgehungsabsicht *Holznael* (Fn. 33), S. 184. Die Umgehungsrechtsprechung des EuGH soll bei der anstehenden Novellierung der Fernsichtlinie kodifiziert werden, vgl. dazu *Strohmeier* (Fn. 31), S. 67.

³⁶ Die Beschränkung der Weiterverbreitung einer Fernsehsendung aus einem Mitgliedstaat ist nach Art. 2a Abs. 2 RL ausnahmsweise dann zulässig, wenn eine Fernsehsendung wiederholt, schwerwiegend und offensichtlich gegen die Jugendschutzbestimmungen oder die Bestimmungen zum Schutz der öffentlichen Ordnung in Art. 22 bzw. 22a RL verstößt. Allerdings darf die Weiterverbreitung nur vorübergehend ausgesetzt werden. Die Kommission kann den Empfangsstaat überdies jederzeit auffordern, die beschränkenden Maßnahmen zu beenden. Verfahrensrechtlich ist es u. a. erforderlich, dass der Empfangsstaat die Beschränkung des Empfangs vorher ankündigt und eine gültige Streitbeilegung mit dem Sendestaat gescheitert ist (Art. 2a Abs. 2 RL). Bei wiederholten, schwerwiegenden Verstößen gegen die Bestimmungen des Jugendschutzes und gegen das Verbot von Hate speech durch den Sendestaat kann der Empfangsstaat mithin die Weiterverbreitung einer Fernsehsendung vorläufig aussetzen. Schwierigkeiten bereitet hierbei allerdings, dass es von allen EG-Mitgliedstaaten konsentrierte Schutzstandards im Bereich des Jugendschutzes noch nicht gibt. Einigkeit wird man darüber erzielen, dass Kinder- und Gewaltpornografie verboten sind. Bei dem Verständnis dessen, was einfache Pornografie ist, gehen die Vorstellungen in den Mitgliedstaaten allerdings deutlich auseinander. Mangels klarer Anknüpfungspunkte im EG-Recht – in der Fernsichtlinie, aber auch das Europäische Fernsehübereinkommen (BGBl. 1994 II, S. 639, geändert durch Protokoll zur Änderung des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen vom 5.5.1989, BGBl. 2000 II, S. 1090) enthalten sich hier einer näheren Definition – wird man das weitergehende mitgliedstaatliche Verständnis dessen, was Pornografie ist, akzeptieren müssen. Dies bedeutet vor allen Dingen, dass der Mitgliedstaat auf sein eigenes weitergehendes Verständnis des Pornografiebegriffes Bezug nehmen darf, wenn er Maßnahmen zur Aussetzung von Fernsehprogrammen aus dem EG-Ausland ergreift. In diesem hochsensiblen Bereich wird also das Sendestaatsprinzip nicht konsequent durchgehalten. Das in Art. 2a der Richtlinie vorgesehene Konsultationsverfahren zwischen den beteiligten Mitgliedstaaten ebenso wie das Kontrollverfahren durch die Kommission kann freilich dazu beitragen, dass sich allmählich ein EG-weites Verständnis des Pornografiebegriffes etablieren wird. Parallele Fragen stellen sich für die anderen Bereiche des Jugendmedienschutzes, soweit sie von der Richtlinie erfasst sind. Es zeigt sich an dieser Stelle, dass sich volle Dienstleistungsfreiheit nur unter den Bedingungen eines harmonisierten Mindestschutzes des gemeinsamen Wertekanons der Gemeinschaft entfalten kann; näher zur Problematik *Ukrow*, Internationalrechtliche Aspekte des Jugendmedienschutzes, RdJB 2006, S. 326, 334 f.

³⁷ Art. 2a Abs. 1 Fernseh-RL.

lich.³⁸ Offen diskriminierende Regelungen³⁹, die nur über den *ordre-public*-Vorbehalt in Art. 46, 55 EG legitimiert werden könnten, dürften demgegenüber ausgeschlossen sein.⁴⁰ Jedenfalls hat der EuGH bislang die Erhaltung einer pluralen Rundfunkordnung noch nicht unter den *ordre-public*-Vorbehalt subsumiert.

Insgesamt wird man heute sagen können, dass das Handeln der Gemeinschaft im Bereich des Rundfunks – wie es der vormalige Justiziar des SWR, Jörg Rüggeberg, formuliert hat, „ein Faktum (ist), politisch längst abgesegnet“ ist.⁴¹ Denn Rundfunk ist eben nicht nur kulturelles, sondern auch wirtschaftliches Phänomen. Das regulierende Eingreifen der Gemeinschaft hat über die Etablierung des Herkunftslandprinzips einen wichtigen Schritt hin zu einem freien Binnenmarkt für Fernsehen in Europa getan. Hindernisse für die Dienstleistungsfreiheit wurden beseitigt. Auf der anderen Seite wurde durch die Einführung gemeinsamer Mindeststandards im Bereich des Jugendschutzes, der öffentlichen Ordnung und der Werbung, aber auch durch die – freilich kompetenziell sehr umstrittenen⁴² – Bestimmungen zur Förderung europäischer Werke die kulturelle und demokratische Bedeutung des Fernsehens anerkannt. Der europaweite *free flow of information* wurde durch die Fernsehrichtlinie erleichtert. Dies ist nicht nur ökonomisch, sondern auch kommunikationsgrundrechtlich von hoher Bedeutung.

2. Rundfunk als Wirtschafts- und Kulturgut

Rundfunk ist – und dies anerkennt, wie gesehen, auch das Gemeinschaftsrecht – zugleich Wirtschafts- und Kulturgut. Hieraus ergeben sich Konflikte, die nicht leicht aufzulösen sind. Geradezu paradigmatisch tritt im Bereich des Rundfunks jene – unbefriedigende, aber wohl unvermeidliche – Spannungslage hervor, die sich aus der Erfassung kultureller Sachverhalte durch die wirtschaftsrechtlich geprägten Handlungsermächtigungen zur Verwirklichung des Binnenmarktes ergibt. Deutlich wird

³⁸ *Holznel* (Fn. 33), S. 144 ff. m. Nw. zur Rspr.

³⁹ Hierunter fallen alle Ungleichbehandlungen, die an die Staatsangehörigkeit anknüpfen bzw. nicht unterschiedslos auf alle Dienstleistungen ohne Rücksicht auf ihren Ursprung anwendbar sind, EuGH Rs. C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*, Slg. 1991, I-4007 Rdnr. 10 f.; vgl. dazu auch *Holznel* (Fn. 33), S. 141 m.w.N. zur Rspr. des EuGH. Zu Recht weggefallen ist – und zwar wegen des Verstößes gegen das gemeinschaftliche Diskriminierungsverbot in Art. 49 EG – der in einigen Landesmediengesetzen bis vor einigen Jahren statuierte Vorrang inländischer vor ausländischen Programmen ohne Rücksicht auf die sonst anzuwendenden gesetzlichen Auswahlkriterien (wie etwa den Beitrag zur Meinungsvielfalt, Akzeptanz der Zuschauer etc.). Vgl. zu der gemeinschaftsrechtlichen Problematik der Rangfolge bei der Einspeisung analoger Programme in das Kabelnetz *Schippan*, Die deutschen Kabelbelegungs Vorschriften auf dem Prüfstand, ZUM 1998, S. 617 unter Hinweis auf ein entsprechendes an die Bundesregierung gerichtetes Beanstandungsschreiben der Kommission vom 12. 2. 1998. Was die vorrangige Berücksichtigung deutschsprachiger vor fremdsprachigen Programmen betrifft, so dürfte ein zwingendes Allgemeininteresse i.S. der Wahrung und Erhaltung von Meinungsvielfalt zu bejahen, mithin eine in dieser Privilegierung liegende Beschränkung gemäß Art. 49 EG gerechtfertigt sein. Vgl. insoweit das Antwortschreiben der Bundesregierung vom 3. 7. 1989 auf das Beanstandungsschreiben der Kommission, ebenfalls in Bezug genommen von *Schippan*.

⁴⁰ *Hesse*, Rundfunkrecht, 3. Aufl., 2003, S. 326 m. Nw. zur Rechtsprechung des EuGH; anderer Ansicht *Holznel* (Fn. 33), S. 140 ff., 143.

⁴¹ *Rüggeberg* (Fn. 33), S. 206.

⁴² *Deegenhart* (Fn. 5), Rdnr. 666 m. Nw. zum Streitstand.

dies am mittlerweile wohl beigelegten Streit um die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland und aktuell an der Debatte über die von der Kommission mit Nachdruck betriebene weitere Liberalisierung der Übertragungswege für elektronische Daten. Hierbei hält die Kommission den technischen Vorgang der Datenübertragung, d.h. die Telekommunikation, strikt getrennt vom Rundfunk, d.h. von den Inhalten, die zum Nutzer – mittels Telekommunikation – transportiert werden sollen. Auch im deutschen Recht ist dies so, allerdings mit dem Unterschied, dass die Telekommunikation für den Rundfunk eine dienende Funktion erfüllt.⁴³ So wird etwa die Regulierung der Belegung der Fernseekabelnetze als ein rundfunkrechtlicher Vorgang verstanden, der in die Zuständigkeit der Länder für kulturelle Angelegenheiten fällt. Auf dieser Grundlage haben diese eine Reihe von – auch telekommunikationsrechtlich relevanten – Regelungen getroffen, die etwa die Betreiber von Kabelnetzen verpflichten, bestimmte Programme in ihre Netze aufzunehmen (Must-carry)⁴⁴ oder auch die Steuerungstechnik (conditional access) und elektronische Programmführer (EPGs) diskriminierungsfrei zu gestalten und einzusetzen.⁴⁵ Der Sinn dieser Regelungen ist deutlich. Es geht darum, zu gewährleisten, dass bestimmte Programme, deren Empfang im öffentlichen Interesse liegt, den Zuschauer auch erreichen und darum, die Vielfalt des Rundfunkangebotes zu sichern und zu vermeiden, dass rein ökonomische Gesichtspunkte dazu führen, dass der Zuschauer am Ende der Leitung nur noch solche Programme vorgesetzt bekommt, die von den Betreibern für massenattraktiv und damit werbe- und gewinnträchtig gehalten werden. Auch angesichts des mit der Digitalisierung der Übertragungswege eintretenden Endes der Knappheit der Übertragungswege bleiben derartige Vielfaltsicherungen erforderlich. Die Gefahren für eine plurale Rundfunk- und Informationsordnung drohen heute dort, wo die Leistungen erbracht werden, die ein Programm erst zum Zuschauer bringen.⁴⁶ Ob im Rahmen der anstehenden Novellierung⁴⁷ des Telekommunikationspakets⁴⁸ der Zusammenhang zwischen Inhalteregulierung einerseits und Infrastrukturregulierung andererseits hinreichend berücksichtigt wird, ist sehr umstritten.⁴⁹ Dies gilt nicht nur für die beschriebenen Must-carry-Verpflichtungen für Kabelnetz-

⁴³ Vgl. nur *Rüggeberg* (Fn. 33), S. 225 f.

⁴⁴ Ausföhrlich dazu *Langenfeld*, Übertragungspflichten für private Netzbetreiber im digitalen Rundfunk – Zu den Must-carry-Regelungen in § 52 Rundfunkstaatsvertrag, *WiVerw* 2003/3, S. 133 ff.

⁴⁵ Vgl. dazu die § 52-53 RStV idF des 9. Rundfunkänderungsstaatsvertrages, abrufbar unter www.alm.de. Zur Problematik *Holznaegel*, Probleme der Rundfunkregulierung im Multimedia-Zeitalter, *ZUM* 1996, S. 16; *Ukrow*, Chancengleicher Zugang zu den Übertragungswegen, Vortrag vom 16. Mai 2000 anlässlich der von der Europäischen Rechtsakademie Trier in Zusammenarbeit mit dem Institut für europäisches Medienrecht gemeinsam veranstalteten Tagung „Fernsehen und neue Medien in Europa. Regulierung – Liberalisierung – Selbstkontrolle“.

⁴⁶ Vgl. dazu auch den Beitrag von *Dörr*, Neue Regulierungserfordernisse in der digitalisierten Medienwelt, in diesem Band, S. 117.

⁴⁷ Vgl. dazu die Mitteilung der Kommission über die Überprüfung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste vom 28. 6. 2006 (sog. Review 2006), KOM (2006) 334 endg.

⁴⁸ Vgl. hierzu im Einzelnen *Scherer*, Die Umgestaltung des europäischen und deutschen Telekommunikationsrechts durch das EU-Richtlinienpaket, K&R 2002, Teil I, S. 273; Teil II, S. 329; Teil III, S. 385.

⁴⁹ Vgl. etwa die kritische Stellungnahme der Bundesregierung vom 29. 6. 2006, abrufbar unter www.ec.europa.eu/information_society/policy/ecommm/tomorrow/index_en.htm, S. 13 ff., 30.

betreiber, die nach geltendem Gemeinschaftsrecht bislang noch zulässig sind⁵⁰, sondern auch für die künftige Nutzung weiter Teile des Frequenzspektrums für den Rundfunk, die die Kommission künftig einem rein marktorientierten Modell unterwerfen und dienst- sowie technologie-neutral vergeben möchte.⁵¹

Gefahren für den Medienpluralismus drohen aber auch durch Konzentrationsprozesse auf dem Rundfunksektor, die sich in der jüngeren Zeit verstärken und diejenigen auf den Plan rufen, die ein europäisches Medienkonzentrationsrecht fordern. Die Frage, inwieweit die Gemeinschaft der Sicherung von Medienvielfalt und Pluralismus verpflichtet ist, in welcher Weise sich mitgliedstaatliche und gemeinschaftliche Zuständigkeiten hier ergänzen, ist daher von zentraler Bedeutung.

3. Sicherung von Meinungsvielfalt und Pluralismus im Rundfunk

Eines der Instrumente zur Pluralismussicherung im Rundfunk ist das bereits erwähnte Medienkonzentrationsrecht, welches die Konzentrationsprozesse auf dem Rundfunksektor zu regulieren sucht.⁵² Die Notwendigkeit einer medienspezifischen Regelung auf der EG-Ebene zur Bewältigung jener Prozesse im internationalen Rundfunkgeschehen wird schon seit geraumer Zeit diskutiert.⁵³ 1993 hat die Kommission dazu einen internen Richtlinienentwurf vorgelegt, der allerdings gescheitert ist.⁵⁴ Spezifische Bestimmungen zur Medienkonzentration finden sich daher bislang nur auf der Ebene der Mitgliedstaaten. In Deutschland sind dies die §§ 25 ff. RStV, die Medienverflechtungen auf der Grundlage des Zuschaueranteilsmodells einzuhegen suchen.⁵⁵ Auch in den anderen EG-Staaten besteht regelmäßig ein Nebeneinander von Wettbewerbsrecht und Medienkonzentrationsrecht; bei beträchtlichen Unterschieden im Einzelnen knüpfen die einschlägigen Regelungen meist an die Beteiligungen und deren Höhe oder aber den Anteil am Zuschauermarkt an oder verknüpfen beide Fak-

⁵⁰ Art. 31 Abs. 1 der RL 2002/22/EG vom 2. 3. 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. L 108/51 lautet: „Die Mitgliedstaaten können zur Übertragung bestimmter Hör- und Fernseh Rundfunkkanäle und -dienste den unter ihre Gerichtsbarkeit fallenden Unternehmen, die für die öffentliche Verbreitung von Hör- und Fernseh Rundfunkdiensten genutzte elektronische Kommunikationsnetze betreiben, zumutbare Übertragungspflichten auferlegen, wenn eine erhebliche Zahl von Endnutzern diese Netze als Hauptmittel zum Empfang von Hörfunk- und Fernsehsendungen nutzen. Solche Verpflichtungen dürfen jedoch nur auferlegt werden, soweit sie zur Erreichung klar umrissener Ziele von allgemeinem Interesse erforderlich sind; sie müssen verhältnismäßig und transparent sein. Sie werden regelmäßig überprüft.“

⁵¹ Kritisch dazu auch *Weissenborn*, Der Zugang des Rundfunks zu seinen Frequenzen, IRIS plus 2007, Heft 2, S. 2, 7.

⁵² Das allgemeine Kartellrecht, welches auch auf Rundfunkunternehmen Anwendung findet, wird weithin als nicht ausreichend erachtet, da es diesem gerade nicht um den Schutz von Meinungsvielfalt und Pluralismus, um den Schutz vor der Entstehung vorherrschender Meinungsmacht, sondern um die Abwehr des Missbrauches marktbeherrschender Stellungen geht; *Rüggeberg* (Fn. 33), S. 213 Fn. 57; *Klotz*, Auf dem Weg zu einem europäischen Multimediarecht, ZUM 1999, 443, 451.

⁵³ Grünbuch der Europäischen Kommission, Pluralismus und Medienkonzentration im Binnenmarkt vom 23. 12. 1992, KOM (92) 480 endg.; vgl. zur gesamten Entwicklung im Einzelnen *Ress/Bröhmer* (Fn. 13), S. 15 ff.; *Gounalakis/Zagouras*, Plädoyer für ein europäisches Medienkonzentrationsrecht, ZUM 2006, S. 723 f.

⁵⁴ AfP 1998/Heft 3, S. 297. Zu dem als Non-paper behandelten Richtlinienvorschlag *Ress/Bröhmer* (Fn. 13), S. 20 ff.

⁵⁵ Zur Rechtslage in Deutschland *Wieland*, Vertikale und diagonale Konzentration am Rundfunkmarkt, in diesem Band, S. 133 ff.

toren miteinander.⁵⁶ Deutliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen in Hinblick auf die Erfassung cross-medialer Einflusspotenziale, die sich dann ergeben, wenn Rundfunkunternehmen nicht nur in ihrem engeren Marktsegment, sondern auch auf anderen Märkten aktiv sind, insbesondere solchen, die der Veranstaltung von Rundfunk vor- und nachgelagert sind.⁵⁷

Angesichts der zunehmenden internationalen Verflechtung von Medienunternehmen mehren sich die Stimmen, die ein europäisches Medienkonzentrationsrecht fordern.⁵⁸ Die Zeit der nationalen Alleingänge sei vorüber; der transnationalen Dimension der Medienkonzentration sei effektiv nur durch europaweit einheitliche Regelungen zu begegnen. Da die nationalen Rechtsordnungen für die Entstehung vorherrschender Meinungsmacht nur an das nationale Mediengeschehen anknüpfen, bestehe die Gefahr der Entstehung von Meinungsoligopolen auf europäischer Ebene, der effektiv nur durch gemeinsame europäische Standards entgegen getreten werden könne, insbesondere auch, um standortpolitischen Erwägungen den Boden zu entziehen. Wegen der Binnenmarktrelevanz der mitunter stark abweichenden Ansätze in den Mitgliedstaaten und der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit bestehe auch eine europäische Zuständigkeit zur Vereinheitlichung der publizistischen Marktzutrittsschranken. In der Tat hatte die Kommission ihren Richtlinienentwurf auf die Binnenmarktcompetenz in Art. 95 EG sowie die Zuständigkeiten zur Beseitigung von Hindernissen für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gestützt. Hiergegen ist eingewandt worden, dass die Vereinheitlichung medienkonzentrationsrechtlicher Vorschriften im Sinne einer Erfassung grenzüberschreitender Konzentrationsprozesse nicht der Beseitigung von Hindernissen für den Binnenmarkt diene, sondern im Gegenteil neue Marktzutrittsschranken errichtet.⁵⁹ Der Bestand an unternehmerischer Freiheit würde nicht erhöht, sondern verringert. Auch eine Parallele zur Fernsehrichtlinie bestehe nicht, da die freie Übertragbarkeit von Rundfunk durch das nationale Medienkonzentrationsrecht lediglich mittelbar berührt werde.⁶⁰ Denn dieses treffe nur diejenigen Rundfunkveranstalter, der sich im Inland um eine rundfunkrechtliche Konzession bemüht, nicht aber diejenigen, der vom Ausland aus grenzüberschreitend sendet. Diese Argumente haben ihre Wirkung nicht verfehlt. Die Richtlinie ist letztlich – wohl zu Recht – an kompetenziellen Gründen gescheitert. Das im Gemeinschaftsrecht anerkannte und in Art. 11 Abs. 2 Grundrechtecharta besonders hervorgehobene Pluralismusgebot ändert hieran nichts. Einen eigenständigen Handlungsauftrag für die Gemeinschaft vermag es nicht zu begründen.⁶¹ Die Ableitung einer solchen Kompe-

⁵⁶ Einen Überblick über die Regulierungsmodelle in Europa enthält die vom EMR herausgegebene Publikation: „Regulierung der Medienkonzentration in Europa – Perspektiven für Deutschland?“, 2002, abrufbar unter www.emr-sb.de/news/MedientageMuenchen2002.pdf.

⁵⁷ Kleist, Die Medienunternehmen europäisieren sich – Brauchen wir eine europäische Konzentrationskontrolle?, *Deutsch-Französischer Mediendialog* 2006, abrufbar unter www.emr-sb.de.

⁵⁸ Besonders prononciert in der jüngeren Zeit *Gounalakis/Zagouras* (Fn. 53), S. 723 ff.

⁵⁹ *Ress/Bröhmer* (Fn. 13), S. 33 ff., 39 ff.

⁶⁰ *Ress/Bröhmer* (Fn. 13), S. 41 ff.

⁶¹ *Roider* (Fn. 11), S. 228 ff.; *Krausnick* (Fn. 28), S. 233 ff., 241.; *Oppermann* (Fn. 26), S. 45; *Grote/Wenzel* (Fn. 5), Rdnr. 1. Zu Recht weist *Selmer*, Die Medien- und Informationsfreiheit in der Charta der Grundrechte der EU, *EuR*, Beiheft 3, 2002, S. 29, 37, darauf hin, dass im Umstand, dass sich Art. 11 Abs. 2 nunmehr mit der

tenz verstieße gegen den Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung. Wird die Gemeinschaft jedoch aufgrund einer ihr bereits zustehenden Kompetenz tätig, ist sie verpflichtet, das Pluralismusebot zu beachten. Da sie selbst nicht über entsprechende spezifische Zuständigkeiten verfügt, kann dies nur bedeuten, dass den Mitgliedstaaten an dieser Stelle Freiräume verbleiben müssen.⁶² Auch der EuGH hat seinen ursprünglich rein ökonomischen Ansatz bei der Qualifikation des Rundfunks zugunsten einer differenzierteren Sichtweise aufgegeben, die Raum lässt für Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Erhaltung eines pluralistischen Rundfunkwesens.⁶³ Von der Sache her ist dies auch geboten: Die Mitgliedstaaten verfügen über jeweils unterschiedliche – historisch gewachsene – Systeme zur Sicherung von Meinungsvielfalt im Rundfunk: Soll Meinungsvielfalt vorrangig durch außenplurale oder binnenplurale Elemente gesichert werden? Wie ist die Position des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und welche Rolle spielt er für die Sicherung von Meinungsvielfalt und den Prozess demokratischer Meinungsbildung? All diese Regulierungen sind bezogen auf den jeweiligen nationalen Kultur- und Sprachraum. In der Tat muss die Sicherung von Meinungsvielfalt bei der Meinungsrelevanz innerhalb eines bestimmten Kommunikationsraumes ansetzen. Einen europäischen Meinungsmarkt, eine demokratische Willensbildung auf europäischer Ebene gibt es – man mag dies bedauern – jedenfalls noch nicht. Vielfaltsichernde Maßnahmen, auch solche zur Regulierung des publizistischen Wettbewerbs, sind daher weiterhin auf der nationalen Ebene zu treffen und nicht durch Europa. Damit ist freilich nur der Status quo beschrieben. Es bleibt abzuwarten, wie sich der europäische Rundfunkmarkt in Zukunft entwickelt, inwieweit eine sprachliche oder auch inhaltliche Annäherung, die in Ansätzen durchaus bereits erkennbar ist, erfolgen wird. Es könnte sein, dass sich die herkömmlichen, auf die nationalen Kommunikationsräume bezogenen Instrumentarien zur Vielfaltsicherung in Zukunft als unzureichend erweisen und Regelungen auf der europäischen Ebene erforderlich werden.

4. Europäisierung oder Fortbestand der mitgliedstaatlichen Gestaltungsfreiheit im Rundfunk?

Die Gemeinschaft verfügt – wie gezeigt – über gewisse Zuständigkeiten im Rundfunkbereich. Diese sind allerdings nur punktueller Art und erlauben keine gesamthafte

Formulierung bescheidet, dass die Pluralität der Medien „geachtet“, nicht aber – wie ursprünglich vorgesehen – „gewährleistet“ wird, die Sorge der Mitgliedstaaten deutlich wird, dass sich die Gemeinschaft neue Kompetenzen im Medienbereich aneignen könnte. Die schwächere Formulierung sollte hier jeden Zweifel, der wegen Art. 51 Abs. 1 Charta an sich ohnehin nicht bestehen konnte, ausschließen.

⁶² Diese Freiräume zur Schaffung von Vorkehrungen zur Pluralismussicherung im Rundfunk werden auch durch Art. 11 Abs. 2 Charta, wonach die Pluralität der Medien nur zu „achten“ und nicht – wie ursprünglich vorgesehen – „gewährleistet“ wird, nicht beseitigt, auch wenn die Formulierung insoweit Anlass zu gegenläufigen Deutungen gibt, d.h. im Sinne eines Verzehrs auf aktive staatliche Maßnahmen für pluralitätssichernde Strukturen zu verstehen sein könnte. Zur diesbezüglichen Debatte *Hoffmann-Riem*, Kohärenz der Anwendung europäischer und nationaler Grundrechte, EuGRZ 2002, S. 473, 489; *Stock*, Medienfreiheit in der EU-Grundrechtscharta: Art. 10 EMRK ergänzen und modernisieren!, 2000.

⁶³ Vgl. dazu oben II. a.E.

Regulierung. Die Tätigkeit der Gemeinschaft auf dem Rundfunksektor leitet sich aus den Grundfreiheiten und dem Binnenmarkt ab. Sie ist also wirtschaftlich orientiert. Andererseits kann kein Zweifel bestehen, dass die Veranstaltung von Rundfunk heute in erheblichem Umfang von europäischen Vorgaben geprägt ist. Seinen bemerkenswertesten Ausdruck findet dies im grundrechtlichen Bereich durch die Anerkennung der Rundfunkfreiheit und auf der Ebene des EG-Sekundärrechts in der EG-Fernsehrichtlinie.⁶⁴ Daneben unterliegen auch Rundfunkunternehmen dem europäischen Wettbewerbsrecht und, wie wir jüngst gesehen haben, der öffentlich-rechtliche Rundfunk auch der Beihilfenaufsicht durch die Kommission.⁶⁵

Dennoch bleibt die nationalstaatliche Prägung des rundfunkrechtlichen Ordnungsrahmens dominant. Selbst in den von der Fernsehrichtlinie erfassten Bereichen ist keine vollständige Vereinheitlichung erfolgt, da inländische Veranstalter weiterhin strengerer Bestimmungen unterworfen werden dürfen, die Inländerdiskriminierung also erlaubt bleibt. Das Gemeinschaftsrecht erkennt die Doppelnatur des Rundfunks als Wirtschafts- und Kulturgut und damit die nationalstaatliche Prärogative im Grundsatz an. Dem entspricht es, dass die Dienstleistungsrichtlinie⁶⁶, die auf eine Liberalisierung des Dienstleistungsmarktes in Europa abzielt, den audiovisuellen Sektor ausdrücklich aus ihrem Anwendungsbereich ausnimmt. Audiovisuelle Medien werden nicht wie andere rein wirtschaftliche Dienstleistungen behandelt. Sie sollen zwar ungehindert im Binnenmarkt zirkulieren können, aber nur dann, wenn sie bestimmte Mindeststandards zum Schutz des öffentlichen Interesses, wie sie etwa in der Fernsehrichtlinie festgeschrieben sind, einhalten.

Dem multifunktionalen Charakter der Medien trägt auch das Amsterdamer Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk Rechnung.⁶⁷ Zwar enthält dieses keinen grundsätzlichen Dispens der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von den Wettbewerbsregelungen des Gemeinschaftsrechts.⁶⁸ Die auch angesichts der Einigung zwischen Kommission und Ländern nicht entschiedene Grundsatzfrage, ob das deutsche System der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch Gebühren als Beihilfe einzuordnen ist, ist damit also nicht beantwortet. Dennoch ist das Protokoll das wichtigste Instrument zur Sicherung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Gemeinschaftsrecht. Es ist bei der Auslegung des gesamten EG-Vertrages maßgeblich zu beachten.⁶⁹ Wegen der besonderen Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für den Meinungspluralismus und für die freiheitliche Demokratie hebt es diesen gegenüber allen anderen Diensten von allgemeinem wirtschaftli-

⁶⁴ Weitere sekundärrechtliche Vorgaben etwa zum Verbot der Tabak- und Arzneimittelwerbung kommen hinzu. Vgl. näher dazu Langenfeld, (Fn. 31), S. 603.

⁶⁵ Vgl. aus der überbordenden Literatur nur Streinz, Die Bedeutung des Amsterdamer Protokolls für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland, in: Stern (Hrsg.), Die Bedeutung des Europäischen Rechts für den nationalen Rundfunk, D. III. 2), im Erscheinen.

⁶⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 2 g) Richtlinie 2006/123/EG vom 12. 12. 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABL L 376/36.

⁶⁷ Abgedr. in: ABL EG C 340 vom 10. 11. 1997.

⁶⁸ Streinz (Fn. 65), B. III. 2.

⁶⁹ Streinz (Fn. 65), B. III. 1.

chem Interesse hervor.⁷⁰ Im Rahmen ihrer Kontrolltätigkeit hat die Kommission die mitgliedstaatliche Grundsatzentscheidung für die Existenz eines öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Teil der Daseinsvorsorge im Kultur- und Medienbereich besonders zu berücksichtigen.⁷¹

In Hinblick auf die Organisation des Rundfunks, seine Finanzierung und die Inhalte des Rundfunkprogramms, soweit nicht die Vereinheitlichung gewisser Standards für die Verwirklichung eines freien Binnenmarktes von Fernsehdienstleistungen erforderlich ist oder Aspekte des Wettbewerbsrechts berührt sind, bestehen keine spezifischen gemeinschaftlichen Zuständigkeiten. Das in Art. 151 Abs. 5 EG verankerte Harmonisierungsverbot untersagt der Gemeinschaft rechtsangleichende Maßnahmen mit kulturellichem Schwerpunkt. Deswegen liegen auch Bestimmungen, die – wie im aktuellen Entwurf für eine revidierte Fernsehrichtlinie enthalten – den Mitgliedstaaten aufgeben, die Medienaufsicht staatsfrei zu gestalten, außerhalb des Kompetenzrahmens der Gemeinschaft. Auch wird man die jeweilige nationale Rundfunkordnung als einen wesentlichen Teil der nationalen Identität der Mitgliedstaaten ansehen müssen, die nach Art. 6 Abs. 3 EU von der Union zu achten ist.⁷² Dieses Achtensgebot, welches sein spezifisch kulturpolitisches Pendant in Art. 151 Abs. 1 EG hat, steht zwar nicht absolut in dem Sinne, dass ein Tätigwerden der Gemeinschaft in den betreffenden Bereichen von vornherein ausgeschlossen wäre. Sind die Voraussetzungen einer anderen Ermächtigungsgrundlage erfüllt, ist die Gemeinschaft folglich zum Handeln befugt, auch wenn sich diese Maßnahmen im kulturellen Bereich auswirken.⁷³ Sie dürfen allerdings wegen des in Art. 151 Abs. 5 EG verankerten Harmonisierungsverbots nicht primär den in Art. 151 Abs. 2 EG formulierten Zielen dienen.

Gleichzeitig ist die Gemeinschaft bei der Wahrnehmung der ihr zustehenden Zuständigkeiten im Medienbereich der Pluralismussicherung, wie sie in Art. 10 EMRK und Art. 11 der Grundrechtecharta vorausgesetzt ist, verpflichtet. Dies bedeutet insbesondere, dass sie – wie bereits oben angedeutet – mitgliedstaatlichen Maßnahmen, die der Pluralismussicherung dienen, Raum lassen muss. Gemäß der Querschnittsklausel in Art. 151 Abs. 4 EG „trägt die Gemeinschaft bei ihrer Tätigkeit aufgrund anderer Bestimmungen des Vertrags den kulturellen Aspekten Rechnung, insbesondere zur Wahrung und Förderung der Vielfalt der Kulturen“. Damit werden die Gemeinschaftszuständigkeiten zwar nicht unter einen Kulturvorbehalt gestellt, Art. 151 Abs. 4 EG begründet aber eine Pflicht, den kulturellen Belangen der Mitgliedstaaten positiv Rechnung zu tragen.⁷⁴ Erforderlich ist daher eine Güterabwägung zwischen den kulturellen Interessen der Mitgliedstaaten und den anderen – regelmäßig wirtschaftlichen

⁷⁰ Streinz (Fn. 65), B. III. 3.

⁷¹ Streinz (Fn. 65), D. III. 7.

⁷² Oppermann (Fn. 26), S. 44.

⁷³ Niedobitek, Art 151 Rdnr. 30, in: Streinz (Hrsg.), EUV, EGV, 2003; Iliopoulos-Strangas, Die Freiheit der Medien in einer künftigen europäischen Verfassung, in: Stern/Prütting (Hrsg.), Kultur- und Medienpolitik im Kontext einer europäischen Verfassung, 2005, S. 27 ff., 93; Sparr, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 151 Rdnr. 9.

⁷⁴ Blanke, Art. 151 Rdnr. 14, in: Callies/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 3. Aufl., 2007; Dörr (Fn. 33), S. 50.

– Zielen des Vertrages, namentlich denen des Binnenmarkts. Praktische Bedeutung gewinnt dies in Hinblick auf die laufende Überprüfung des „Telekommunikationspakets“, welches einen gesamtheitlichen Rahmen für alle Infrastrukturen der elektronischen Kommunikation geschaffen hat. Bei der anstehenden Revision ist dafür Sorge zu tragen, dass die medienrechtliche Relevanz der Regulierung der Transportwege hinreichend berücksichtigt wird.⁷⁵ Mitgliedstaatliche Must-carry-Regelungen, einstweilen eines der wesentlichen Instrumente im digitalen Kabelnetz, aber auch Ausnahmen von einer rein marktorientierten Frequenzvergabe zur Gewährleistung einer vielfältigen Rundfunkordnung müssen daher weiterhin im Grundsatz rechtfertigungsfähig sein. Die vollständige Ersetzung der in den Mitgliedstaaten bestehenden regulatorischen Systeme zur Nutzung von Übertragungswegen für Rundfunk durch Marktmechanismen würde die notwendige Abwägung zwischen Medienpluralismus und Wettbewerbsöffnung einseitig zugunsten Letzterer entscheiden. Damit würde aber die meines Erachtens fortbestehende Prerogative der Mitgliedstaaten zur Regulierung und Fortentwicklung der – jeweils durch spezifische Charakteristika und Vielfaltsinstrumente geprägten – nationalen Rundfunkordnungen missachtet.

IV. Herausforderungen für den Rundfunk in Europa

Ich komme zum Schluss: „Könnte ich mit Europa noch einmal beginnen, so würde ich nicht mit der Wirtschaft anfangen, sondern mit der Kultur.“⁷⁶ Mit diesem Jean Monnet zugeschriebenen Zitat wird die Frage aufgeworfen, wie die europäische Integrationsidee in den Köpfen und Herzen der Menschen verankert werden kann, da die Rechtsordnung und der Binnenmarkt allein dem europäischen Integrationsprozess nicht jene innere Kraft verleihen können, die für seine nachhaltige Verwirklichung unerlässlich ist. Hierfür ist erforderlich, dass die immer noch dominierende nationale Betrachtungsweise der kulturellen Grundlagen der Gesellschaften in Europa durch eine die Gemeinsamkeiten betonende Sicht ergänzt wird. Es geht darum, wie der deutsche Richter am EuGH, Thomas von Danwitz, unter Berufung auf Ernest Renan formuliert hat, „das gemeinsame Erbe an Erinnerungen zu bewahren, es im gemeinsamen Zusammenleben zu entfalten und so die unteilbare Seele unseres Europas für seine Völker sichtbar und begreifbar zu machen“⁷⁷. Eine Grundhaltung, die zwischen europäischer und nationaler Kulturpolitik einen Gegensatz sieht, verkennt, dass europäische und nationale Kulturpolitik nicht gegenläufig angelegt, sondern aufeinander bezogen sind. Nationale Kulturpolitik und auch Medienpolitik darf sich nicht darauf

⁷⁵ Rüggeberg (Fn. 33), S. 225 ff.; Wiedemann, Perspektiven europäischer Medienpolitik. Ist der Kurs Brüssels schlüssig?, in: Pitzer/Scheithauer (Hrsg.), Im Regulierungsviereck von WTO, EU, Bund und Ländern. Rundfunk im Spannungsfeld zwischen Kultur und Wirtschaft, 2006, S. 75, 79 ff.

⁷⁶ Zit. nach Witte, Einheit in der Vielfalt stärken – Europäische Kulturpolitik vor großen Aufgaben, in: Festschrift für Arno Krause, 2000, S. 191, 192 f.

⁷⁷ Von Danwitz, Kulturbezogene Aspekte in einer künftigen europäischen Verfassung, in: Stern/Prütting (Hrsg.), Kultur- und Medienpolitik im Kontext des Entwurfs einer europäischen Verfassung, 2005, S. 121, 136 f.

beschränken, die jeweils eigenen Besonderheiten gegen „Europa“ zu verteidigen. Die Wahrung der kulturellen Vielfalt und die Pflege des gemeinsamen kulturellen Erbes sind keine Gegensätze. Es geht vielmehr darum, einen Beitrag zu leisten zur Schaffung einer – und ich darf an dieser Stelle noch einmal Thomas von Danwitz zitieren – „zusätzlichen Verständnis- und Verständigungsebene, die es den Völkern Europas ermöglicht, ihre Nachbarn wirklich zu verstehen“⁷⁸. Die nachhaltige Entfaltung der europäischen Dimension im Rahmen der nationalen Kulturpolitik kann Europa den Menschen näherbringen und der seit langem bestehenden Entfremdung entgegenwirken, die sich nicht zuletzt in der Ablehnung des Verfassungsvertrages durch das EG-Gründungsmitglied Frankreich manifestiert hat. Sie kann beitragen zur Formung einer europäischen Identität, die nicht die eigene gewachsene Identität ersetzt, aber die für das Funktionieren der politischen Integration Europas notwendige Verbundenheit der europäischen Völker untereinander erzeugt. Gleichermaßen Voraussetzung und Ergebnis einer solchen Entwicklung ist die Entstehung einer europäischen Öffentlichkeit, die europäische Probleme auch in ihrer europäischen Dimension erfasst und damit die Entwicklung des demokratischen Prozesses auf der Ebene der Union befördert. Den Medien und darunter insbesondere dem Rundfunk, der für die Meinungsbildung von herausragender Bedeutung ist, kommt hier eine zentrale Rolle zu. Die nationalen Rundfunkveranstalter, namentlich der öffentlich-rechtliche Rundfunk, sind zur kraftvollen Entwicklung der europäischen Programmdimension, und zwar nicht nur in Nischenprogrammen und im Sport, berufen. Der deutsche Rundfunkgesetzgeber hat dies erkannt und sich um eine entsprechende Präzisierung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bemüht, die allerdings durchaus noch verstärkt werden könnte. Das Bundesverfassungsgericht hat die Bestands- und Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit der besonderen Bedeutung des Rundfunks als Medium und Faktor der öffentlichen Meinungsbildung in der Demokratie begründet. Diese Feststellung hat weiter ihre Richtigkeit; sie muss allerdings um die europäische Dimension erweitert werden, damit der europäische Integrationsprozess nicht nur ein Projekt der Eliten und der Wirtschaft bleibt, sondern ein Projekt der europäischen Bürger wird.

⁷⁸ A.a.O. (Fn. 77), S. 137.