

Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ – ein Relikt?

I. Einführung

Wenn das Konzept der Rundfunkfreiheit als einer „dienenden Freiheit“ wirklich nur ein Relikt aus früheren Zeiten und ohne größere Relevanz für die aktuelle Verfassungsinterpretation wäre, taugte es zu kaum mehr als einer Reminiszenz. Nach wie vor ist dieses Konzept indes höchst wirkmächtig. Ohne die tiefere Berührung mit diesem Innersten der deutschen Rundfunkordnung kann niemand sich einen Eingeweihten des Medienrechts nennen. Wer aber darum weiß und gleichwohl ableugnet, wird von den Eingeweihten gern der Häresie geziehen.

Gleichwohl lohnt die kritische Reflexion auf die Entstehungsbedingungen dieser Lehre. Auch muss die Frage erlaubt sein und gestellt werden, inwieweit die These von der „dienenden Rundfunkfreiheit“ sich mit der das System der Grundrechte prägenden Autonomievorstellung vereinbaren lässt, die durch die Würdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) zur positivrechtlichen Basis eines Systems gleichverteilter materialer und prozeduraler Freiheiten geworden ist¹. Freilich ist diese Frage eine höchst voraussetzungsvolle, und ihre Voraussetzungen sehen sich von Seiten der „Orthodoxie“ der Rundfunkrechtler vor eine angesichts der schieren Wirkkraft des Dogmas kaum zu bewältigende Rechtfertigungslast gestellt. Das müsste eigentlich Erstaunen hervorrufen, ließe sich doch erwarten, dass nicht Autonomie- und Systemgedanke, sondern vor dem Hintergrund dieser einerseits die Freiheitsrechte fundierenden und andererseits die westliche Vorstellung von Wissenschaft prägenden Gedanken² der vorgeblich „dienende“ Charakter der Rundfunkfreiheit und die damit verbundene These vom Gesetzgeber als „Ausgestalter“ der Rundfunkfreiheit unter ganz erheblichen Rechtfertigungsdruck geraten müssten (und nicht umgekehrt).

Die herrschende Meinung will dieses Erstaunen jedoch gar nicht erst aufkommen lassen, sondern den Protagonisten einer subjektiv-rechtlich gedeuteten 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 verwandten Pressefreiheit³ – und zumal des Art. 10 EMRK⁴ ganz oder zumindest vorrangig im

¹ Hain, JZ 2002, S. 1036 (1041 f.).

² Hain (Fn. 1), S. 1036 (1037 f. mit Fn. 10).

³ Vgl. nur Bethge, in: Sachs, GG, 3. Aufl., 2003, Art. 5, Rdnr. 71 f.

⁴ Vgl. nur Marauhn, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., 2005, § 4, Rdnr. 4 ff. (insbes. 54 ff.).

Zeichen des Autonomiegedankens steht. Dadurch wird nicht zuletzt die Frage provoziert, ob die spezifische Deutung der grundgesetzlichen Rundfunkgewährleistung das durch die (übrigen) Freiheitsrechte und ihre freiheitliche Interpretation konstituierte rechtsstaatliche Verteilungsprinzip konterkariert, indem sie es für den Bereich der Rundfunkfreiheit auf den Kopf stellt – und das aufgrund einer Ebenenverwechslung, durch die relativ konkrete Vorstellungen von der Rundfunkordnung fälschlich auf die Ebene der bloß prinzipiellen Verfassungsgarantie der Rundfunkfreiheit gelangen, die aufgrund ihres Inhalts und ihrer Struktur konkreter Gehalte entbehrt.

Nun lässt sich mit einiger Berechtigung darauf hinweisen, dass dem herrschenden Paradigma der „dienenden Rundfunkfreiheit“ und seinen Emanationen im Konkreten weniger Gefahr durch derlei spitzfindige Gedanken als vielmehr Obsoleszenz dadurch drohe, dass seiner normativen Steuerungskraft im Zuge der Konvergenzentwicklung zunehmend die Fakten der technischen wie ökonomischen Entwicklung davonliefen⁵. Auch kommt man kaum umhin zu konstatieren, dass Korrekturen auf konkreter Ebene bislang eher durch Brüssel als gerade durch die deutsche Grundrechtstheorie und -dogmatik angestoßen wurden und werden. Beide Einsichten machen aber das Denken und ggf. das Umdenken auf der Ebene nationaler Kommunikationsgrundrechte nicht überflüssig. Vielmehr ist es das „Um-Willen“ der dienenden Freiheit, dessen Bewahrung auf ein Umdenken drängt. Sprich: Das Paradigma der „dienenden Rundfunkfreiheit“ mag grundsätzlichen Bedenken unterliegen und im Hinblick auf die Erfassung und Steuerung der sich wandelnden Medienrealität zunehmend defizient sein. Der dem Entwurf der „dienenden“ Freiheit zugrunde liegende Zweck – die Sicherung der für die individuelle Selbstbestimmung des *bourgeois* wie für die demokratische Mitbestimmung des *citoyen* unverzichtbaren Freiheitlichkeit des Meinungs- und Willensbildungsprozesses – darf aber keinesfalls mit dem Paradigma untergehen. Vielmehr ist das defiziente Paradigma nicht zuletzt kritisch zu hinterfragen und ggf. aufzugeben, um diesen Zweck unter veränderten Bedingungen auch zukünftig effektiv verfolgen zu können. Und die Sicherung einer demokratiekompatiblen Ordnung des Rundfunks ist von der EG nicht zu erwarten: Obwohl Frau Reding, angestoßen vom Europäischen Parlament, den Pluralismusgedanken thematisiert⁶, betrachtet die EG, zumal die Generaldirektion Wettbewerb der Kommission, den Rundfunk vornehmlich unter ökonomischen Aspekten⁷. Zudem ist die Sicherung der Pluralität des Rundfunks und im Rundfunk nicht Aufgabe der EG, sondern obliegt nach der derzeitigen Kompetenzverteilung den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft im Zuge der

⁵ Hain, K&R 2006, S. 325 (330 f.).

⁶ Dazu näher Hain (Fn. 5), S. 325 (329 f.) m.w.N.; s. a. aktuell den „Reding-Wallström“-3-Stufen-Plan zum Medienpluralismus (Quelle: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/52> vom 16. 01. 2007) und das einschlägige working paper (Quelle: http://ec.europa.eu/information_society/media_taskforce/doc/pluralism/media_pluralism_swp_en.pdf vom 16. 01. 2007).

⁷ Kritisch dazu der Ministerpräsident des Landes Baden-Württemberg Oettinger, tendenz 3/2005, S. 15. – Dass diese Sichtweise auch bei Frau Reding eine nicht unerhebliche Rolle spielt, belegt ihr Schlussstatement anlässlich der Liverpools Audiovisuellen Konferenz; s. den diesbzgl. Bericht, S. 36 (37) (Quelle: http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/reg/modernisation/liverpool_2005/uk-conference-report-de.pdf).

Konturierung ihrer jeweiligen Rundfunkordnungen⁸. So bleibt das deutsche Rundfunkrecht gefordert, und seine Bemühungen um einen angesichts der rapiden technischen und ökonomischen Änderungen im Mediensektor sowie sich abzeichnender Änderungen im Nutzerverhalten angemessenen verfassungsrechtlichen Rahmen für die Rundfunkordnung sind nicht verlorene Liebesmüh.

Damit sind die Themen vorgestellt, nun zu ihrer Durchführung.

II. Zum historischen Hintergrund der Entstehung der Lehre von der „dienenden Rundfunkfreiheit“

Der Wiederaufbau des Rundfunks in den Westzonen Deutschlands vollzog sich unter der Aufsicht der Alliierten⁹. Der Aufbau deutscher Rundfunksender war von Anfang an Gegenstand ordnungspolitischer Überlegungen der Besatzungsmächte. Amerikaner, Briten und Franzosen wollten durch eine geeignete Organisation den Rundfunk, der während der nationalsozialistischen Diktatur Herrschafts- und Manipulationsinstrument in den Händen der damaligen Machthaber gewesen war, in den Aufbau freiheitlich-demokratischer Strukturen einbinden. Dabei konnten sie auf ihre jeweiligen Traditionen und Erfahrungen zurückgreifen. Die Briten orientierten sich an der vom Leitbild des *public service* geprägten BBC, die Franzosen verfügten über die zentrale staatliche RTF, während das amerikanische System mit einer Mehrzahl privatrechtlich organisierter Rundfunkunternehmen operierte¹⁰. Da eine staatliche Dominanz, aber auch eine Dominanz einzelner gesellschaftlicher Kräfte vermieden werden sollte, und die Amerikaner eine Dezentralisierung wollten, die aber angesichts der Wirtschaftslage nicht in Gestalt einer Vielzahl konkurrierender privater Rundfunkunternehmen bewerkstelligt werden konnte¹¹, wurden ab 1948 mehrere Rundfunkanstalten in der Organisationsform der Anstalt des öffentlichen Rechts gegründet, die die Veranstaltung von Rundfunk als öffentliche, der Allgemeinheit verpflichteten Aufgabe wahrnahmen. Die Anstalten verfügten über das Recht der Selbstverwaltung, über einen binnenplural zusammengesetzten Rundfunkrat und waren insbesondere an die Programmgrundsätze der Ausgewogenheit, Unparteilichkeit und Objektivität gebunden¹².

⁸ Dies ergibt sich nach hier vertretener Position wesentlich aus dem Fehlen einer dahingehenden Einzelermächtigung und aus Art. 151 Abs. 5 EGV; s.a. das Amsterdamer Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und Art. 21 Abs. 4 FKVO; vgl. *Dörr/Schwartzmann*, Medienrecht, 2006, Rdnr. 477 ff.; *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts, 2003, Rdnr. 534 ff., 568 f. – Insofern steht der Art. 23b des Vorschlages zur Revision der Fernseh-Richtlinie kompetenzrechtlich auf äußerst schwachen Füßen; näher dazu *Hain* (Fn. 5), S. 325 (330 mit Fn. 47).

⁹ Vgl. zum Folgenden *Hesse*, Rundfunkrecht, 3. Aufl., 2003, 1. Kap., Rdnr. 24 ff. m.w.N.; *Herrmann/Lausen*, Rundfunkrecht, 2. Aufl., 2004, § 4, Rdnr. 23 ff. m.w.N.; s.a. *Hain*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung, 1993, S. 15 ff.

¹⁰ Vgl. *Herrmann/Lausen* (Fn. 9), § 4, Rdnr. 27.

¹¹ *Hesse* (Fn. 9), 1. Kap., Rdnr. 25.

¹² *Hesse* (Fn. 9), 1. Kap., Rdnr. 27 ff. – Treffend v. *Festenberg*, in: *Der Spiegel* 49/2006, S. 115: „Die Länderanstalt hatte der demokratischen Erziehung der Deutschen zu dienen.“

Eine derart organisatorisch und durch materielle Grundsätze geprägte, ausschließlich von öffentlich-rechtlichen Anstalten besiedelte Rundfunklandschaft fand das Bundesverfassungsgericht vor, als es sich in den Jahren 1960/61 anlässlich der von der Bundesregierung betriebenen und von den Ländern Bremen, Hamburg, Hessen und Niedersachsen angegriffenen Gründung der „Deutschland Fernsehen GmbH“¹³ erstmals grundlegend mit der Rundfunkordnung zu befassen hatte und mit dem „Fernsehurteil“¹⁴ die schon bald so genannte „Magna Charta der Rundfunkverfassung“¹⁵ schuf. In dieser für die weitere Entwicklung der Dogmatik der Rundfunkfreiheit fundamentalen Entscheidung formulierte das Bundesverfassungsgericht die Thesen von der „Medium und Faktor“-Rolle der Massenmedien im Hinblick auf die öffentliche Meinungsbildung¹⁶ und von der aus technischen und finanziellen Gründen resultierenden „Sondersituation“ des Rundfunks, die besondere Vorkehrungen zur Verwirklichung und Aufrechterhaltung der Rundfunkfreiheit erfordere¹⁷. Zentrale Bedeutung unter diesen Vorkehrungen maß das Bundesverfassungsgericht von Art. 5 GG geforderten Gesetzen bei, die die Auslieferung des Rundfunks an den Staat oder eine gesellschaftliche Gruppe durch die Festschreibung binnenpluraler Organisation und dem Meinungspluralismus verpflichteter Programmgestaltung nach Maßgabe der Grundsätze inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung verhindern sollten¹⁸.

Hier wird deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht im „Fernsehurteil“ die Grundlinien der damals bestehenden, einfach-gesetzlich konstituierten Rundfunkordnung nachgezeichnet und auf verfassungsrechtliche Ebene gehoben hat, was den Verdacht der Ebenenverwechslung nicht unerheblich erhärtet. Treffend bezeichnete *Hans Bausch* später die Rundfunkurteile des Bundesverfassungsgerichts als Transformation des alliierten Erbes in deutsches Verfassungsrecht¹⁹. Ich habe mich oft gefragt, wie die Dogmatik der Rundfunkfreiheit des Grundgesetzes wohl aussähe, wenn die Verfassungsrichter 1960/61 nicht mit einem Oligopol öffentlich-rechtlicher Anstalten, denen ohne Zweifel ein der Erfüllung ihnen vom Gesetzgeber gegebener Aufgaben „dienender“ Charakter zu attestieren ist, sondern mit privatrechtlich organisierten und privatwirtschaftlich agierenden Rundfunkunternehmen konfrontiert gewesen wären. Hätten dann die „dienende“ Rundfunkfreiheit und die untrennbar damit verbundene vorgebliche „Ausgestaltung“ der Rundfunkfreiheit durch den Gesetzgeber jemals die Bühne der Verfassungsdogmatik betreten?

¹³ Zu dieser Gründung und der dahin führenden Entwicklung *Hesse* (Fn. 9), 1. Kap., Rdnr. 47 ff.; *Herrmann/Lausen* (Fn. 9), § 4, Rdnr. 47 ff.

¹⁴ BVerfGE 12, 205 ff.

¹⁵ *Hesse* (Fn. 9), 1. Kap., Rdnr. 52; *Herrmann/Lausen* (Fn. 9), § 4, Rdnr. 52.

¹⁶ BVerfGE 12, 205 (260).

¹⁷ BVerfGE 12, 205 (261).

¹⁸ BVerfGE 12, 205 (262 f.).

¹⁹ *Bausch*, Zur Entwicklung des Rundfunks seit 1945, in: *Glötz/Kopp* (Hrsg.), Das Ringen um den Medienstaatsvertrag der Länder, 1987, S. 12 (20); s. a. *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Bd. 1, 5. Aufl., 2005, Art. 5 Abs. 1, 2, Rdnr. 116: „innere Anlehnung an die deutsche Rundfunkgesetzgebung der Nachkriegszeit“.

Die Termini selbst betraten diese Bühne übrigens 1961 noch nicht, ihre verfassungsgerichtliche Inauguration blieb dem sog. „FRAG-Urteil“ (1981) vorbehalten²⁰. Zur Begründung des „dienenden“ Charakters griff das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung unmittelbar auf die „Medium und Faktor“-These zurück. Die Notwendigkeit an der Aufgabe der Rundfunkfreiheit orientierter und zur Bewirkung des von Art. 5 Abs. 1 GG Gewollten geeigneter und nicht an Art. 5 Abs. 2 GG zu messender „Ausgestaltungs“-Regelungen²¹ wurde dabei vom Argument der Sondersituation abgekoppelt und insbesondere auf die Bedeutung des Rundfunks und die kaum gegebene Reversibilität von Fehlentwicklungen in Gestalt von Aufbau und Missbrauch von Meinungsmachtpositionen gestützt²². Zugleich wurden als „Anforderungen des Grundgesetzes“ die wesentlichen Inhalte zu erlassender Privatfunkgesetze dargelegt; damit wurde die Bedeutung des „dienenden“ Charakters der Rundfunkfreiheit für die private Säule des entstehenden dualen Rundfunksystems expliziert. Diese Rechtsprechung wurde in späteren Entscheidungen konsolidiert²³.

III. „Dienende Rundfunkfreiheit“ als staatlich zu garantierender Ordnungszustand

Die Konzeption der „dienenden Rundfunkfreiheit“ kann – sehr gerafft – also folgendermaßen wiedergegeben werden:

- Der Rundfunk ist Medium und Faktor des für die Demokratie höchst bedeutsamen Prozesses freier Meinungsbildung.
- Demgemäß ist die Rundfunkfreiheit eine der Freiheit der Meinungsbildung – und damit den Freiheiten aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG – „dienende“ Freiheit.
- Als Ausdruck ihres „dienenden“ Charakters enthält die Rundfunkfreiheit schon auf der Gewährleistungsebene bestimmte Maximen für die Gestaltung einer die Funktion des Rundfunks im Rahmen eines Prozesses freier Meinungsbildung garantierenden Ordnung.
- Deren Konkretisierung obliegt primär dem Gesetzgeber. Die gesetzgeberische „Ausgestaltung“ der Rundfunkfreiheit ist keine Beschränkung derselben.

Die treffendsten Kennzeichnungen des mit dieser Konzeption verbundenen Grundrechtsverständnisses liefern die Protagonisten dieser Position selbst²⁴: In deren Sicht ist der Gesetzgeber nicht der potenzielle Bedroher, sondern der Garant²⁵ der Rundfunk-

²⁰ BVerfGE 57, 295 (320).

²¹ BVerfGE 57, 295 (321). – Der innere Zusammenhang zwischen dienender Funktion und Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit auf der Gewährleistungsebene tritt klar hervor bei *Dörr/Schwartzmann*, Medienrecht, 2006, Rdnr. 170 f.

²² BVerfGE 57, 295 (323 f.).

²³ Für die Austarierung des Verhältnisses der beiden Säulen der dualen Rundfunkordnung von grundlegender Bedeutung waren in der Folge insbesondere BVerfGE 73, 118; 74, 297; 83, 238.

²⁴ Vgl. dazu bereits *Hain* (Fn. 9), S. 25 ff.

²⁵ *Hoffmann-Riem*, Rundfunkfreiheit durch Rundfunkorganisation, 1979, S. 35; *Bethge*, Der verfassungsrechtliche Standort des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 1987, S. 16.

freiheit, die sich selbst zu konstituieren nicht in der Lage ist²⁶. Konsequent erweist sich die Freiheit des Rundfunks als das Ergebnis „ausgestaltender“ staatlicher Regelung²⁷, die die Freiheit nicht beschränkt, sondern gewährleistet²⁸. Dies bringt – wenig überraschend – eine Ent-Individualisierung der Rundfunkfreiheit mit sich: Die individualrechtliche Seite des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG hat völlig in den Hintergrund zu treten²⁹. Denn der spezielle Akzent der grundrechtlichen Verbürgung liegt nicht in der Orientierung an der freien Selbstentfaltung individueller Grundrechtsträger³⁰, sondern in der Inschutznahme eines Sozialbereichs³¹ durch die Gewährleistung eines in seiner Gesamtheit freiheitlichen Rundfunkwesens. Treffend auf den Punkt gebracht worden ist diese Sicht der Dinge von *Badura*: Die Rundfunkfreiheit ist ein staatlich zu wahrender und zu sichernder Ordnungszustand ohne geborene Grundrechtssubjekte³².

Angesichts dieser Charakterisierung möchte man allerdings – wie seinerzeit *Böckenförde* und *Wieland*³³ – fragen: „Die ‚Rundfunkfreiheit‘ – ein Grundrecht?“, und dies je nach rundfunkrechtlicher Couleur zweifelnd oder verzweifelnd.

IV. Eine „Kritik des Dienens“

Wenn nun eine Kritik des soeben skizzierten Konzeptes unternommen wird, geht es dieser nicht darum, die Idee des Dienens gänzlich zu desavouieren. Es gibt durchaus Beziehungen, innerhalb derer die Rede vom Dienen angebracht ist: So dient der Staatsdiener seinem Staat, der Gläubige seinem Gott. Aber – und darauf zielt die Kritik – das gegenüber dem Staat im Status grundrechtlicher Freiheit befindliche autonome Subjekt hat eben nicht zu dienen.

Eine Kritik der Idee der „dienenden“ Funktion der Rundfunkfreiheit kann mit dem vergleichsweise banalen Hinweis beginnen, dass sich diese Funktion – obgleich es an dahingehenden Versuchen nicht gemangelt hat³⁴ – nicht zwingend aus dem Wortlaut der Gewährleistung und dessen systematischem Vergleich mit anderen Bestimmungen des Grundrechtsteils des Grundgesetzes ableiten lässt³⁵.

²⁶ *Badura*, Verfassungsrechtliche Bindungen der Rundfunkgesetzgebung, 1980, S. 82; *ders.*, Rundfunkfreiheit und Finanzautonomie, 1986, S. 39; *Bethge*, Die verfassungsrechtliche Problematik der Zulassung von Rundfunkveranstaltern des Privatrechts, 1981, S. 71; *Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, 1985, S. 206, 342. – Auf die ent-individualisierende Tendenz dieser Interpretationslinie hat *Starck*, in: *ders.*, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 157 (166 mit Fn. 39), deutlich hingewiesen.

²⁷ *Wieland*, Die Freiheit des Rundfunks, 1984, S. 129.

²⁸ *Badura*, Verfassungsrechtliche Bindungen (Fn. 26), S. 62; *Stettner*, Rundfunkstruktur im Wandel, 1988, S. 7; *Stock* (Fn. 26), S. 342; *Stern*, DVBl. 1982, S. 1109 (1116).

²⁹ *Ossenbühl*, Die Rundfunkfreiheit und die Finanzautonomie des Deutschlandfunks, 1969, S. 8; *ders.*, Rundfunk zwischen Staat und Gesellschaft, 1975, S. 32.

³⁰ *Hoffmann-Riem* (Fn. 25), S. 15; s.a. *Stettner* (Fn. 28), S. 10 f.; *Böckenförde/Wieland*, AfP 1982, S. 77 (80); *Wieland* (Fn. 27), S. 94.

³¹ *Badura*, Verfassungsrechtliche Bindungen (Fn. 26), S. 22.

³² *Badura*, Verfassungsrechtliche Bindungen (Fn. 26), S. 30.

³³ So der Titel ihres gemeinsamen Beitrages (Fn. 30).

³⁴ Vgl. nur *Hoffmann-Riem*, in: AK GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rdnr. 15; *Schmidt*, Die Rundfunkgewährleistung, 1980, S. 85, *Stettner* (Fn. 28), S. 4; *Stock* (Fn. 27), S. 211; *Wieland* (Fn. 27), S. 93 f.

³⁵ Dazu ausführlich *Hain* (Fn. 9), S. 31 ff.

Auch die Entstehungsgeschichte der Rundfunkgewährleistung vermag deren Sonderinterpretation nicht zu stützen: Der Abgeordnete des Parlamentarischen Rates *v. Mangoldt* konnte sich mit seinem Vorschlag, einen öffentlich-rechtlichen Träger vorbehalt für den Rundfunk in die Verfassung aufzunehmen, nicht durchsetzen. Demgegenüber wurde vielmehr betont, wegen der Verschiedenheit der Rundfunkordnungen in den Besatzungszonen und der Vielfalt möglicher Formen des Rundfunkbetriebes sei es nicht ratsam, die künftige Rundfunkordnung in der Verfassung festzulegen³⁶. Dies spricht gegen die Annahme einer Funktionalisierung der Rundfunkfreiheit, mit der eine Implantation von Maximen für die Gestaltung der Rundfunkordnung in den Gewährleistungsgehalt des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG einhergeht, und damit für einen Freiheitsschutzbereich, der nicht bereits mit Elementen konkreter Rundfunkordnung befrachtet, sondern bis auf den prinzipiellen Leitgedanken „Freiheit“, bezogen auf den Sachbereich „Rundfunk“, normativ leer ist.

Wenn zudem die Begründung der „dienenden Funktion“ des Rundfunks auf die „Medium und Faktor“-These gestützt wird, löst dies im Zusammenhang mit der abweichenden Interpretation der Freiheit der Presse – der im Fernsehurteil doch attestiert worden war, ebenso wie der Rundfunk „Medium und Faktor“ der Meinungsbildung zu sein³⁷ – zunächst den Vorwurf der Inkonsistenz aus³⁸. Unter wissenschaftstheoretischer Perspektive noch schwerer wiegt der Einwand, dass hier von einem empirisch erhebbaren Sachverhalt auf eine normative Folge geschlossen wird³⁹. Und derart von der Seins- auf die Sollensebene gesprungen, argumentiert das Bundesverfassungsgericht sodann weiter zugunsten der „dienenden Rundfunkfreiheit“, indem es diese mit den Rechten aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG – Meinungs- und Informationsfreiheit – in Beziehung setzt und in diesem Zusammenhang von *potenziellen Grundrechtskollisionen* spricht⁴⁰. Die Lösung von Grundrechtskonflikten findet nach der deutschen Grundrechtsdogmatik indes grundsätzlich auf der Schrankenebene der Freiheitsrechte durch Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips statt. All dies bestätigt den Verdacht, dass hier mittels eines wissenschaftstheoretisch nach heutiger Sicht der Dinge kaum hinnehmbaren Fehlschlusses vom Sein auf ein Sollen, dem grundrechtsdogmatisch eine Verwechslung der Ebenen der Gewährleistung einer Freiheit und ihrer Relativierung durch gegenläufige Prinzipien unter den

³⁶ Dazu *Matz*, in: *v. Doemming/Füsslein/Matz*, JÖR Bd. 1 n.F. (1951), S. 86. – Dies greift auch *Starck* (Fn. 26), S. 157 (169), auf, der – in: *ders.*, *Freiheit und Institutionen*, 2002, S. 477 (484) – zusätzlich auf die vom Abg. des Parlamentarischen Rates *Eberhard* im Grundsatzausschuss geäußerte Position hinweist, im Grundgesetz seien nicht die Gesetze der nächsten Jahre im Voraus zu bestimmen; die technische Entwicklung werde es vielleicht ermöglichen, dass beinahe jeder seine eigene Wellenlänge habe. Aus alledem zieht *Starck*, a.a.O., das Fazit, aus den Beratungen könne nicht geschlossen werden, dass niemand an die Garantie der Freiheit der Rundfunkgründung gedacht habe. Man habe dies nur nicht als ein aktuelles Problem angesehen.

³⁷ BVerfGE 12, 205 (260).

³⁸ Vgl. *Hain* (Fn. 9), S. 43.

³⁹ So bereits *Hain* (Fn. 9), S. 42 f., unter Rekurs auf BVerfGE 57, 295 (319 f.). Ebenso anfechtbar ist auch die These *Hoffmann-Riems* (Fn. 25), wenn es heiße, der Rundfunk sei Medium und Faktor, sei dies eine empirische Feststellung, aber auch eine normative Aussage.

⁴⁰ BVerfGE 57, 295 (321). Darauf weist in kritischer Absicht auch *Cornils*, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, 2005, S. 113, hin. – Zur Kritik an der (rechtstheoretischen) Kollisionsthese *Hain*, *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, 1999, S. 114 ff.

Bedingungen der Realität⁴¹ korrespondiert, relativ konkrete normative Gehalte dahin gelangen, wo sie nicht hingehören: von der Schrankenebene in den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit.

Diese wird wiederum über die Figur der Ausgestaltungsgesetze im Hinblick auf Grundrechtsträgerschaft⁴² und -inhalt in jedenfalls nicht unerheblichem Umfang zu einer Freiheit nach Maßgabe des einfachen Gesetzgebers. Das Konzept der „dienenden Rundfunkfreiheit“ und ihrer „Ausgestaltung“ durch den Gesetzgeber scheitert dabei übrigens nicht zuletzt daran, dass es nie gelungen ist, die Rechtfertigungsanforderungen an Ausgestaltungsgesetze plausibel von den Voraussetzungen abzugrenzen⁴³, die für Schrankengesetze aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip folgen⁴⁴. Bedenklicher ist, dass die Annahme der dienenden Funktion der Rundfunkfreiheit nicht nur auf einem Fehlschluss und einer Ebenenverwechslung beruht, sondern das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip auf den Kopf stellt, indem sie in ihrer Konsequenz ausgerechnet den verfassungsunterworfenen Gesetzgeber zum „Ausgestalter“ der Freiheit erhebt⁴⁵.

Dass all dies letztlich aus einer Sondersituation⁴⁶ oder dem Sondercharakter des vorgeblich besonders wirkungsintensiven und missbrauchsanfälligen Massenmediums Rundfunk⁴⁷ folge, ist nicht überzeugend: Der Rekurs auf derlei Argumente – die Frage ihrer jeweiligen Validität einmal außen vor gelassen⁴⁸ – vermag allenfalls quantitative Differenzen zwischen dem Freiheitsgut Rundfunk und anderen Freiheitsgütern darzutun, die Fehlschlüsse vom Sein auf ein Sollen und die Verwechslung von Ebenen verschiedener Qualität – der Gewährleistungs- und der Schrankenebene von Freiheitsrechten – nicht zu rechtfertigen vermögen und noch nie zu rechtfertigen vermochten. Letzteres lässt sich freilich aus der Retrospektive leichter feststellen als aus der Per-

⁴¹ Hain, JZ 2005, S. 939.

⁴² Das wird deutlich herausgearbeitet (und kritisiert) bei Starck (Fn. 19), Art. 5 Abs. 1, 2, Rdnr. 108. Dass das Bundesverfassungsgericht auch in seiner neueren Rechtsprechung – E 95, 220 (234); E 97, 298 (313 f.) – nicht zu einer rundfunkgesetzgeber-unabhängigen Grundrechtsträgerschaft privater Rundfunkveranstalter gelangt ist, zeigt Cornils (Fn. 40), S. 92 ff., auf.

⁴³ Zu den verschiedenen dahingehenden Versuchen vgl. die Darstellung bei Schüller-Keber, Die Auftragsdefinition für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nach dem 7. und 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, Diss., 2006, S. 68 ff. m. zahlr. N.

⁴⁴ Kritisch Cornils (Fn. 40), S. 96 ff. Einwände gegen die Figur der Ausgestaltungsgesetze erheben u. a. auch Pestalozza, NJW 1981, S. 2158 ff.; Scholz, JZ 1981, S. 561 (566); Kull, AfP 1987, 365 (366); Engel, AfP 1994, S. 185 (186); Fink, DÖV 1992, S. 805 ff.

⁴⁵ Hain (Fn. 41), S. 939.

⁴⁶ Dazu bereits BVerfGE 12, 205 (261). Noch im vierten Rundfunkurteil konnte sich das Bundesverfassungsgericht – E 73, 118 (121) – nicht dazu verstehen, die These von der Sondersituation aufzugeben. Es nahm vielmehr nur eine Veränderung der Sondersituation an, obwohl bedeutende Stimmen im Schrifttum schon seit einiger Zeit das Fortbestehen einer Sondersituation in technischer und finanzieller Hinsicht infrage gestellt hatten; vgl. Lerche, Rundfunkmonopol, 1970, S. 45; Rudolf, Über die Zulässigkeit privaten Rundfunks, 1971, S. 63; H. H. Klein, Die Rundfunkfreiheit, 1978, S. 68 ff.; Schmitt Glaeser, Kabelkommunikation und Verfassung, 1979, S. 111; Scheuner, Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit, 1982, S. 9, 66, 71.

⁴⁷ Diese These rückt in der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts spätestens seit dem dritten Rundfunkurteil – E 57, 295 (323); s.a. bereits E 31, 314 (325) – zur zentralen Begründungsfigur der Sonderinterpretation der Rundfunkfreiheit auf und fand auch im Schrifttum starke Unterstützer; vgl. Klein (Fn. 46), S. 70; Stern/Bethge, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk, 1971, S. 42, 51; Bethge (Fn. 25), S. 39 ff.; Badura, Rundfunkfreiheit (Fn. 26), S. 40, 50; Herrmann, Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 125 f., 231, 234 f.; Hoffmann-Riem (Fn. 25), S. 18; Lerche (Fn. 46), S. 37.

⁴⁸ Dazu Hain (Fn. 9), S. 46 ff. m. zahlr. N.

spektive der Zeitgenossen der Entwicklung und Verfestigung des Dogmas von der „dienenden Rundfunkfreiheit“.

V. Der Autonomiegedanke als Basis des Systems der Grundrechte

Auf der Basis dieser Einsichten ist die Sonderdogmatik der Rundfunkfreiheit kaum zu halten. Ebenso wenig wie andere Freiheitsrechte ist sie „so eine Art Welt für sich selbst“⁴⁹. Sie gehört vielmehr in den systematischen Kontext der übrigen Grundrechte, und wir – die deutschen Verfassungs- und Medienrechtler – sowie nicht zuletzt das Bundesverfassungsgericht sollten ihr endlich erlauben, sich dort einzureihen. Dies wäre i. Ü. auch ein Beitrag zur Vermeidung von „Flurschäden“ im Grundrechtssektor, die in der von Sonderdogmatiken einzelner Grundrechte ausgehenden Erosion des Gesamtsystems der Grundrechte bestehen könnten.

Dieses System⁵⁰ wird unter dem Grundgesetz⁵¹ vor allem konstituiert durch die Rückführbarkeit der grundrechtlichen Garantien auf die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)⁵². In der grundgesetzlichen Berufung auf die Menschenwürde⁵³ ist vor dem geistesgeschichtlichen Hintergrund einer rationalistisch-individualistischen Linie in der praktischen Philosophie⁵⁴ die Anerkennung der dem Recht vorausgesetzten *inneren* Autonomie aller Menschen zu sehen, die sie prinzipiell zur sittlichen Selbstbestimmung befähigt. Daraus erwächst rechtlich die Konsequenz, dass die Menschen untereinander (äußere) Freiheit und Gleichheit in Bezug auf die (äußere) Freiheit wechselseitig anzuerkennen haben⁵⁵ und der Staat als Mittel der autonomen Selbstorganisation der Freien und Gleichen⁵⁶ eine rechtliche Ordnung gleicher Sphären *äußerer* Freiheit zu schaffen hat. Darauf ist der Auftrag zu Achtung und Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG) gerichtet. Demnach beinhaltet die Rechtsgarantie des Art. 1 Abs. 1 GG genau und nur die Leitgedanken (äußere) Freiheit und Gleichheit aller Menschen. Diese Leitgedanken werden in den nachfolgenden Grundrechten – jedenfalls im Hinblick auf die Abwehrfunktion⁵⁷ – weiter entfaltet⁵⁸.

⁴⁹ *Badura*, Diskussionsbemerkung, in: *Schuppert* (Hrsg.), *Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates*, 1998, S. 171: „Jedes Grundrecht ist so eine Art Welt für sich selbst, ...“.

⁵⁰ Zur Bedeutung des Systemgedankens für die juristische Dogmatik *Hain* (Fn. 1), S. 1036 (1037 f.).

⁵¹ Speziell zu einem System der Grundrechte *Stern*, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, in: *HbdsStR V*, 1992, § 109.

⁵² *Hain* (Fn. 9), S. 58 ff.; *ders.* (Fn. 1), S. 1036 (1041 f.).

⁵³ *Hain*, Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung, *Der Staat* Bd. 45 (2006), S. 189 (198), unter Präzisierung der bereits in *ders.* (Fn. 40), S. 225, vertretenen Position.

⁵⁴ *Hain*, *Der Staat* Bd. 45 (Fn. 53), S. 189 (194 ff.) m.w.N.

⁵⁵ Zur Geltung der Würdegarantie zwischen den Individuen vgl. nur *Starcke* (Fn. 19), Art. 1, Rdnr. 29; *Hain* (Fn. 40), S. 266 ff.

⁵⁶ Vgl. die Formulierung bei *Jürgen Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1994, S. 217.

⁵⁷ Es ist hier nicht der Platz, die Frage nach der rechtlichen Basis für Schutzpflichten/-rechte zu diskutieren; dazu ausführlich *Szczekalla*, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, 2002, S. 92 ff.; *Unruh*, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1996. Meine Position habe ich in *Hain* (Fn. 1), S. 1036 (1041 ff.), dargelegt.

⁵⁸ Systemwidrige, aber klar eingrenzbar Abweichungen von der vom Parlamentarischen Rat intendierten Gestaltung des Grundrechtsteils im Sinne der alten klassischen Grundrechte enthalten nach *v. Mangoldt*,

Da ein Sondercharakter der Rundfunkfreiheit nicht nachweisbar ist, muss auch ihre Interpretation vor dem Hintergrund der Fundierung der Grundrechte in der Menschenwürde erfolgen. Dementsprechend beinhaltet sie den Leitgedanken Freiheit in Bezug auf den Sachbereich Rundfunk. Die Rundfunkgewährleistung schützt demgemäß nicht mehr und nicht weniger als die freie Entscheidung der Grundrechtsträger hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ der Veranstaltung von Rundfunk⁵⁹. Dem Status grundrechtlicher Freiheit ist aber die Kategorie des Dienens wesensfremd. Der Freie ist vielmehr prinzipiell autonom und kraft seiner Rationalität im Praktischen selbst in der Lage, seine Freiheit mit der gleichen Freiheit der je anderen zu kompatibilisieren⁶⁰. Dies ist ein Akt der Rationalität des freien Subjekts, nicht ein Akt des Dienens. Gelingt dem Grundrechtssubjekt aber die geforderte rationale Kompatibilisierung aktuell nicht, wird es unter Beschränkung seiner Freiheit durch Handlungsnormen und ihren Vollzug zu einer rationalen Lösung gezwungen, der es unter Anwendung eines rationalen Kalküls zustimmen müsste. Dies ist – bei aller verbleibenden Klärungsbedürftigkeit hinsichtlich der Ausgestaltung des rationalen Kalküls im Detail – prinzipiell das dem Autonomiegedanken entsprechende Konzept. Gedient wird dabei weder auf der Schutzbereichs- noch auf der Schrankenebene. Und die Gleichung „Freiheit ist Ordnung“, die in der Rede von der Rundfunkfreiheit als staatlich zu garantierendem Ordnungszustand zum Ausdruck kommt, geht vor diesem Hintergrund keinesfalls auf. Die durch staatliche Normen und deren Vollzug bewirkte freiheitliche Ordnung des Rundfunkwesens im Ganzen ist gleichermaßen notwendig wie für das einzelne Grundrechtssubjekt Freiheitsbeschränkung, sofern damit eine Einengung des Spielraums für freie Entscheidungen hinsichtlich des „Ob“ und „Wie“ der Veranstaltung von Rundfunk verbunden ist⁶¹.

Mit diesem Konzept konvergiert in normstruktureller Hinsicht die Rekonstruktion der Freiheitsrechte als Prinzipien⁶². Prinzipien sind Normen, die für alle Fälle, die sie betreffen, nicht schon (relativ) bestimmte Rechtsfolgen, sondern erst unrelativierte Leitgedanken – wie etwa den der Freiheit – statuieren. Ihr normativer Gehalt ist in keiner Weise auf die Möglichkeiten und Bedingungen der tatsächlichen und rechtli-

Schriftlicher Bericht über den Abschnitt I. Die Grundrechte, in: Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6. Mai 1949, Bonn 1949, S. 5 f., allerdings die Art. 6, 7 GG.

⁵⁹ So bereits Hain (Fn. 9), S. 81 m.w.N.

⁶⁰ Es ist zu betonen, dass es hier um die *prinzipielle* Annahme der Autonomie geht. Dass nicht alles, was von Rundfunk- und Fernsehveranstaltern an Programm zu verantworten war und ist, als Ausdruck aktuell rationaler Ausübung der „Programm-Autonomie“ im Sinne des hier thematisierten Autonomie- und Rationalitätskonzepts betrachtet werden kann, wird schwerlich zu bestreiten sein; mit kritischem Unterton auch Starck (Fn. 26), S. 157 (173 f.). – Nach der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts ist i. Ü. auch die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen von der Autonomie des Subjekts her zu verstehen; auf dieser Basis hat das Bundesverfassungsgericht die „Durchgriffsthese“ entwickelt; BVerfGE 21, 362 (369); 61, 82 (100 f.); 75, 192 (195 f.); vgl. dazu Hain (Fn. 9), S. 67 f.

⁶¹ Vgl. für diese Position nur Starck (Fn. 19), Art. 5 Abs. 1, 2, Rdnr. 237.

⁶² Bahnbrechend im deutschen Bereich Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., 1996; s.a. die Untersuchung des Alexy-Schülers Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl., 2007. – Zur kritischen Auseinandersetzung mit Alexys Optimierungsthese und der Entwicklung eines Mindeststandard-Konzepts Hain (Fn. 40), S. 114 ff.

chen Welt hin relativiert⁶³. Zu konkreten Festsetzungen kommt es erst, wenn der leitgedankliche Gehalt eines Prinzips mit den jeweils maßgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Anwendungsbedingungen in Beziehung gesetzt, auf diese Bedingungen hin relativiert wird. Für den Vorgang der Relativierung von prinzipiellen Freiheitsgewährleistungen hat sich die metaphorische Bezeichnung „Abwägung“ durchgesetzt. Was die Rundfunkfreiheit betrifft, bedeutet das: Auf der prinzipiellen Gewährleistungsebene ist diese noch in keiner Weise auf reale Situationen – und seien es Sonder-situationen – und unter den Bedingungen dieser Situationen konfligierende Prinzipien wie Meinungs- und Informationsfreiheit hin relativiert. Die Erschaffung einer freiheitlichen Rundfunkordnung durch Kompatibilisierung der Rundfunkfreiheit mit der Meinungs- und Informationsfreiheit unter Beachtung des Demokratie- und des Sozialstaatsprinzips findet anhand der maßgeblichen realen Bedingungen erst auf der Schrankenebene der Rundfunkfreiheit statt⁶⁴. Auf dieser Ebene wird über mehrere Stufen der Konkretisierung eine freiheitliche Rundfunkordnung – wenn man es so nennen will: – „ausgestaltet“ von noch relativ abstrakten Sätzen wie demjenigen, dass vorherrschende Meinungsmacht zu vermeiden sei⁶⁵, bis zu konkreten Einzelfallentscheidungen etwa der Vergabe von Rundfunklizenzen. Das aber heißt: Die „Ausgestaltung“ der Ordnung im Ganzen gewinnt unter dem Gesichtspunkt der Grundrechte als (potenzielle) Beschränkung der Freiheit des Einzelnen Relevanz.

VI. Von den Vorteilen der Neubesinnung auf das klassische Freiheitsrechtsparadigma unter den Bedingungen der Medienkonvergenz

Mit dieser Feststellung werden aber nicht zugleich die Einsichten über Bord geworfen, die einst das Konzept der „dienenden Rundfunkfreiheit“ motiviert haben. Nach wie vor gilt: Für den freiheitlich-demokratischen Staat und die private Selbstentfaltung wie die demokratische Partizipation seiner Bürger ist die Freiheitlichkeit des Prozesses der Meinungs- und Willensbildung von essentieller Bedeutung. Daher muss die Ordnung des Mediensektors wie sonstiger meinungsrelevanter Bereiche so strukturiert sein, dass sie dem unaufgebbaren Ziel der Freiheitlichkeit der Meinungsbildung entspricht. Entscheidend ist: Die Inhaltevermittlung muss – jedenfalls außenplural, wenn notwendig aber auch binnenplural – prinzipiell die Gesamtheit des jeweils in Gesellschaft und Staat zu verzeichnenden Spektrums von Meinungen mit ihrem jeweiligen relativen Gewicht repräsentieren. In organisatorischer Hinsicht ist zu

⁶³ *Hain* (Fn. 40), S. 103. – Aus diesem Grund teile ich – bei aller Zustimmung zu seiner eigenen grundsätzlichen Linie der Interpretation der Rundfunkfreiheit – auch nicht die Position *Starcks* (Fn. 36), S. 477 (483), die Konzeption einer hauptsächlich objektiv-rechtlich verstandenen Garantie der Rundfunkfreiheit habe wohl zur Sondersituation gepasst. Ist die Gewährleistung der Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG als Prinzip zu verstehen, sind tatsächliche Situationen oder Eigenschaften des Freiheitsguts Rundfunk für die Deutung des Prinzips Rundfunkfreiheit schlicht irrelevant.

⁶⁴ *Hain* (Fn. 9), S. 85.

⁶⁵ Vgl. nur BVerfGE 57, 295 (323); 73, 118 (159 f.). Zum Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht *Hain*, MMR 2000, S. 537 (539 ff.).

verhindern, dass durch die Ausübung vorherrschender Meinungsmacht staatlicher oder gesellschaftlicher Akteure die Freiheitlichkeit des Prozesses der Meinungsbildung beeinträchtigt oder gar aufgehoben wird. *Pluralismus der Medien und ihrer Inhalte und damit die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht bilden daher verfassungsrechtlich unaufgebbare Ziele der Ordnung des Mediensektors.*

Wie aber sind diese Ziele unter den gegebenen tatsächlichen Bedingungen zu erreichen? Bestandteil des heute mehrheitlich auf die besondere Suggestivität und Missbrauchsanfälligkeit des Rundfunks gestützten Konzepts der dienenden Rundfunkfreiheit ist die Zuordnung bestimmter Ordnungselemente, zu denen u. a. auch die *ex-ante*-Sonderregulierung des Rundfunks unter Vielfaltsgesichtspunkten gehört, zur Gewährleistungsebene nur der Rundfunkfreiheit⁶⁶. Dies ist allerdings genauso wenig haltbar wie die Annahme, die Pressefreiheit garantiere *per se* die Marktordnung der Presse und schließe für jeden denkbaren Zustand des Pressewesens vielfaltssichernde Eingriffe kategorisch aus⁶⁷. Allgemein ausgedrückt ist die verfassungsrechtlich fixe Zuordnung bestimmter Ordnungsmodelle etwa für Individualkommunikation, bestimmte Typen von Massenkommunikation sowie Telekommunikation nicht nur dogmatisch fragwürdig, sondern auch wegen einer sich radikal verändernden Faktenlage im Mediensektor immer weniger zielführend.

Die Entfesselung einer enormen Dynamik im Mediensektor beruht auf der Digitalisierung, die technische und ökonomische Konvergenz induziert⁶⁸. Genauer: Digitalisierung und Komprimierung großer Datenmengen ermöglichen die Konvergenz vormalig divergenter Kommunikationswege und -arten. Verschiedene Inhalte können auf denselben Netzen, identische Inhalte auf verschiedenen Netzen kommuniziert werden, deren gegenseitige Anschlussfähigkeit zunimmt. Kombinationsformen bis hin zur Verschmelzung medialer Subsektoren sind denkbar, zunehmend auch technisch und ökonomisch umsetzbar. Im Zuge der Konvergenzentwicklung werden die bislang relativ klaren Grenzlinien zwischen Tele-, Massen- und Individualkommunikation zunehmend verschwimmen (wenn auch jedenfalls mittelfristig nicht völlig verschwinden)⁶⁹. Damit geraten alte Machtpositionen ins Wanken, neue Player erscheinen auf der Bühne, und allenthalben werden neue Allianzen projiziert. Die letztlich gescheiterte Fusion von Springer und Pro7Sat.1⁷⁰ erregte zwar erhebliche öffentliche Aufmerksamkeit und die Gemüter⁷¹, war aber angesichts einer denkbaren Integration von Netzen und Inhalten nur ein vergleichsweise schwacher Vorgeschmack der horizontalen, vertikalen und diagonalen Verflechtungen, die vor dem Hintergrund der digitalen Revolution möglich erscheinen und völlig neue Meinungsmacht-Positionen kre-

⁶⁶ Vgl. nur BVerfGE 57, 295 (323); 95, 163 (172 f.).

⁶⁷ Vgl. etwa *Bethge* (Fn. 3), Art. 5, Rdnr. 73, dessen Begründung für die These, ggf. sei die Freiheitlichkeit des Kommunikationsprozesses auch im Hinblick auf die Presse zu gewährleisten, ich allerdings nicht teile.

⁶⁸ Zu weiteren Wirkfaktoren in Gestalt von Privatisierung und Globalisierung *Hain* (Fn. 5), S. 325 (328 ff.).

⁶⁹ So bereits *Hain* (Fn. 5), S. 325 (326 f.).

⁷⁰ Vgl. KEK, Beschluss v. 10. 01. 2006 (Az.: KEK 293-1 bis -5), Quelle: www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf. – Zur Begründung des Beschlusses durch die KEK jüngst *Dörr*, in: FS Mailänder, 2007, S. 481 (492 ff.).

⁷¹ Dazu *Hain*, K&R 2006, S. 150 ff.

ieren könnten⁷², während der öffentlich-rechtliche Rundfunk gleichermaßen vehement wie konzentriert sein Entrée in die online-Welt betreibt, um weiterhin auf allen Netzen präsent zu sein.

Mit dem Verschwimmen der Grenzlinien zwischen vormalig getrennten medialen Subsektoren geraten aber auch medienrechtliche Normen(-komplexe) unter Druck, die mit ihrer Regulierung an die überkommenen Grenzlinien anknüpfen. Dem Versuch der verfassungsrechtlichen Versteinerung bestimmter Ordnungsstrukturen laufen zunehmend die Fakten davon. Wie gesagt: Pluralismus der Medien und ihrer Inhalte und die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht sind verfassungsrechtlich unaufgebbare Ziele der Ordnung des Mediensektors. Zur Erreichung dieser Ziele bedarf es aber unter veränderten tatsächlichen Bedingungen der Öffnung der geschlossenen materiellen Medienverfassung. Dabei hilft die Einsicht, dass die soeben benannten Ziele und ihre Konkretisierungen erst aus einer Abwägung der maßgeblichen Kommunikations-, Informations- und Wirtschaftsfreiheiten unter Berücksichtigung des demokratischen und des Sozialstaatsprinzips resultieren. Regulierungsflexibilität wird hierbei vor allem dadurch gewonnen, dass die fälschlich und noch dazu einseitig dem Tatbestand der Rundfunkfreiheit zugeordneten demokratisch-funktionalen Ordnungsmaximen dorthin transferiert werden, wo sie dogmatisch hingehören: auf die Schrankenebene der einschlägigen Grundrechte, und zwar nicht nur der Rundfunkfreiheit, sondern aller einschlägigen Grundrechte, die Tätigkeiten schützen, denen das Potenzial zur Akkumulation von Meinungsmacht innewohnt. Dann reduziert sich der Druck auf den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff beträchtlich. Und die Verfassung erlaubt dem Gesetzgeber, die demokratisch-funktionalen Gehalte ohne quasi-apriorische Zuschreibung bestimmter Ordnungsstrukturen an bestimmte Dienste flexibel und verhältnismäßig anhand der jeweiligen Faktenlage gegenüber verschiedenen Akteuren der Kommunikation sowie auf vor- und nachgelagerten Märkten ins Spiel zu bringen⁷³.

Auf dieser Basis lässt sich prinzipiell ein Regulierungsrahmen konzipieren, der hinsichtlich der Erfassung neuer Player und Verflechtungen auf dem Feld der Meinungsmacht und hinsichtlich zu wählender Regulierungsansätze hinreichend flexibel⁷⁴ ist, um sich auch angesichts der Dynamik im Mediensektor im Sinne effektiver Zielverfolgung zu bewähren. Dass die bundesstaatliche Kompetenzverteilung der Umorientierung partiell Grenzen setzt, darf dabei zumindest nicht unerwähnt bleiben, einen Übergang von einem bislang rundfunkzentrierten hin zu einem umfassenderen Ansatz publizistischer Vielfaltssicherung⁷⁵ durch die Länder dürfte sie indes nicht kategorisch

⁷² Vgl. dazu die drastischen Worte des ZDF-Intendanten *Schächter* auf den 39. Tagen der Mainzer Fernsehkritik, hier zit. nach *pro media* 5/2006, S. 6; s. a. die im neunten Jahresbericht der KEK, 2006, S. 269, enthaltenen Bemerkungen im Vorgriff auf den im Januar 2007 erscheinenden dritten Medienkonzentrationsbericht.

⁷³ Eine Flexibilisierung der Medienregulierung propagiert auch *Spindler*, in: *St. Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), Vhdl. des 64. DJT, Bd. 2/2, München 2002, M 85 (116 f.).

⁷⁴ Dazu *Hain* (Fn. 5), S. 325 (331).

⁷⁵ In diese Richtung *Schulz*, *tendenz* 3/2005, S. 4, 9; *ders./Held*, *Die Zukunft der Kontrolle von Meinungsmacht*, 2006, S. 55 ff. (Quelle: <http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/04083.pdf>); in der Sache für ein Gesamtmedienmodell der Konzentrationskontrolle *Stadelmaier*, *pro media* 12/2006, S. 9 (10).

ausschließen⁷⁶. Schließlich werden verfassungsrechtliche Bestands- und Entwicklungsgarantien zugunsten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks⁷⁷ abgelöst durch einen Rechtfertigungsbedarf, der wie andere Eingriffe im Rahmen von Abwägungen anhand der jeweiligen Tatsachenlage einzulösen ist, wobei sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk wesentlich auf sozial- und demokratiestaatliche Aspekte stützen kann⁷⁸. Eine solche Rechtfertigung ist wiederum insoweit valide, als sich die Anstalten in ihrer Tätigkeit auf ihre sozial- und demokratiestaatliche Funktion konzentrieren⁷⁹. Dabei leisten die öffentlich-rechtlichen Anstalten nach wie vor einen wesentlichen Beitrag für die Freiheitlichkeit der Meinungsbildung, und in der Tat muss der öffentlich-rechtliche Rundfunk – wie auch *Holzner*⁸⁰ jüngst angedeutet hat – in der neuen Medienwelt nicht der Verlierer sein. Gerade angesichts einer sich abzeichnenden zunehmenden Individualisierung von netzbasierten Kommunikationsprozessen könnte sich ein auf seine eigentliche Funktion und seine hergebrachten hohen Standards konzentrierter öffentlich-rechtlicher Rundfunk als Integrationsfaktor des gesellschaftlichen Meinungsbildungsprozesses bewähren und als solcher zur Gewinnung von Orientierung im „Markt der Meinungen“ nachgefragt werden.

VII. Schlussbemerkung

Die hier vorgeschlagene „Liberalisierung“ der Rundfunkgewährleistung bedeutet den Abschied von der Indienstnahe einer grundrechtlichen Freiheit für externe Zwecke. Schon darin liegt nach meiner Überzeugung ein Gewinn.

⁷⁶ Kompetenzrechtliche Bedenken äußert *Stadelmaier* (Fn. 75), S. 9 (10). Dazu kann hier nicht umfassend Stellung genommen werden. Man darf aber jedenfalls aus der durch den Antragsgegenstand (Rundfunk) veranlassten Einengung der kompetenzrechtlichen Überlegungen im Fernsehurteil nicht schließen, publizistische Vielfaltssicherung sei nur in Bezug auf den Rundfunk Sache der Länder: Wäre es so, wäre schon die Regelung des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV kompetenzrechtlich grenzwertig, da darauf gestützte Entscheidungen der KEK jedenfalls mittelbar Auswirkungen auf die Stellung von Antragstellern in anderen als Rundfunkmärkten haben (können). M.E. spricht jedenfalls viel dafür, publizistische Vielfaltssicherung insgesamt zum Kompetenzbereich der Länder zu rechnen. Dafür spricht auch die im Hinblick auf das Pressesonderkartellrecht des Bundes, welches sich auf die Kompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG stützen kann, entwickelte Position, dass der Bund zwar bei Verfolgung eines unmittelbarer kartellrechtlichen Zieles mittelbar Ziele publizistischer Vielfalt verfolgen kann – wie durch § 38 Abs. 3 GWB; vgl. den Bericht und Antrag des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages zum Entwurf der dritten Kartellrechtsnovelle vom 19.02.1976 (BT-Drs. 7/4768, S. 4 re. Sp.) –, aber nicht unmittelbar publizistische Vielfalt durch das Kartellrecht sichern darf; vgl. dazu *Hain* (Fn. 5), S. 325 (333 f.).

⁷⁷ BVerfGE 83, 238 (297 ff.); dazu *Dörr*, JuS 1992, S. 71 (72); krit. *Kull*, AfP 1991, S. 716 (718 f.); *Degenhart*, DVBl. 1991, S. 510 (512 ff.).

⁷⁸ Zu diesem Konzept der Rechtfertigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks *Hain* (Fn. 9), S. 161 ff.

⁷⁹ In diesem Zusammenhang kann hier auf die einfach-rechtlichen Präzisierungen des Funktionsauftrages der Anstalten (§§ 11, 19 RStV) nur hingewiesen werden; s.a. *von Wallenberg*, ZUM 2004, S. 875 (879 f.); *dies.*, MMR 2005, S. 88 ff. Soweit dabei auf Selbstverpflichtung/-regulierung der Anstalten gesetzt wird (§ 11 Abs. 4 RStV), wird die gemäß § 11 Abs. 5 RStV obligatorische Überprüfung der Anwendung des § 11 Abs. 4 RStV zu erweisen haben, inwieweit dieses Regulierungskonzept zu angemessenen Ergebnissen führt. – Die aktuellen Berichte von ARD und ZDF gemäß § 11 Abs. 4 Satz 3 RStV sind veröffentlicht in epd medien 86/2006, S. 3 ff.

⁸⁰ Vgl. dessen Äußerung anlässlich des deutsch-französischen Mediendialogs in Berlin, zit. nach epd medien 89/2006, S. 11.

Zudem geht mit der Eingliederung der Rundfunkfreiheit in das von der Menschenwürde dirigierte Konzert der Freiheitsrechte keine Preisgabe der Ziele einher, deren Verfolgung um der Freiheitlichkeit der Meinungsbildung willen unverzichtbar ist: des Pluralismus der Medien und ihrer Inhalte und der Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht. Diese publizistischen Ziele sind durch eine entsprechende Rundfunkordnung zu verfolgen. Die „Liberalisierung“ der Rundfunkfreiheit führt also nicht zur „Deregulierung“ der Rundfunkordnung.

Und sollte die – rundfunkrechtlich – neue und – allgemein grundrechtsdogmatisch – alte Sicht des individuellen Freiheitsrechts und seiner Relativierung auf der Schrankebene eher zur Bewältigung der aktuellen und zukünftigen Regulierungsprobleme taugen als die – rundfunkrechtlich – alte und – allgemein grundrechtsdogmatisch – verfehlte Sicht der Dinge, hätte die Konzeption der „dienenden Rundfunkfreiheit“ in den Zeiten der Medienkonvergenz „ausgedient“.

Was ist das für ein Fundament, das brüchig ist? Haben die sieben Architekten und Statiker, die es vor ziemlich genau zwanzig Jahren entworfen und errichtet haben, nicht sorgfältig gearbeitet? Kaum vorstellbar, es wären die besten im Land.

Der Begriff der Grundversorgung ist von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts 1986 in der 4. Rundfunkentscheidung, dem Niedersachsen-Urteil, zum ersten Mal gewählt worden, um den Auftrag und die besondere Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu beschreiben. Zwar hatte das Gericht bereits in früheren Entscheidungen Ausführungen zur Rolle des Rundfunks in einer demokratischen Gesellschaft gemacht, das Niedersachsen-Urteil aber setzte sich grundlegend mit dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk in seiner besonderen Ordnung auseinander – einem System also, in dem private Unternehmen und öffentlich-rechtliche Anstalten nebeneinander existieren.

In dieser Ordnung ist, so die Kasbacher Richter, die unerschöpfliche „Grundversorgung“ Sache der öffentlich-rechtlichen Anstalten. Sie seien dazu instand, weil ihre terrestrischen Programme nahezu die gesamte Bevölkerung erreichen und weil sie nicht in gleicher Weise wie kommerzielle Veranstalter auf hohe Einschaltquoten angewiesen seien. Dadurch seien sie zu einem inhaltlich umfassenden Programmangebot in der Lage.¹

Dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk wird damit die Erfüllung der Grundversorgung zur Aufgabe gemacht. Um diese Aufgabe erfüllen zu können, ist es notwendig, an die Richter, die technischen, organisatorischen, personellen und finanziellen Voraussetzungen sicherzustellen.² Genau damit fädelt unsere Finanzierung durch Rundfunkgebühren ihre Rechtfertigung.

¹ BVerfGE 71, 118 (137).

² BVerfGE 71, 118 (138). Nach Klare verbindet sich damit im 4. Rundfunkartikel die Wortwahl „sicherzustellen“ mit der Formulierung „Grundversorgungspflicht“.