

STEFAN OETER

## **Rundfunkregulierung im Zeitalter der Globalisierung – Was bleibt für die Länder?**

### **I. Einleitung**

Ist die deutsche Rundfunkordnung, wie sie sich im Verlaufe der letzten Jahrzehnte in einem komplizierten (und teilweise auch verschlungenen) Entwicklungsprozess herausgebildet hat, auf Dauer überlebensfähig? Diese Frage drängt sich auf, blickt man auf das eigenwillige System der Rundfunkregulierung in Deutschland aus der Perspektive des Außenbetrachters, also als Jurist aus der Perspektive des Völker- und Europarechts. In so manchem Detail weist das System Eigenheiten auf, die in der Perspektive des Völker- und Europarechts als problematisch erscheinen könnten. Insgesamt kann man auf die Frage nur mit einem dezidierten „Ja“, einem „Es kommt darauf an“ antworten – aber worauf? In der Antwort auf diese Folgefrage liegt auch die Antwort auf die Frage des Titels, was eigentlich für die Länder „im Zeitalter der Globalisierung“ auf Dauer übrig bleibt von der Rundfunkregulierung.

Im „Zeitalter der Globalisierung“ markiert dabei ein allgemeines Unbehagen an den Veränderungen, denen unsere politische, wirtschaftliche und soziale Welt unterliegt – ohne dass wir so genau angeben könnten, was nun im Detail mit „Globalisierung“ gemeint sei. Um einen etwas besser strukturierten Zugriff auf das Phänomen zu erlangen, werde ich mich in einem ersten Teil daher einem Ausschnitt der rechtlichen Aspekte der „Globalisierung“ zuwenden, den Rahmenbedingungen des Welthandelsrechts für den Handel mit Filmen und Rundfunkdienstleistungen, als einer Ergänzung zu den europarechtlichen Ausführungen der beiden vorangegangenen Referate. Unmittelbar ergibt sich daraus bislang noch keine wirkliche rechtspolitische Herausforderung für das föderale System der Rundfunkregulierung in Deutschland, wie ich demonstrieren werde. Doch unter dem Prisma des Welthandelsrechts lassen sich bestimmte Entwicklungen und Herausforderungen für die gewachsene deutsche Rundfunkordnung herausarbeiten, die der Frage „Was bleibt für die Länder?“ tatsächlich eine gewisse Dramatik verleihen – Dramatik jedenfalls aus Sicht der um ihre Wirkungsmöglichkeiten besorgten Länder. In einem zweiten Teil meines Referates werde ich diese Herausforderungen in einer übergreifenden Perspektive, unter Einbeziehung des Europa- und des Verfassungsrechts, in den Blick zu nehmen suchen.

## II. Audiovisuelle Medien und Welthandelsrecht

Lassen Sie mich meine Bemerkungen zur Rundfunkregulierung in einer sich globalisierenden Weltwirtschaft – der einzige Sektor, auf dem wir halbwegs genau wissen, was es mit der ‚Globalisierung‘ auf sich hat – mit einigen zunächst vielleicht banal klingenden Zahlen beginnen. „Banal“, weil ein um kulturelle Werte kämpfender Jurist sich üblicherweise nicht mit makroökonomischen Daten beschäftigt – doch es geht bei den hier behandelten Fragen um Geld, sehr viel Geld, auch und gerade in handelspolitischer Sicht. Der internationale Handel mit audiovisuellen Produktionen ist ein Wirtschaftsfaktor ersten Ranges, schließlich werden hier jährlich Hunderte von Milliarden Euro bzw. Dollar umgesetzt, allein in der EU wie in den USA jeweils weit über 100 Milliarden Euro jährlich. Beinahe noch kennzeichnender für die gegenwärtige Konfliktkonstellation als die simplen Umsatzzahlen ist die im Handelsaustausch feststellbare, auffällige Asymmetrie zugunsten der USA. Während US-Firmen des audiovisuellen Bereichs einer älteren Schätzung zufolge jährlich im Güter- und Dienstleistungshandel gut 9 Mrd. € in der EU erwirtschaften, erzielen europäische Unternehmen in den USA Erlöse von unter 1 Mrd. €. Dies entspricht einem Handelsdefizit der EU von rund 8 – 9 Mrd. €. <sup>1</sup> Die Übermacht der US-amerikanischen Film- und Fernsehindustrie – nach der Luftfahrtindustrie die größte Exporteurin des Landes <sup>2</sup> – wird zusätzlich verdeutlicht, wenn man sich die Einnahmen aus Urheberrechts- und Lizenzgebühren ansieht, an denen der audiovisuelle Sektor erheblichen Anteil hat. Im Jahr 2004 nahmen US-Unternehmen 42,3 Mrd. € an Urheberrechts- und Lizenzgebühren durch Verkäufe ins Ausland ein, während sie für importierte Leistungen lediglich 19,2 Mrd. € zahlten. Im selben Jahr mussten Unternehmen der EU 27,8 Mrd. € an Lizenzgebühren ins Ausland zahlen, während sie nur 19,6 Mrd. € aus Drittstaaten einnehmen konnten. <sup>3</sup>

Nun sollte man nicht der Versuchung erliegen, an diesem Punkt in Verschwörungstheorien zu flüchten. Zunächst einmal ist die konstatierte Asymmetrie simpel ein Produkt der ganz unterschiedlichen ökonomischen Ausgangsbedingungen und Marktstrukturen. Hintergrund der einseitigen Handelströme (und der Flüsse an Urheber- und Lizenzgebühren) ist vor allem ganz banal der Umstand, dass die USA mit ihrem homogenen, 250 Mio. Konsumenten erfassenden Binnenmarkt, der kaum sprachliche oder kulturelle Barrieren kennt, gegenüber der EG einen gewaltigen Standortvorteil haben. Hieraus resultiert eine gegenüber Filmproduktionen in der EG vier- bis fünf-

<sup>1</sup> *Europäische Audiovisuelle Informationsstelle* (Hrsg.), Jahrbuch 2003 Film, Fernsehen, Video und Multimedia in Europa, Bd. 1 – Die Wirtschaftsfrage des audiovisuellen Sektors in Europa, S. 36.

<sup>2</sup> *J. B. Prowda*, U.S. Dominance in the „Marketplace of Culture“ and the French „Cultural Exception“, *New York University Journal of International Law & Policy* 29 (1996/97), S. 193 (194); *C. B. Graber*, Handel und Kultur im Audiovisionsrecht der WTO – Völkerrechtliche, ökonomische und kulturpolitische Grundlagen einer globalen Medienordnung, 2003, S. 41.

<sup>3</sup> *European Communities – Eurostat*, European Union International Trade in Services, Analytical Aspects, Data 1996–2004, Luxemburg 2006, S. 33. Die Werte für die EU beziehen sich auf den Außenhandel der EU-15.

mal höhere Einnahmemarge der Filmindustrie und die Möglichkeit der vollen Kostenamortisation schon auf dem heimischen Markt. Der Export stellt insofern nur noch ein nahezu risikoloses Zusatzgeschäft dar, eine ‚cash cow‘, deren Erträge die Dominanz der US-Kulturindustrie rein ökonomisch immer weiter verstärken.<sup>4</sup> Demgegenüber stellt der Binnenmarkt der EG nur in rechtlicher Hinsicht einen Raum ohne Binnengrenzen dar, der sich jedoch gerade im Programmhandel aufgrund sprachlicher und kultureller Barrieren tatsächlich kaum als einheitlicher Markt erfassen lässt.<sup>5</sup> Das Elend ist – anders formuliert – hausgemacht, lässt sich als notwendige Folge der prinzipiell als bewahrenswert gewerteten kulturellen und sprachlichen Vielfalt Europas begreifen.

Daraus ergibt sich in welthandelspolitischer Perspektive ein fundamentaler Interessengegensatz zwischen USA und EU – ein Interessengegensatz, an dem Ende der Achtziger, Anfang der Neunziger Jahre auch beinahe die ganzen WTO-Verhandlungen gescheitert wären, hatte doch der selbsternannte Vorkämpfer für die kulturelle Vielfalt Europas (und der Welt), die französische Regierung, in der Schlussphase der Verhandlungen angekündigt, am Punkt der (von Paris geforderten) ‚exception culturelle‘ notfalls die gesamte Welthandelsrunde scheitern zu lassen.<sup>6</sup> Wie in so vielen Streitfragen, ist die WTO an diesem Punkt notwendig ein in verwirrende Worte gefasster Kompromiss. Weder die von der US-Film- und Fernsehindustrie instruierte Position der Washingtoner Administration, die auf eine umfassende und vorbehaltlose Liberalisierung des Handels mit audiovisuellen Produktionen und Dienstleistungen abzielte,<sup>7</sup> noch die unbedingte Forderung nach Festschreibung einer absoluten Bereichsausnahme für Güter der Kulturindustrie, wie sie von Paris und in deren Gefolge der EG erhoben wurde<sup>8</sup> (und von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland dezidiert geteilt wird), wären im Kontext der Welthandelsvereinbarungen wirklich konsensfähig gewesen.<sup>9</sup> Ergebnis konnte nur ein Formelkompromiss sein. Dieser Formelkompromiss wirft jedoch nicht unerhebliche Probleme auf.

<sup>4</sup> H. Baumann, Die Dienstleistungsfreiheit auf dem Gebiet der audiovisuellen Medien im Rahmen des GATS im Spannungsfeld von Marktfreiheit und kultureller Selbstbestimmung der Staaten der Europäischen Union, 1998, S. 119; M. E. Footer/C. B. Graber, Trade Liberalization and Cultural Policy, *Journal of International Economic Law* 3 (2000), S. 115 (135). Weiterführend Graber, Handel und Kultur (o. Fn. 2), S. 48 ff.

<sup>5</sup> S. Selmann-Eggebert, Internationaler Rundfunkhandel im Recht der World Trade Organisation und der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 43; zu den Vorteilen der US-Filmindustrie gegenüber der EG siehe ausführlich S. Jarotbe, Die Filmpolitik der Europäischen Union im Spannungsfeld zwischen nationaler staatlicher Förderung und US-amerikanischer Mediendominanz, 1998, S. 196 ff.

<sup>6</sup> Vgl. nur M. J. Hahn, Eine kulturelle Bereichsausnahme im Recht der WTO?, *ZaöRV* 56 (1996), S. 315 ff., sowie R. L. van Harpen, Mamas, Don't Let Your Babies Grow up to be Cowboys: Reconciling Trade and Cultural Independence, *Minnesota Journal of Global Trade* 4 (1995), S. 165 (166 f.).

<sup>7</sup> Vgl. zur US-amerikanischen Verhandlungsposition auch B. J. K. Richardson, Hollywood's Vision of a Clear, Predictable Trade Framework Consistent with Cultural Diversity, in: Graber/Girsberger/Nenova (Hrsg.), *Free Trade versus Cultural Diversity: WTO Negotiations in the Field of Audiovisual Services*, 2004, S. 111 ff.

<sup>8</sup> Vgl. zur Verhandlungsposition der EG auch J. Guerrier, *Négociations commerciales – La position de l'Union européenne quant aux services audiovisuels*, in: Graber/Girsberger/Nenova (o. Fn. 7), S. 127 ff.

<sup>9</sup> Vgl. dazu M. J. Hahn (o. Fn. 6), S. 316 ff.; C. B. Graber, *Audiovisual Media and the Law of the WTO*, in: Graber/Girsberger/Nenova (o. Fn. 7), S. 15 ff.; F. Theune, *WTO und Kultur*, in: M. Hilf/S. Oeter, *WTO-Recht. Rechtsordnung des Welthandels*, 2005, S. 665 (666 f.).

Dies gilt übrigens schon für das tradierte Güterhandelsregime des GATT, das bereits seit 1948 den rechtlichen Rahmen des Welthandels bildet. Audiovisuelle Produktionen unterfallen – wie der klassische Filmhandel zeigt – unter bestimmten Bedingungen bereits den bestehenden Disziplinen des GATT. Allerdings ist die Grenzziehung zwischen Waren und Dienstleistungen höchst unsicher – und im WTO-Recht im Kern nicht wirklich geregelt, was gerade im Rundfunkbereich zu Schwierigkeiten bei der Bestimmung des anwendbaren Rechtsregimes führt. Ihre Brisanz erhält die Unterscheidung aus den krassen Unterschieden in der rechtlichen Behandlung der beiden Kategorien, die sich aus den sehr unterschiedlichen Liberalisierungsniveaus in den Rechtsregimen des GATT und des GATS ergeben. Für den Handel mit Waren sieht das GATT-Recht die automatische Geltung einschneidender Liberalisierungsverpflichtungen vor, während die Mitgliedstaaten im Bereich des Dienstleistungshandels noch relativ weitgespannte Handlungsspielräume in der Ausgestaltung der Handelsregelungen haben.

Für den Warenhandel haben sich die Staaten mit der WTO-Mitgliedschaft verpflichtet, die zum Teil sehr detaillierten und ausdifferenzierten Regeln des GATT selbst sowie der bereichsspezifischen Spezialübereinkommen zum GATT zu befolgen. Dies beinhaltet zunächst eine Bindung an die systemprägenden Regeln der Nichtdiskriminierung und der Marktöffnung aus Art. I, III, XI:1, XIII GATT, die insoweit unmittelbar für alle WTO-Mitglieder Geltung beanspruchen.<sup>10</sup> Genauso ist insbesondere das Subventionsübereinkommen mit seinen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit mitgliedstaatlicher Beihilfen fester Bestandteil des *single package deal* geworden.<sup>11</sup> In Bezug auf Dienstleistungen gestaltet sich die Lage dagegen anders: Im GATS, das ja nur ein Rahmenübereinkommen ist, bislang ohne spezifische Konkretisierung durch ein sektorielles Übereinkommen, ist ohne spezifische Verpflichtung (*specific commitment*) noch nicht einmal der Marktzugang möglich.<sup>12</sup> Ebenso verhält es sich mit der Inländerbehandlung – auch hier können die Staaten der Verpflichtung zur diskriminierungsfreien Behandlung ausländischer Anbieter durch Nichtabgabe entsprechender ‚commitments‘ praktisch völlig entgehen.<sup>13</sup> Die EG hat – was angesichts ihrer Verhandlungsposition zu audio-visuellen Dienstleistungen nicht weiter verwunderlich ist – ganz gezielt keinerlei Verpflichtungen für diesen Bereich angemeldet. Darüber hinaus kann auch die Anwendung des Meistbegünstigungsgrundsatzes durch

<sup>10</sup> Vgl. zu den grundlegenden Pflichten unter dem GATT nur T. Bender, GATT 1994, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht (o. Fn. 9), S.167 (177 ff.), sowie S. Puth, Zölle und allgemeine Fragen des Marktzugangs, ebda., S. 197 ff. Zu beachten ist allerdings die besondere Ausnahmenvorschrift für „screen quotas“ in Art. IV GATT.

<sup>11</sup> Vgl. zum Subventionsregime der WTO T. Bender, Subventionen, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht (o. Fn. 9), S. 235 ff. und speziell T. Voon, State Support for Audiovisual Products in the World Trade Organization: Protectionism or Cultural Policy?, *International Journal of Cultural Property* 13 (2006), S. 129.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu nur M. Michaelis, Dienstleistungshandel (GATS), in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht (o. Fn. 9), S. 375 (392 f.); F. Weiss, The General Agreement on Trade in Services 1994, *Common Market Law Review* 32 (1995), S. 1177 (1203 ff.) sowie speziell zu GATS und Kultur: M. Krajewski, Auswirkungen des GATS auf Instrumente der Kulturpolitik und Kulturförderung in Deutschland, Rechtsgutachten erstellt im Auftrag der Deutschen UNESCO-Kommission, 2005, abzurufen unter [http://www.unesco.de/fileadmin/medien/Dokumente/Kultur/kkv/kkv\\_gutachten.pdf](http://www.unesco.de/fileadmin/medien/Dokumente/Kultur/kkv/kkv_gutachten.pdf) (Stand: März 2007).

<sup>13</sup> Vgl. Michaelis (o. Fn. 12), S. 398 f.

schlichte Erklärung eines Mitglieds für einen geraumen Zeitraum ausgeschlossen werden, wie im Fall der Ratifikation des WTO-Übereinkommens seitens der EG geschehen.<sup>14</sup>

Trotz der erheblichen praktischen Bedeutung der Abgrenzung zwischen GATT und GATS – oder vielleicht gerade wegen der enormen praktischen Konsequenzen dieser Unterscheidung – haben es die Verhandlungspartner während der Uruguay-Runde versäumt, die Begriffe „Ware“ und „Dienstleistungen“ auch nur ansatzweise zu definieren.<sup>15</sup> Für die Abgrenzung stellt man üblicherweise darauf ab, dass Waren als körperliche Gegenstände bei der Einfuhr die Grenze eines Staates passieren müssen und daher mit Zöllen belegt werden können.<sup>16</sup> Die Dienstleistung ist in Abgrenzung zur Ware durch ihre Nichtstofflichkeit gekennzeichnet und ist folglich weder transport- noch lagerfähig.<sup>17</sup> Teilweise wird auch darauf abgestellt, dass Produktion und Verbrauch bei Dienstleistungen zeitlich zusammenfallen.<sup>18</sup> Diese Faustformeln klären aber die heiklen und schwierigen Abgrenzungsfragen nicht wirklich. Unbestritten ist nur Folgendes: Eindeutig in den Dienstleistungssektor gehören nach gängiger Praxis zumindest die Bereiche, die die sogen. *Services Sectorial Classification List*<sup>19</sup>, eine in langwierigen Gesprächen ausgehandelte und von den Staaten konsentiertere Zusammenstellung und Klassifizierung der verschiedenen Dienstleistungssektoren, ausdrücklich als audiovisuelle Dienstleistungen bezeichnet. Hierzu zählen Produktion und Vertrieb von Kino- und Videofilmen, Vorführen von Kinofilmen, Radio- und Fernsehdienste und deren Ausstrahlung.

Wendet man diese Bausteine einer Abgrenzung auf den audiovisuellen Bereich an, ergibt sich ein ökonomisch höchst widersinniges Bild: So stellt ein klassischer Spielfilm als eine auf einem Träger fixierte Bild- und Tonsequenz unstrittig eine Ware im Sinne des GATT dar.<sup>20</sup> Ebenso eindeutig ist aber das Vorführen eines Spielfilmes oder die Ausstrahlung einer Fernsehsendung als Dienstleistung und nicht als Ware einzuordnen, da diese jeweils einen körperlich nicht fassbaren Vorgang darstellt.<sup>21</sup> Dieses Ergebnis, bei dem trotz der wirtschaftlichen Einheit des audiovisuellen Sektors zwei Regelungsmaterien mit ganz unterschiedlichem Liberalisierungsniveau – nämlich entweder das Waren- oder das Dienstleistungsrecht – zur Anwendung kommen, mag unbefriedigend sein, ist aber als Befund kaum zu bestreiten. Noch verschärft werden diese Abgrenzungsprobleme mittlerweile im Kontext des Internets. Über die systemati-

<sup>14</sup> Vgl. dazu *Michaelis* (o. Fn. 12), S. 401 f., sowie *Yi Wang*, Most-Favoured-Nation Treatment Under the General Agreement on Trade in Services – and its Application in Financial Services, *Journal of World Trade* 30 (1996), S. 91 (102 f.).

<sup>15</sup> *Hahn* (o. Fn. 6), S. 328, sowie G. G. *Sander*, „Cultural Exception“ in der WTO – Eine Bereichsausnahme für audiovisuelle Medien?, in: A. *Dittmann et al.* (Hrsg.), *Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien*, 1997, S. 177, 181.

<sup>16</sup> *Baumann* (o. Fn. 4), S. 66.

<sup>17</sup> *Seelmann-Eggebert* (o. Fn. 5), S. 113; *Sander* (o. Fn. 15), S. 179.

<sup>18</sup> Siehe auch *Michaelis* (o. Fn. 12), S. 377 – m.w.N.

<sup>19</sup> Siehe *Michaelis* (o. Fn. 12), S. 385 f.; außerdem GATT-Dok. MTN/GNS/W/120 vom 10. 7. 1991.

<sup>20</sup> Vgl. *Hahn* (o. Fn. 6), S. 328, und *Sander* (o. Fn. 15), S. 179. Siehe in diesem Sinne auch die Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 30. 4. 1974, Rs. 155/73 (*Sacchi*), Slg. 1974, S. 409 (Rn. 7/8).

<sup>21</sup> Vgl. *Hahn* (o. Fn. 6), S. 330, sowie *Sander* (o. Fn. 15), S. 179 f.

sche Einordnung der über das Internet gehandelten digitalen Produkte besteht unter den WTO-Mitgliedern erst recht kein Konsens. Während die einen digitale Produkte grundsätzlich als Dienstleistungen ansehen, halten die anderen elektronisch übertragene Produkte generell für Waren i.S.d. GATT (*virtual goods*-Ansatz) – und man kann sich leicht ausrechnen, wer im handelspolitischen Schlagabtausch welche Position vertritt.<sup>22</sup> Die Standpunkte sind hier evident interessengeleitet – erklärte man das GATT insoweit flächendeckend für einschlägig, so würde dies zur Anwendung der über Jahrzehnte geschärfen Standards des GATT führen.

Leicht zu erklären ist vor diesem Hintergrund die europäische Präferenz für einen reinen Dienstleistungsansatz. Wirkliche Verpflichtungen zur Öffnung der Märkte sind die Vertragsparteien im Dienstleistungsbereich noch nicht eingegangen. Allerdings unterliegt der Bereich audiovisueller Dienstleistungen der generellen Verpflichtung des Art. XIX GATS, wonach die Mitgliedstaaten spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten des WTO-Übereinkommens in neue Verhandlungsrunden eintreten, um auf dem Verhandlungsweg einen höheren Liberalisierungsgrad zu erreichen.<sup>23</sup> Im Januar 2000 ist mit diesen Neuverhandlungen für das GATS auch begonnen worden. In der Ministererklärung von Doha bekräftigten die WTO-Mitglieder, die im Jahre 2000 unter Art. XIX GATS begonnenen Verhandlungen im Rahmen der Doha-Runde weiterzuverfolgen.<sup>24</sup> Seit dem Frühjahr 2003 haben 69 Mitglieder ihre Verhandlungsangebote abgegeben, darunter auch die EG und ihre Mitgliedsstaaten<sup>25</sup> sowie die USA.<sup>26</sup> Die GATS-Vorschläge der EG enthalten im Bereich der audiovisuellen Dienstleistungen jedoch keine substantiellen Angebote. Hier soll nach Vorstellung der EG der *status quo ante* erhalten bleiben.<sup>27</sup> Dementsprechend hat die EG auch keinem anderen WTO-Mitglied gegenüber Marktzugangsforderungen im Bereich der audiovisuellen Dienstleistungen gestellt. Überhaupt hat nur eine sehr kleine Zahl von Staaten die Bereitschaft erkennen lassen, ernsthaft über substantielle Liberalisierungen im Bereich der audiovisuellen Dienstleistungen zu verhandeln. Zudem haben Kanada, die EU und deren Mitglieder sowie eine Gruppe weiterer Staaten mit der Aushandlung und Unterzeichnung der UNESCO-Konvention zum Schutz der kulturellen Vielfalt im Jahre 2005 eine normative Gegenposition zum Druck auf völlige Liberalisierung des Handels mit audiovisuellen Produkten und Dienstleistungen zu errichten gesucht

<sup>22</sup> Siehe J. Hernekamp, Ausgewählte Dienstleistungssektoren, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht (o. Fn. 9), S. 415 (427 f.) und ausführlich S. Wunsch-Vincent, *The WTO, the Internet and Trade in Digital Products: EC-US Perspectives*, 2006, S. 51 ff.

<sup>23</sup> *Hahn* (o. Fn. 6), S. 342, sowie *Sander* (o. Fn. 15), S. 184.

<sup>24</sup> WTO-Dok. WT/MIN(01)/DEC/1 vom 20.11.2001, para. 15.

<sup>25</sup> *Council for Trade in Services – Communication from the European Communities and its Member States – Conditional Initial Offer*, WTO-Dok. TN/S/O/EEC vom 10. 6. 2003, inzwischen erneuert im *Conditional Revised Offer*, WTO-Dok. TN/S/O/EEC/Rev.1 vom 29. 6. 2005.

<sup>26</sup> *Council for Trade in Services – Communication from the United States – Initial Offer*, WTO-Dok. TN/S/O/USA vom 9. 4. 2003; inzwischen erneuert im *Revised Services Offer*, TN/S/O/USA/Rev.1, abzurufen auf der Seite des United States Trade Representatives: [www.ustr.gov](http://www.ustr.gov) (Stand: März 2007).

<sup>27</sup> *Summary of the EU's Revised Services Offer*, im Internet abrufbar unter [http://ec.europa.eu/trade/issues/newround/doha\\_da/memo020605\\_en.htm](http://ec.europa.eu/trade/issues/newround/doha_da/memo020605_en.htm) (März 2007).

– eine Gegenposition, die einen generellen Sondercharakter der Kultur und der kulturellen Dienstleistungen begründen soll.<sup>28</sup>

Im Gegensatz zur EU und zahlreichen anderen Staaten fordern die USA weiterhin die Liberalisierung des audiovisuellen Dienstleistungshandels und haben als einer von wenigen Staaten einen Antrag auf die Aufnahme von Verhandlungen über die Liberalisierung des audiovisuellen Dienstleistungssektors gestellt.<sup>29</sup> Die USA rechtfertigen diese Forderung mit dem Anpassungsbedürfnis an die starke Veränderung des audiovisuellen Sektors in der Zeit nach der Uruguay-Runde sowie mit dem Argument, dass es sich bei der Entscheidung für eine Liberalisierung aufgrund der Flexibilität des GATS nicht um eine „alles oder nichts“-Entscheidung handeln müsse.<sup>30</sup> Der audiovisuelle Sektor steht daher in der laufenden Doha-Runde erneut unter starkem handelspolitischen Druck und wird den weiteren Fortgang der Verhandlungen noch erheblich belasten, wenn es auch unwahrscheinlich ist, dass die EU und die in dieser Frage mit ihr an einem Strang ziehenden anderen Staaten eine wirkliche Liberalisierung des audiovisuellen Sektors zugestehen werden.<sup>31</sup>

### III. Perspektiven für das System der Rundfunkregulierung

Vom Welthandelsrecht selbst werden folglich in absehbarer Zeit noch keine großen Veränderungsimpulse im Blick auf das System der Rundfunkregulierung ausgehen. Der Blick auf das Welthandelsrecht ist gleichwohl lehrreich. Ähnlich wie in unserer nationalen Diskussion<sup>32</sup> der letzten Jahrzehnte wird auch hier die Doppelnatur<sup>33</sup> des Rundfunks als Wirtschafts- wie als Kulturgut gegeneinander ausgespielt. Die beiden Extrempositionen, die die Ausgangspole der Verhandlungen markieren, tragen beide Züge eines Zerrbilds. Natürlich ist – so ließe sich leicht der amerikanischen Position entgegenhalten – der Rundfunk mehr als ein reines Wirtschaftsgut, doch umgekehrt

<sup>28</sup> Vgl. hierzu A. Bernier, A UNESCO International Convention on Cultural Diversity, in: *Graber/Girsberger/Nenova* (o. Fn. 7), S. 65 ff.; M. Hahn, A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law, *Journal of International Economic Law* 9 (2006), S. 515; C. B. Graber, The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO?, *Journal of International Economic Law* 9 (2006), S. 553; T. Voon, UNESCO and the WTO: A Clash of Cultures?, *International & Comparative Law Quarterly* 55 (2006), S. 635.

<sup>29</sup> *Council for Trade in Services, Special Session, Communication from the United States, Audiovisual and Related Services*, WTO-Dok. S/CSS/W/21 vom 18.12.2000; inzwischen erneuert als *Plurilateral Request for Audiovisual Services* (Vertrauliches Dokument, das allerdings im Internet veröffentlicht wurde, z. B. unter: <http://www.esf.be/003/009.html>, Stand: März 2007) in Gemeinschaft mit Hongkong, China, Japan, Mexiko und weiteren Staaten.

<sup>30</sup> *Communication from the United States*, WTO-Dok. S/CSS/W/21 (Fn. 29); siehe auch Richardson (o. Fn. 7), S. 117 ff., 121 ff.

<sup>31</sup> Vgl. auch M. Roy, 'Audiovisual Services in the Doha Round: Dialogue de Sourds, The Sequel?', 6 *Journal of World Investment and Trade* (2005), S. 932.

<sup>32</sup> Siehe zur Diskussion über die grundgesetzliche Kompetenzverteilung nur C.-E. Eberle/H. Gersdorf, Der grenzüberschreitende Rundfunk im deutschen Recht, 1993, S. 14 ff.; F. Ossenbühl, Rundfunk zwischen nationalem Verfassungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht, 1986, S. 23 ff. sowie jüngst F. Schoch, Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?, *JZ* 2002, S. 798 (805 f.).

<sup>33</sup> Vgl. D. Dörr, Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Europa, 1997, S. 27.

trägt auch die europäische Position Züge der Heuchelei, denn ohne Zweifel sind audiovisuelle Produkte und Rundfunkdienstleistungen Wirtschaftsgüter von eminenter Bedeutung.<sup>34</sup> Welche Seite der Medaille im Einzelfall mehr im Vordergrund steht, hängt ganz elementar von den konkreten Organisationsformen und Operationsmodi nationaler Rundfunksysteme ab. Ist das Angebot von Rundfunkdienstleistungen rein wettbewerblich-privatwirtschaftlich organisiert, wird es allein von Privatunternehmen auf Märkten erbracht, so steht eindeutig der wirtschaftlich-gewerbliche Charakter im Vordergrund. Bei den öffentlich finanzierten Rundfunkanbietern staatlicher oder para-staatlicher Prägung steht dagegen meist deutlicher der Charakter des Kulturgutes und des (der demokratischen Gesellschaft dienenden) Informationsmediums im Vordergrund.<sup>35</sup> Im internationalen Bereich findet sich insoweit eine weitgehende Konvergenz der Bewertungen – man sehe sich nur die Dokumente und Regelungen der WTO<sup>36</sup>, UNESCO<sup>37</sup>, des EG-Rechts<sup>38</sup>, aber auch der EMRK<sup>39</sup> an, mit ihren deutlichen Scheidungen von rein marktförmig erbrachten Dienstleistungen einerseits und Formen des ‚service public‘ andererseits.

Nun darf man sich dabei nicht von vordergründigen Organisationsmustern täuschen lassen. Fast durchgängig sind wir in Europa mittlerweile bei – wenn auch im Detail sehr vielgestaltig organisierten – dualen Systemen gelandet, in denen private Anbieter neben öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten koexistieren – und um die Gunst des Publikums wetteifern.<sup>40</sup> In dualen Systemen aber steckt der Teufel im Detail der Abgrenzung der beiden Sphären. Die rein juristische Qualifikation eines Anbieters als öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt sagt noch nichts darüber aus, dass hier notwendig der Charakter des Dienstes als Kulturgut und öffentliches Informationsmedium im Vordergrund stehe, sondern entscheidende Fragestellung ist vielmehr, ob es sich um einen Dienst der Grundversorgung handelt, der in dieser Form vom Markt nicht zureichend erbracht würde.<sup>41</sup> Letztlich wird es also entscheidend auf die Wettbewerbssituation des öffentlich-rechtlichen Anbieters im Verhältnis zu den pri-

<sup>34</sup> Dies gerade im Hinblick auf die Kompetenzen der Gemeinschaft anerkennend auch BVerfGE 92, S. 203 (241 f.).

<sup>35</sup> Zu der insoweit einheitlichen Bewertung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als notwendigen Bestandteil des jeweiligen demokratischen Systems in den EU-Staaten s. *D. Dörr* (o. Fn. 33), S. 10 ff.

<sup>36</sup> Vgl. Art. I: 3 lit. b) und c) GATS.

<sup>37</sup> Vgl. UNESCO-Übereinkommen zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen, abzurufen unter: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919e.pdf> (Stand März 2007).

<sup>38</sup> Vgl. nur die Bereichsausnahme für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Art. 86 Abs. 2 EGV und die Mitteilungen der Kommission: Daseinsvorsorgemitteilung I ABl. 1996 C 281; Daseinsvorsorgemitteilung II, ABl. 2001 C 17, S. 4; für den öffentlichen Rundfunk im Speziellen s. das Amsterdamer Protokoll zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. 1997 C 340, S. 109 und die Rundfunkmitteilung, ABl. 2001 C 320, S. 5.

<sup>39</sup> Vgl. Art. 10 EMRK und das Urteil des EGMR zum Rundfunkmonopol in Österreich (Rs. 36/1992/381/455-459), in dem der EGMR das öffentlich-rechtliche Monopol zwar für unvereinbar mit Art. 10 EMRK hielt, die Sicherung des Meinungspluralismus hingegen für notwendig erachtete; hierzu *D. Dörr* (o. Fn. 33), S. 50 ff.; *B. Holznapel*, Rundfunkrecht in Europa, 1997, S. 154 ff.

<sup>40</sup> Vgl. *D. Dörr* (o. Fn. 33), S. 10 ff.

<sup>41</sup> Bemerkenswert erscheint hierzu die Entwicklung in Luxemburg, wo erst 1991 eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit gemeinwohlorientiertem Programmauftrag im Hörfunkbereich eingerichtet wurde, weil das Angebot des privaten Anbieters insofern nicht für ausreichend erachtet wurde; s. *D. Dörr* (o. Fn. 33), S. 15 f.

vaten, kommerziellen Anbietern ankommen müssen. Betrachtet man die Verhältnisse durch die Brille des Welthandelsrechts, unter dem Gedankenexperiment einer den audiovisuellen Sektor schon voll erfassenden Zugangsregelung unter dem GATS, so wäre kaum fraglich, dass jede Rundfunkdienstleistung, die für von außen kommende kommerzielle Dienstleister ökonomisch interessant wäre und im marktlichen Wettbewerb mit kommerziellen Anbietern erbracht wird, in der einen oder anderen Form den Disziplinen des GATS zu unterliegen hätte. Der EU-Kommission wird man unter dieser Perspektive Verständnis entgegenbringen müssen, wenn sie eine im Prinzip saubere Trennung von wettbewerblich-kommerziellen Angeboten auf der einen Seite und Angeboten der öffentlichen „Grundversorgung“ auf der anderen Seite fordert.<sup>42</sup> Dass die rein kommerziell ausgerichteten Randaktivitäten und Unternehmenstrabanten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten organisatorisch und bilanziell sauber geschieden werden sollten vom Kernbereich der gebührenfinanzierten öffentlichen „Grundversorgung“ – und im Gefolge der Trennung auch nicht aus Gebührenaufkommen alimentiert werden sollten – versteht sich aus der Perspektive einer liberalen Welthandelsordnung eigentlich von selbst. Dass darüber in Deutschland eine so aufgelegte Diskussion geführt worden ist,<sup>43</sup> sagt weniger etwas über vermeintliche „Zumutungen“ und „Verirrungen“ der Brüsseler Bürokratie als über den Verlust klarer ordnungspolitischer Maßstäbe im Treibhaus deutscher Rundfunkpolitik.

Eine umfassende Bereichsausnahme, ja Immunisierung des in immer neue Betätigungsfelder auswuchernden öffentlich-rechtlichen Rundfunks wird sich auf Dauer nicht erlangen lassen – nicht im Blick auf das Welthandelsrecht, aber auch nicht im Blick auf die europäische Wettbewerbspolitik. Das sagt im Grundsatz noch nichts über die Stellung der öffentlichen Rundfunkanstalten aus, als Träger der öffentlichen „Grundversorgung“. Soweit und solange sich die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf den eigentlichen Bereich der „Grundversorgung“ konzentrieren, also die Erbringung kultureller und informationeller Dienstleistungen, die in dieser Form nicht zureichend vom Markt bereit gestellt werden (können), ergibt sich weder aus dem europäischen Wettbewerbsrecht noch aus einem weiterentwickelten Dienstleistungsregime der WTO irgendeine Anfechtung des Systems der öffentlichen Rund-

---

<sup>42</sup> So fordert die Kommission schon auf der Ebene der Auftragserteilung eine klare Definition der im öffentlich-rechtlichen Auftrag zu erbringenden Leistungen, s. nur Rn. 32 ff. der Rundfunkmitteilung (o. Fn. 38); s. auch die geforderten Maßnahmen im jüngsten Beihilfverfahren zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland, Mitteilung der Kommission v. 3. 3. 2005, dokumentiert in FK 10/2005, S. 9 ff., Rn. 244; allgemein zur Pflicht der getrennten Buchführung für gemeinwohlorientierte und kommerzielle Tätigkeiten s. Art. 2 lit. d) der neuen Transparenzrichtlinie der Kommission, RL 2006/111/EG, ABl. 2006 L 318, S. 17 ff.

<sup>43</sup> Siehe zur Einführung der Pflicht zur getrennten Buchführung nur C.-E. Eberle, Die Transparenzrichtlinie und die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, in: Eberle/Ibler/Lorenz (Hrsg.), Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart, Festschrift Winfried Brohm, 2002, S. 51 (58 ff.); A. Bartosch, Neue Transparenzpflichten – eine kritische Analyse des Kommissionsentwurfs einer neuen Transparenzrichtlinie, EuZW 2000, S. 333 (336); C. Trzaskalik, Transparenzpflichten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2000; K.-E. Hain, Die Europäische Transparenzrichtlinie und der öffentlich-rechtliche Rundfunk, MMR 2001, S. 219 ff.

funkanstalten.<sup>44</sup> Heikel wird deren Stellung erst, wenn diese mit auch kommerziell interessanten Angeboten in Wettbewerb zu privaten Anbietern treten. Ordnungspolitisch – und in diesem Punkt sind das Europarecht wie das Welthandelsrecht weit konsequenter an einer klaren ordnungspolitischen Leitlinie orientiert als das deutsche Rundfunkrecht – sollte die Rechtsordnung dafür Sorge tragen, dass öffentlich-rechtliche und private Anbieter auf diesem Feld mit gleichen Rahmenbedingungen arbeiten – was eben die saubere Trennung der kommerziellen Angebote von der gebührenfinanzierten „Grundversorgung“ verlangt. Denkt man diesen Punkt konsequent zu Ende, dann erweist sich die gegenwärtige Position der Kommission als noch recht moderat – die äußerst weite, von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten weitgehend selbst definierte Ausdehnung der „Grundversorgung“ wird von der Kommission *prinzipiell* gar nicht in Frage gestellt<sup>45</sup>, obwohl man schon fragen könnte, ob etwa das (aus Rundfunkgebühren finanzierte) Hochtreiben der Preise für Fußballübertragungsrechte<sup>46</sup> noch mit dem „Grundversorgung“-Auftrag zu vereinbaren ist und wirklich aus dem Solidarfonds der Rundfunkgebühren zu bezahlen ist.

#### IV. Bilanz: Was bleibt für die Länder?

Was ergibt sich aus diesen rechtlichen Trends nun für die Rolle der Länder in der Regulierungsarchitektur für Rundfunk und neue Medien? Von den kompetenziellen Problemen, die mit der technischen Konvergenz der Medien einhergehen, möchte ich an dieser Stelle gar nicht sprechen.<sup>47</sup> Tendenzen zu einer zunehmenden Konvergenz zeigen sich aber nicht nur im rein technischen Bereich, sondern auch auf dem Feld der inhaltlichen Ausrichtung und der ökonomischen Organisationsstrukturen. Rundfunk ist – zumindest was die privaten Anbieter betrifft – längst kein Kulturgut mehr, sondern ein Unternehmenssektor, ein Markt. Europarecht wie Welthandelsrecht haben aus dieser Entwicklung im Ansatz längst die Konsequenz gezogen, die Fragen der Regulierung dieses Unternehmenssektors als das zu behandeln, was sie im Kern sind – Fragen der wirtschaftlichen Ordnungs- (genauer: Wettbewerbs-) Politik und der Regulierung der Zugangsbedingungen zu Dienstleistungsmärkten. Denkt man dieses

<sup>44</sup> Dies bestätigen letztendlich auch die jüngsten Rundfunkentscheidungen der Kommission, in der die jeweiligen Finanzierungsregime im Ergebnis für gerechtfertigt erachtet wurden: s. Entscheidung v. 1. 10. 2003, C(2003)3371 fin., BBC Digital Curriculum; Entscheidung v. 15. 10. 2003, K(2003) 3528, RAI SpA, ABL 2004 L 119, S. 1 ff.; Entscheidung v. 15. 10. 2003, K(2003) 3526, ABL 2005 L 142, S. 1 ff.; bis zu der angenommenen Überkompensation grundsätzlich auch Entscheidung v. 19. 5. 2004, K(2004) 1814, TV2/Danmark, ABL 2006 L 85, S. 1 ff.

<sup>45</sup> Vgl. die Rundfunkmitteilung (o. Fn. 38), Rn. 32 ff.; s. auch die Entscheidungspraxis der Kommission (o. Fn. 44); bzgl. der Definition des öffentlichen Auftrags der deutschen Rundfunkanstalten: s. jüngst die Mitteilung der Kommission v. 3. 3. 2005 (o. Fn. 42), Rn. 174 ff., s. auch für eine Zusammenfassung des vorläufig erzielten Kompromisses in dieser Sache Mitteilung der Bundesregierung v. 28. 12. 2006, dokumentiert in FK 6/2007, S. 28 ff.

<sup>46</sup> Zu den Sportrechten s. Mitteilung der Kommission v. 3. 3. 2005 (o. Fn. 42), Rn. 196 und 231.

<sup>47</sup> Vgl. hierzu B. Holznapel, Konvergenz der Medien – Herausforderungen an das Recht, NJW 2002, S. 2351 ff.; F. Schoch (o. Fn. 32) S. 798 ff.

Paradigma weiter, so stellt sich die Frage, ob die Regulierung der privaten Rundfunkveranstalter nicht längst inhaltlich eher „Recht der Wirtschaft“ darstellt<sup>48</sup>, also prinzipiell der Gesetzgebung des Bundes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zugänglich wäre.<sup>49</sup> Die Frage mag ketzerisch klingen, wird aber in der Kommentarliteratur durchaus schon gestellt.<sup>50</sup> Der Bund ist sicherlich politisch gut beraten, von dieser (potentiellen) Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch zu machen, solange die Länder über ihre Landesmediengesetze und Landesmedienanstalten (und deren institutionalisierte Zusammenarbeit) eine problemadäquate Regulierungsinfrastruktur zur Verfügung stellen. In Stein gemeißelt aber ist die gegenwärtige Ausübung der Kompetenzen nicht.

Dies mag immer noch anders aussehen im Blick auf den Kernbereich des öffentlich-rechtlich organisierten Rundfunks. Bei der den „Öffentlich-Rechtlichen“ aufgetragenen „Grundversorgung“ steht traditionell der Aspekt des „Kulturguts“ im Vordergrund – hier bleibt die Zuständigkeit der Länder auch auf mittlere Sicht unbestritten. Doch löst diese Aussage nicht die eigentlich heiklen Problemfragen. Was geschieht, wenn die „Selbstkommerzialisierung“ der öffentlich-rechtlichen Sender immer weiter voranschreitet und deren eigenständiges Profil als Träger der kulturbezogenen „Grundversorgung“ mehr und mehr verloren geht? Ergibt die Unterscheidung der zwei Säulen des „dualen Systems“ dann auf Dauer überhaupt noch einen Sinn?

Eine zunehmende inhaltliche „Konvergenz“ von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk würde die Basis des „dualen Systems“ zerstören – und damit letztlich die Fundamente der ausschließlichen Länderzuständigkeiten für den Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erodieren. Inhaltliche und ökonomische „Konvergenz“ wird mittelfristig auch regulatorische Konvergenz erzwingen – den einheitlichen Regulierungsrahmen, der für die rein kommerziellen Aktivitäten der „Öffentlich-Rechtlichen“ eigentlich auch heute schon angebracht wäre. Letztlich liegt in einem wohlverstandenen Sinne die Forderung der Kommission nach sauberer Trennung von „Grundversorgung“ und kommerziellen Aktivitäten auch im Interesse der Länder. Nur bewusst auf die Aufgabe der „Grundversorgung“ konzentrierte öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten vermögen dem „Recht der Wirtschaft“ wie der europäischen Wettbewerbspolitik zu entgehen.

Wie weit der öffentliche Auftrag der „Grundversorgung“ reicht, darf man dabei wohl – so zeigen die Erfahrungswerte – nicht der Selbstdefinition der Betroffenen überlassen; die aus institutionellen Eigeninteressen erwachsenden Versuchungen werden hier auf Dauer zu wirkmächtig. Umfang und Grenzen des Grundversorgungsauftrages sind – hier muss man der Kommission meines Erachtens beipflichten – im Kern politisch zu bestimmen, stellen eine Aufgabe des Gesetzgebers dar – und die Kontrolle über die Einhaltung der Grenzen bedarf der institutionalisierten Überwachung. Wa-

<sup>48</sup> Vgl. hierzu *M. Schöte*, Die Rundfunkkompetenz des Bundes als Beispiel bundesstaatlicher Kulturkompetenz in der Bundesrepublik Deutschland, 1999, S. 77 ff.

<sup>49</sup> Vgl. auch *F. Schoch* (o. Fn. 32), S. 798 (805 f.) m.w.N.

<sup>50</sup> Vgl. *S. Oeter*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG II, Art. 74, Rn. 102; außerdem *F. Schoch* (o. Fn. 32), S. 798 (805 f.); *M. Bullinger/E.-J. Mestmäcker*, Multimediadienste – Struktur und staatliche Aufgaben nach deutschem und europäischem Recht, 1997, S. 157 ff.

