

Regulierung von Presse, Rundfunk und elektronischen Diensten in der künftigen Medienordnung

Von Professor Dr. Georgios Gounalakis*, Marburg

I. Einleitung

Thema der medienrechtlichen Abteilung des 64. Deutschen Juristentages in Berlin war die Konvergenz der Medien. Sie hat zur Folge, dass Rundfunk, Mediendienste, Teledienste und die ihrer Verbreitung dienenden Telekommunikationsdienstleistungen sich einander annähern und teilweise miteinander verschmelzen. Grundlage dieser Entwicklung ist vor allem die Digitalisierung, die es ermöglicht, über verschiedene Netzplattformen dieselben bzw. ähnliche individual- und massenkommunikative Dienste zu vermitteln und bisher streng getrennte Endgeräte wie Telefon, Fernsehgerät und PC in einem multifunktionalen Empfangsgerät zu verschmelzen. Trotz schon heute weit fortgeschrittener technischer Konvergenz wachsen die medialen Dienstleistungsangebote und die bisher getrennten Medienmärkte auf absehbare Zeit allerdings nicht vollständig zusammen. Der Trend weist vielmehr in Richtung zunehmender Differenzierung, Individualisierung und Fragmentierung der Angebote. Die Grenzlinien zwischen den Medien verschwinden insoweit nicht, sie verlieren aber in den Randbereichen ihre Konturen.

Diesem Konvergenzprozess der Medien wird die gegenwärtige Medienordnung, die auf einer horizontalen Regulierung der Telekommunikation und einer davon getrennten, vertikal abgestuften Regulierung der Medien aufbaut, nicht mehr gerecht. Sie beruht auf normativen Vorgaben, die teils unübersichtlich, teils unklar, teils unkoordiniert und über eine Vielzahl von Gesetzen des Bundes und der Länder verteilt sind¹. Es besteht Einigkeit, dass die derzeit heterogenen Aufsichtsstrukturen gestrafft und die Kompetenzen möglichst weitgehend unter einem Dach gebündelt werden sollen, weil die gegenwärtige, zersplitterte Aufsichtsstruktur nicht im Stande ist, die Defizite des materiellen Rechts aufzufangen². Selbst dort, wo materiell weitgehend übereinstimmende Vorgaben existieren, bleibt unklar, welche Aufsichtsinstanz im Einzelfall zuständig ist und in welchem Maße die allgemeine wettbewerbsrechtliche Kontrolle greift.

Aber auch das materielle Medienrecht bedarf der Harmonisierung. Unzureichend aufeinander abgestimmt sind etwa die sektorspezifische Wettbewerbskontrolle im Bereich der Telekommunikation und das allgemeine Kartellrecht sowie die Inhalte- und Telekommunikationsregulierung. Vor allem aber erweist sich die Abgren-

zung der unterschiedlichen Inhaltendienste und die Organisation der Aufsicht als wenig zukunftsweisend.

Für die Differenzierung zwischen Rundfunk, Mediendiensten und Telediensten gibt das geltende Recht – trotz vermeintlich klarer begrifflicher Abgrenzung – keine eindeutigen Kriterien vor, anhand derer die Angebote unabhängig von den konvergierenden Übertragungswegen zuverlässig eingeordnet werden können. Die Entscheidungen der zuständigen Aufsichtsinstanzen sind daher im Einzelfall nur schwer vorherzusehen. In der Folge kommt es zu erheblichen Rechts- und Planungsunsicherheiten für Betreiber und potentielle Investoren. Sie werden durch die Verteilung der einschlägigen Bestimmungen auf zahlreiche Landes- und Bundesgesetze und dem bis heute nicht abschließend geklärten Konflikt zwischen Medienrecht und allgemeinem Kartellrecht noch verstärkt. Besonders nachteilig wirkt sich dies bei multimedialen Gesamtleistungen aus. Untrennbare Angebote, die gleichzeitig mehreren Dienstetypen angehören, können einer Vielzahl unterschiedlicher Regelungen unterfallen. Die unzulängliche Abgrenzung der verschiedenen Dienste stellt die Kohärenz der Medienordnung insgesamt in Frage. Funktionell gleiche Dienste – etwa Internet-Rundfunk und klassischer Rundfunk – werden wegen der unterschiedlichen Übertragungswege unterschiedlich behandelt.

Der nachfolgende Beitrag erörtert – basierend auf dem Gutachten³ für die medienrechtliche Abteilung des 64. Deutschen Juristentags und den dort gefassten Beschlüssen⁴ – nochmals die Vorschläge, wie das materielle Recht in den Bereichen zu straffen und zu harmonisieren ist, in denen es derzeit zu Kompetenz- und Anwendungskonflikten kommt. Der Beitrag klammert dabei Fragen einer Harmonisierung der kartellrechtlichen und

* Der Verfasser ist Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Medienrecht sowie Direktor des Instituts für Rechtsvergleichung und der Forschungsstelle für Medienrecht und Medienwirtschaft an der Philipps-Universität Marburg.

1 Eingehend dazu Gounalakis, Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden? Gutachten C zum 64. Deutschen Juristentag, 2002; sowie ders., NJW-Beilage zu Heft 23, 2002, 20 ff.

2 Vgl. etwa Holznapel, NJW 2002, 2351 ff.; Schock, JZ 2002, 798 ff.

3 Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 121 ff.

4 Beschlüsse der medienrechtlichen Abteilung NJW 2002, 3073, 3074 ff.; sowie DVBl. 2002, 1603 ff.

publizistischen Regulierung bewusst aus⁵. Er konzentriert sich vielmehr auf Möglichkeiten einer Straffung der inhaltlich publizistischen Regulierung, um die dort vorhandenen Friktionen und Unstimmigkeiten zu beseitigen. Der Beitrag plädiert einerseits dafür, die Sonderregeln für die Presse beizubehalten, andererseits aber die bisherigen drei Stufen – Rundfunk, Mediendienste und Teledienste – auf ein zweistufiges Regulierungssystem zurückzuführen, in dem lediglich zwischen Rundfunk und elektronischen Diensten unterschieden wird.

II. Beibehaltung der Sonderrolle der Presse?

Die klassische Definition der Presse bezieht sich nur auf verkörperte Gegenstände in Form von Büchern, Bildern, Broschüren, Flugblättern, Kassetten und Platten. Die herrschende Ansicht versteht darunter alle zur Verbreitung an die Allgemeinheit bestimmten Druckerzeugnisse (geistigen Inhalts). Diese historisch gewachsene und in § 6 der Landespressegesetze einfachgesetzlich normierte Begriffsbestimmung wird in jüngster Zeit mit Blick auf die so genannte elektronische Presse jedoch in Frage gestellt. Online-Angebote, die – wie etwa parallel über Internet verbreitete Zeitungen – funktionell und strukturell der herkömmlichen Presse entsprechen bzw. nahe stünden, müssten dem Pressebegriff ebenfalls zugeordnet werden. Angesichts der zunehmenden Konvergenz der Übertragungswege sei eine Abgrenzung der Medien anhand ihres Verbreitungswegs heute generell überholt⁶.

Das BVerfG hat sich dieser Auffassung bisher nicht angeschlossen und dafür zum Teil deutliche Kritik erfahren⁷. Unter Berücksichtigung der Konsequenzen einer offenen Auslegung der Presse, die womöglich zu einer dem Rundfunk entsprechenden Aufspaltung des Pressebegriffs in der Verfassung und den verschiedenen Pressegesetzen führt, verdient die Haltung des Gerichts jedoch Zustimmung. Fiele die verkörperte Verbreitungsform der Presse als Abgrenzungskriterium zu anderen Medien fort, ergäben sich kaum zu überwindende Abgrenzungsschwierigkeiten. Insbesondere die ohnehin großen Probleme, die verschiedenen Multimediadienste voneinander zu unterscheiden, würden zusätzlich verschärft⁸. So werden in üblichen Online-Angeboten, Texte, Ton und Bewegtbilder immer häufiger miteinander verknüpft. Für derartige Dienste bliebe dann entweder die Möglichkeit, die Angebote verfassungsrechtlich in einen Presseteil und einen Rundfunkeil aufzugliedern oder auf den Schwerpunkt abzustellen. Der Rechtssicherheit wäre beides abträglich⁹.

Mit dem Beharren auf der Verkörperung als Tatbestandsmerkmal der Presse setzt sich das BVerfG auch nicht in Widerspruch zu seiner eigenen, die Programmpresse betreffenden Rechtsprechung, wie einige Kritiker

bemängeln¹⁰. Zwar hat das BVerfG Druckerzeugnisse mit überwiegend programmbezogenem Inhalt, die über die angebotenen Rundfunkprogramme informieren und für diese werben sollen, der Rundfunkfreiheit zugeordnet¹¹. Dies darf aber nicht dahingehend missverstanden werden, dass die Zuordnung zum Rundfunk oder zur Presse unabhängig von der Verbreitungsart erfolgt. Denn das Bundesverfassungsgericht hat derartige Druckerzeugnisse gerade nicht als Rundfunk eingestuft, sondern ausdrücklich als Presse bezeichnet¹². Es hat lediglich auch einen Schutz des Rundfunks angenommen, weil die Programminformation eine unselbstständige Hilfstätigkeit zur eigentlichen Rundfunkveranstaltung sei¹³. Dieser zusätzliche Schutz der Programmpresse war notwendig, weil sich die Rundfunkanstalten auf das an sich einschlägige Grundrecht der Pressefreiheit gerade nicht berufen können¹⁴.

Mit diesem Sachverhalt lässt sich die elektronische Presse nicht vergleichen. Eine elektronische Zeitung emanzipiert sich vollständig von der gedruckten Zeitung. Sie stellt ein eigenes, vollwertiges Angebot dar, das lediglich auf die redaktionellen Vorarbeiten der verkörpert Zeitung zurückgreift, im Übrigen aber in keinem

5 S. dazu Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 100 ff.

6 So Bullinger, in: FS 50 Jahre BVerfG Bd. 2, 2001, S. 193, 201.

7 Funke, in: FS für Engelschall, 1996, S. 143, 146 f.; Gersdorf, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation, 1995, S. 144 ff.; Bullinger/Mestmäcker, Multimediadienste, 1997, S. 61 ff.; Bullinger, in: FS 50 Jahre BVerfG 2001, Bd. 2, S. 193, 200 ff.

8 So auch Jarass, Online-Dienste und Funktionsbereich des Zweiten Deutschen Fernsehens, 1997, S. 17.

9 Ähnlich Jarass, Online-Dienste und Funktionsbereich des Zweiten Deutschen Fernsehens, 1997, S. 17; Trafkowski, Medienkartellrecht, 2002, S. 228 f.

10 Gersdorf, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation, 1995, S. 144 ff.

11 BVerfGE 83, 238, 312 f. – WDR-Gesetz.

12 BVerfGE 83, 238, 313 – WDR-Gesetz.

13 BVerfGE 83, 238, 313 – WDR-Gesetz: »Dem steht nicht entgegen, dass sich der WDR bei der Publikation von Druckwerken nicht des Mediums Rundfunk, sondern des Mediums Presse bedient. Allerdings hängt die Abgrenzung der verschiedenen Freiheitsbereiche des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG von dem gewählten Verbreitungsmittel ab. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Nutzung eines bestimmten Mediums stets nur in den Schutzbereich einer einzigen der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG enthaltenen Garantien fallen könnte.«

14 BVerfGE 59, 231, 255 – Freie Mitarbeiter; BVerfGE 83, 238, 312 – WDR-Gesetz. Jarass, Online-Dienste und Funktionsbereich des Zweiten Deutschen Fernsehens, 1997, S. 17 weist insoweit auf die Parallele zur Nutzung eines Gebäudes durch die Rundfunkanstalten hin. Diese Nutzung falle, für sich betrachtet, in den Schutzbereich des Art. 14 GG. Wenn die Nutzung aber der Programmerstellung diene, komme zudem auch die funktional auszulegende Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zur Anwendung. Eingehend zum Problem Gounalakis, Funktionsauftrag und wirtschaftliche Betätigung des Zweiten Deutschen Fernsehens, 2000, S. 23 ff. sowie Mand, Erwerbswirtschaftliche Betätigung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, 2002.

funktionellen Zusammenhang zu der gedruckten Ausgabe steht¹⁵.

Insgesamt sprechen insoweit die besseren Argumente gegen eine erweiterte Deutung des Pressebegriffs, die sich von der historischen Begrenzung auf verkörperte Druckwerke löst. Nicht verkannt wird damit, dass Textdienste inhaltlich häufig eher der herkömmlichen Presse als dem Rundfunk ähneln. Insbesondere wenn Presseerzeugnisse inhaltsgleich ins Internet gestellt werden, wenn also die Online-Präsentation lediglich einen zusätzlichen Verteilweg eröffnet, könnte man in Erwägung ziehen, den Rundfunkbegriff zu Gunsten der Pressefreiheit einzuschränken¹⁶ und damit den »rundfunkzentrischen Ansatz« des BVerfG teilweise zu erweitern¹⁷.

Zu bedenken sind dann allerdings auch die Folgen. Abgesehen von den Abgrenzungsschwierigkeiten müsste bei einer von der gegenständlichen Fixierung gelösten, funktionalen Deutung des Pressebegriffs auch über eine grundlegende Neuausrichtung der Presseregulierung nachgedacht werden. Dies wird vielfach übersehen, wenn die erweiterte Auslegung der Pressefreiheit als argumentatorischer Ansatz gewählt wird, um einen Großteil der Online-Angebote aus dem Anwendungsbe- reich positivrechtlicher Ordnungsvorgaben des Rundfunks herauszunehmen und dem liberalen – durch die rein subjektive Gewährleistung der Pressefreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geprägten – Pressebereich zuzuordnen. Das eigentliche Ziel, die Medien weitergehend einer liberalen Marktsteuerung anheim zu stellen, könnte mit der erweiterten Deutung des Pressebegriffs vielmehr in sein Gegenteil verkehrt werden.

Das BVerfG hat im Zusammenhang mit seiner Rechtsprechung zur Rundfunkfreiheit schon früher über eine Neuinterpretation der Pressefreiheit und der Presseregulierung nachgedacht: »Gewiss mag manches dafür sprechen, dass sich dann [scil.: bei einer Regulierung, die allein den Eigengesetzlichkeiten des wirtschaftlichen Wettbewerb vertraut] eine begrenzte Vielfalt einstellen werde, wie sie heute etwa im Bereich der überregionalen Tageszeitungen besteht. Doch handelt es sich dabei nur um eine Möglichkeit. Während bei der Presse die geschichtliche Entwicklung zu einem gewissen bestehenden Gleichgewicht geführt hat, sodass es heute zur Sicherstellung umfassender Information und Meinungsbildung durch die Presse grundsätzlich genügen mag, Bestehendes zu gewährleisten, kann von einem solchen Zustand auf dem Gebiet des privaten Rundfunks (...) nicht ausgegangen werden«¹⁸. Die kritischen Untertöne sind hier unverkennbar. An dieser Haltung des Gerichts dürfte sich aufgrund des seither zu beobachteten Konzentrationsprozesses in der lokalen wie überregionalen Presse und der zunehmenden Verzahnung der Presseunternehmen auch mit anderen Medien kaum etwas geändert haben¹⁹.

Wenn nunmehr verlangt wird, auch elektronische Medien, die strukturell und funktionell der Presse ähneln, als Presse zu behandeln, folgt daraus nicht, dass für derartige Angebote entsprechend der derzeitigen Presseregulierung künftig auf positive Ordnungsvorgaben ohne weiteres verzichtet werden kann. Das BVerfG hat jüngst auf die fortbestehende Notwendigkeit besonderer Vorkehrungen zur Sicherung von Meinungsvielfalt auch im Zeitalter konvergierender Medien hingewiesen²⁰. Dann aber wäre zumindest für die elektronische Presse, die – wie der Rundfunk – nicht verkörpert und ortsunabhängig abrufbar ist und einen ständig zunehmenden Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung gewinnt, über einen Ersatz der positiven Rundfunkordnung durch eine ebenso positive Presseordnung, die sich von dem bisher liberalen Ordnungsmodell teilweise abhebt, nachzudenken. Dies bedeutete letztlich, dass auch für die Presse bzw. Teile der Presse vielfaltssichernde normative Vorgaben vorzusehen wären und der Staat – nach dem Vorbild der Landesmedienanstalten – eine Aufsichtsbehörde zu schaffen hätte. Gegenüber dieser Alternative erscheint es indes vorzugswürdig, den derzeitigen engen Pressebegriff und die damit verbundene liberale Regulierung beizubehalten und die gegenwärtige Medienordnung vom Rundfunk ausgehend zu reformieren.

III. Inhaltlich-publizistische Regulierung von Rundfunk, Mediendiensten und Telediensten

Rundfunk, Mediendienste im Sinne des § 20 Abs. 2 RStV, sonstige Mediendienste und Teledienste sind unter publizistischen Gesichtspunkten höchst unterschiedlich reguliert²¹, ohne dass das Gesetz die verschiedenen Dienste klar voneinander abgrenzt. Die gesetzlichen Vorgaben spiegeln, indem sie auf unbestimmte Rechts-

15 Jarass, Online-Dienste und Funktionsbereich des Zweiten Deutschen Fernsehens, 1997, S. 17; Trafkowski, Medienkartellrecht, 2002, S. 228 f.

16 Vgl. hierzu auch Eberle, CR 1996, 193, 196: »Eine Zeitung verliert nicht ihre Eigenschaft als Presseerzeugnis, wenn sie zusätzlich über Online verbreitet wird.«

17 Bullinger, in: FS 50 Jahre BVerfG 2001, Bd. 2, S. 193, 200, der sich dafür ausspricht, die einseitige Orientierung an der Rundfunkfreiheit durch einen »multizentrischen Ansatz«, bei dem auch Presse- und Filmfreiheit funktional ausgelegt werden, zu ersetzen.

18 BVerfGE 57, 295, 323 – FRAG.

19 In einem jüngeren Urteil zur Entwicklung des Rundfunkbereichs betont das Gericht, dass die horizontale Verflechtung auf dem Fernsehmarkt weiter fortgeschritten sei, als auf dem Markt der Printmedien, vgl. BVerfGE 95, 163, 173 – DSF. Es weist damit inzident auch auf die Konzentrationstendenzen im Bereich der Presse hin.

20 BVerfGE 95, 163, 172 f. – DSF.

21 Einzelheiten bei Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. C 45 bis 58.

begriffe zurückgreifen, eine einfache und klare Differenzierung lediglich vor, beschwören in der Praxis aber erhebliche Rechtsunsicherheiten herauf²².

1. Publizistische Gleichbehandlung von Rundfunk und elektronischen Diensten?

Als denkbare Reformoption scheidet eine vollständige publizistische Gleichbehandlung aller meinungsbildenden Inhalte-Medien aus. Zumindest im Rundfunk kann nicht zu Gunsten einer reinen Wettbewerbssteuerung auf die publizistische Regulierung verzichtet werden. Andererseits wäre es verfehlt, das vergleichsweise strenge Regulierungskorsett des Rundfunks, einschließlich des Zulassungsvorbehalts und der Konzentrationskontrolle, auf alle elektronischen Medienangebote auszudehnen. Ein Bedürfnis für eine eigenständige publizistische Regulierung zur Sicherung der Meinungsvielfalt besteht nur bei den stark meinungsrelevanten Diensten. Es widerspräche daher dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, auch solche Inhaltendienste, die – wie derzeit die Teledienste – lediglich einen völlig untergeordneten Beitrag zur individuellen und öffentlichen Meinungsbildung leisten, intensiv zu regulieren²³. Um den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die kommunikative Vielfalt und Chancengerechtigkeit zu genügen, gleichzeitig aber auch die Entwicklung der Medienmärkte im Übrigen so wenig wie möglich zu behindern, ist deshalb auf der Inhalteebene grundsätzlich an dem vertikal abgestuften Regelungskonzept festzuhalten.

2. Unterschiedliche Regulierung von Rundfunk und elektronischen Diensten

Das derzeitige Modell unterschiedlicher Regulierung – darüber besteht Einigkeit – sollte indes optimiert und vereinfacht werden. So wurde etwa vorgeschlagen, die Abgrenzung der bestehenden drei Stufen von Inhaltendiensten, d. h. Rundfunk, Mediendiensten und Telediensten, zu verfeinern²⁴. Allerdings sind die positiven Auswirkungen einer solchen verfeinerten Abgrenzung zwischen den bisherigen drei Stufen – Rundfunk, Mediendienste, Teledienste – in den einschlägigen gesetzlichen Vorgaben nicht überzubewerten. Die Abgrenzungsroutine der Verwaltungs- und Rechtspraxis schafft vielfach ähnliche Ergebnisse, zumal der Gesetzgeber auf unbestimmte Rechtsbegriffe nicht gänzlich verzichten kann, um auch derzeit nicht abschließend zu prognostizierende, künftige Entwicklungen sachgerecht erfassen zu können.

Mit Blick auf die Konkurrenzfähigkeit des deutschen Regulierungssystems sollte deshalb über weitergehende Reformen nachgedacht werden. Analog zur Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern, die kaum geändert werden dürfte²⁵, scheint es sinnvoll, ein lediglich zweistufiges Regulierungssystem einzu-

führen²⁶. Danach wäre nur noch zwischen Rundfunk und (sonstigen) elektronischen Diensten zu unterscheiden. Ein ähnliches Modell verfolgen nicht nur andere Staaten²⁷, auch die EU differenziert lediglich zwischen Rundfunkdiensten und Diensten der Informationsgesellschaft.

Im Rahmen dieses Konzepts sind die Länder gemäß Art. 30, 70 GG zuständig für die publizistische Regelung des Rundfunks. Alle sonstigen elektronischen Dienste, die die öffentliche Meinungsbildung nicht oder nur unerheblich beeinflussen, bedürfen keiner publizistischen Sonderregulierung. Es handelt sich um wirtschaftliche Angebote, die allein den Vorgaben des Wettbewerbsrechts unterstellt werden können. Regelungsbefugt ist hierfür nach Art. 74 Nr. 11 und 16 GG bzw. – bei weiter Interpretation des Telekommunikationsbegriffs – nach Art. 73 Nr. 7 GG der Bund.

Ein derartiges Modell, das im Ergebnis die Kategorie der Mediendienste überflüssig macht, könnte ohne Verfassungsänderung verwirklicht werden. Es vereinfachte die Regulierungsstrukturen erheblich. Diensteanbieter müssten sich in publizistischer Hinsicht grundsätzlich nur noch auf eine Alternative einstellen. Verfahrensrechtliche Regelungen, welche die letztlich unvermeidbaren Abgrenzungsentscheidungen bei vertikal abgestuften Regelungskonzepten transparent, einfach und schnell gestalten, könnten deutlich leichter implementiert werden.

Darüber hinaus könnte die wenig ergiebige Diskussion um die Reichweite und die Differenzierungen des Rundfunkbegriffs deutlich entschärft werden. Zumindest auf einfachgesetzlicher Ebene könnte ein einheitlicher Rundfunkbegriff zu Grunde gelegt werden²⁸. Der Funktionsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ließe sich abschließend mit dem Begriff der Rundfunkveranstaltung umschreiben, ohne die verfassungsrechtliche Entwicklungsgarantie außer Acht

22 Zu den Abgrenzungsproblemen s. Gounalakis/Rhode, CR 1998, 487 ff.; dies. K&R 1998, 321 ff.; dies. WiSt 1999, 378 ff.

23 Vgl. auch Paulweber, AfP 1999, 139, 445.

24 Koenig, MMR 1998, Beilage zu Heft 12, S. 1, 3 ff.

25 Koenig, MMR 1998, Beilage zu Heft 12, S. 1, 9 weist zutreffend darauf hin, dass ein Regelungsverzicht des Bundes und eine Abschaffung des Art. 73 Nr. 7 GG zwar zu einer einheitlichen Länderregulierung führen könnte, dass angesichts der erforderlichen Abstimmung der Länder untereinander, der notwendigen Mitwirkung des Bundes bei Neuregelungen auf EU-Ebene und der engen Verzahnung mit zentralen Gegenständen der Bundesgesetzgebung wie dem Urheber-, Straf-, und Jugendschutzrecht damit gegenüber der derzeitigen Situation aber nichts gewonnen wäre.

26 In diesem Sinne bereits Monopolkommission, XII. Hauptgutachten 1996/97, S. 284, Rn. 484.

27 Dazu Hoffmann-Riem/Schulz/Held, Konvergenz und Regulierung, 2000, S. 180.

28 Zur derzeitigen Situation, bei der der Rundfunkbegriff in unterschiedlichen Gesetzen unterschiedlich gebraucht wird, Jarass, Online-Dienste und Funktionsbereich des Zweiten Deutschen Fernsehens, 1997, S. 10.

zu lassen. Schließlich näherte sich der einfachgesetzliche Rundfunkbegriff dem verfassungsrechtlichen soweit an, dass von einer allgemeinen Konkretisierung durch das einfache Rundfunkrecht auszugehen wäre, die eine Differenzierung bis auf weiteres entbehrllich macht. Hiermit wäre der Übersichtlichkeit und Verständlichkeit des Medienrechts ein großer Dienst erwiesen.

Gegen den vorgeschlagenen Ansatz lässt sich bei richtiger Ausgestaltung auch nicht einwenden, er verfestige den auf den Rundfunk fixierten Ansatz des geltenden Rechts noch mehr. Vielmehr bietet er die Möglichkeit, das straffe Regelungskorsett des Rundfunks, das vielfach als unzeitgemäß kritisiert wird, teilweise aufzubrechen, ohne die verfassungsrechtlichen Anforderungen der Rundfunkfreiheit in Frage zu stellen.

Wird der Bereich des Rundfunks funktional, d. h. anhand der dienenden Funktion eines Dienstes für die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung abgegrenzt, kann ein erheblicher Teil der Inhalte-Angebote, die bisher dem MDStV unterfallen, dem Bereich der nicht regulierten elektronischen Dienste zugeordnet werden. Hinsichtlich der übrigen Angebote, die dem Rundfunkregime unterfallen, ist der Tendenz zu stärkerer Ausdifferenzierung und Fragmentierung²⁹ Rechnung zu tragen. Für zunehmend individualisierte Angebote passt eine einheitliche positive Rundfunkordnung nicht mehr. Vielmehr sollten die verschiedenen Dienste entsprechend ihren Eigenarten auch unterschiedlich geregelt werden. Weniger meinungsrelevante Dienste etwa können von den strengen Vorgaben des Rundfunkrechts teilweise befreit werden. Darüber hinaus sollte auch die Regulierung des »Kernrundfunks« teilweise zurückgeführt werden. Im Einzelnen empfiehlt sich folgendes Modell einer Medienordnung:

a) Funktionaler Rundfunkbegriff als zentrales Differenzierungskriterium zwischen Rundfunk und elektronischen Diensten

Die Abgrenzung von Rundfunk und elektronischen Diensten ist nur dann zukunftsweisend und konvergenztauglich, wenn sie nicht starr auf verbreitungstechnische Gesichtspunkte abstellt. Dies erfordert ein funktionales, im Kern auf den Inhalt der Angebote abstellendes Verständnis von Rundfunk.

aa) Elemente des funktionalen Rundfunkbegriffs

Entscheidend ist deshalb allein, ob sich ein Angebot 1. an die Allgemeinheit richtet, 2. fernmeldetechnisch verbreitet wird und vor allem, 3. ob es aufgrund seines Darbietungscharakters eine »nicht unerhebliche meinungsbildende Wirkung« besitzt³⁰.

(1) An die Allgemeinheit gerichtet

An die Allgemeinheit gerichtet ist ein Dienst bereits dann, wenn eine beliebige Öffentlichkeit auf ihn zurückgreifen kann³¹. Dies ist nicht nur bei Verteil- und Zugriffsdiensten der Fall, sondern grundsätzlich auch bei Abrufdiensten³². Anderes gilt nur dann, wenn der Zugang nur bestimmten Personen offen steht (z. B. E-Mail)³³.

(2) Fernmeldetechnische Verbreitung

Die fernmeldetechnische Übermittlung erfasst alle Transportmedien, d. h. neben den terrestrischen und Satellitenfrequenzen auch sämtliche Kabeldienste. Unerheblich ist, ob es sich um Breitbandkabel oder schmalbandige Netze handelt³⁴.

(3) Darbietung mit Meinungsrelevanz

Bei dieser weiten Fassung der technischen Rahmenbedingungen kommt dem inhaltlichen Aspekt der Darbietung mit Meinungsrelevanz die größte Bedeutung für die Abgrenzung zu. Das Kriterium der Meinungsrelevanz ist als solches jedoch wenig bestimmt und droht daher erheblichen Rechtsunsicherheiten Vorschub zu leisten. Es bedarf insoweit einer näheren Konkretisierung.

(a) Konkretisierung der Meinungsrelevanz durch Schaffung einer Generalklausel

Das BVerfG hat hierzu wichtige Anhaltspunkte gegeben, indem es die Sonderstellung des Rundfunks mit dessen Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft begründet hat³⁵. Auch wenn diese Kriterien als solche noch wenig griffig sind, sollten sie doch im Rahmen einer Generalklausel berücksichtigt werden, die dann durch negative und positive Vermutungstatbestände noch präzisiert werden muss.

(b) Bestimmung der Meinungsrelevanz durch Schaffung positiver Vermutungsregeln

Ein positiver Vermutungstatbestand sollte für den Fall geschaffen werden, dass Einzelbeiträge in eine

29 Holznapel, Der Funktionsauftrag des Zweiten Deutschen Fernsehens, 1999, S. 78 ff.; Eberle, CR 1996, 193, 194.

30 Ähnlich, aber im Ansatz zu weit gehend Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 231, der lediglich negativ darauf abstellt, ob einem Medium »nicht jegliche meinungsbildende Wirkung abzusprechen ist«.

31 Hoffmann-Riem, AfP 1996, 10, 10 f.; Ricker, ZUM 2001, 28, 29.

32 Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 231. Zu eng Ricker, ZUM 2001, 28, 29, der die individuelle Zugriffsmöglichkeit im Kontext des Merkmals »Allgemeinheit« überbewertet. Zuzugeben ist Ricker freilich, dass stark individualisierte Kommunikationsvorgänge einen geringen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung leisten. Dies ist jedoch nicht bei der Adressierung an die Allgemeinheit, sondern unter dem Gesichtspunkt der Meinungsrelevanz zu berücksichtigen.

33 Vgl. Ladeur, RTKom 1999, 68, 74 f., der zwischen Diensten, die ein Gesamtpublikum erreichen und solchen Angeboten unterscheidet, die sich an individuelle Nutzer wenden. Ähnlich Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 231.

34 Ebenso Jarass, AfP 1998, 133, 136.

35 BVerfGE 90, 60, 87 – Rundfunkgebühren. Eingehend hierzu Eberle, CR 1996, 193, 194.

auf längere Dauer angelegte, planmäßige und strukturierte Abfolge von Sendungen oder Beiträgen, d. h. in Programmen, eingebunden werden³⁶. Ein derartiges Programm besitzt eine besondere Breitenwirkung, da es einer Vielzahl von Menschen zeitgleich identische Tatsachen und Meinungen vermittelt bzw. vermitteln kann.

(c) Bestimmung der Meinungsrelevanz durch Schaffung negativer Vermutungsregeln

Ein negativer Vermutungstatbestand ist anknüpfend an den Abrufmodus für reine Abrufdienste vorzusehen. Wenngleich die Relevanz dieses Kriteriums für den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff oftmals bestritten wird³⁷, verringert eine starke Individualisierung des Zugriffs die Breitenwirkung eines Angebots erheblich. Es handelt sich bei Abrufdiensten meist eher um rein wirtschaftliche Angebote als um meinungsbildende Medien. Beispielhaft kann auf Dienste verwiesen werden, die sich an einzelne Personen wenden und im Rahmen individualvertraglicher Abreden einzelne Filme elektronisch übermitteln. In derartigen Fällen besteht sachlich und funktionell kein Unterschied zu einem herkömmlichen Offline-Filmverleih. Dies rechtfertigt es, individualisierte On-Demand-Abrufdienste grundsätzlich aus dem Bereich des Rundfunks auszunehmen³⁸. Auch die EU berücksichtigt für die Unterscheidung zwischen Rundfunkdiensten und Diensten der Informationsgesellschaft, ob es sich um Abruf- oder Verteildienste handelt.

Ein weiterer negativer Vermutungstatbestand kann an die Übertragungsqualität anknüpfen. Briefmarken- bzw. scheckkartengroße Bild Darstellungen in schlechter Qualität und mit häufigen Übermittlungslücken besitzen keine signifikante Breitenwirkung und Suggestivkraft. Der Rezipient erlangt nicht den Eindruck, am Geschehen teilzuhaben und wird deshalb auch weniger dazu motiviert, sich meinungsbildend damit auseinander zu setzen. Ein Bedürfnis, derartige Angebote dem Rundfunkregime unterzuordnen, besteht also nicht. Zur exakten Abgrenzung zwischen Darbietungen mit hinreichender Übertragungsqualität und sonstigen Angeboten kann dabei eine Mindestbitrate für die Übertragung verlangt werden³⁹. Diese technische Kennziffer erweist sich im Gegensatz zu anderen technischen Begriffen als relativ zukunftssicher.

Weitere Vermutungsregeln kommen in Betracht. Insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Authentizität könnte das Merkmal der Suggestivkraft näher ausgefüllt werden. Denkbar erscheint etwa, an die Verwendung von Bewegungsbildern und Originaltönen anzuknüpfen⁴⁰. Selbst mit Hilfe dieser Vermutungstatbestände bleibt indes ein Rest an Rechtsunsicherheit bestehen. Daher ist es erforderlich, die materiellen Regelungen verfahrensrechtlich abzusichern und zu ergänzen.

bb) Schaffung verfahrensrechtlicher Regeln für die Abgrenzung der Dienste

Einen wichtigen Ansatzpunkt hierfür liefert bereits das geltende Recht. Im Rahmen der Abgrenzung von Mediendiensten und Rundfunk sieht § 20 Abs. 2 Satz 3 RStV die Möglichkeit einer Unbedenklichkeitserklärung vor: Auf Antrag kann ein Anbieter von der zuständigen Landesmedienanstalt feststellen lassen, ob sein Dienst dem Rundfunk zuzuordnen ist. Diese Regelung kann – unter Beseitigung ihrer derzeitigen Unzulänglichkeiten⁴¹ – generell für eine zuverlässige Differenzierung von Rundfunk und sonstigen elektronischen Diensten herangezogen werden. Um ein hinreichend schnelles Verfahren zu gewährleisten, ist dabei ein recht enges Zeitlimit für die Bescheidung eines entsprechenden Antrags vorzusehen. Nach dessen Ablauf wird die Unbedenklichkeit fingiert⁴².

Darüber hinaus erscheinen eine Reihe weiterer prozeduraler Maßnahmen möglich, die eine Zuordnung der Dienste in der Rechtspraxis erleichtern. So können die Aufsichtsbehörden ermächtigt werden, zur näheren Präzisierung des Rundfunkbereichs Richtlinien zu erlassen⁴³. Weiterhin können Anreize geschaffen werden, die eine Selbsteinstufung der Anbieter in den höher regulierten Rundfunk fördern. Zu denken ist an einen privilegierten Zugang von Rundfunkdiensten zu noch knappen Übertragungskapazitäten oder die Aufnahme in Navigationssysteme⁴⁴. Allgemein trägt es zu einer kooperativen und damit deutlich effektiveren Regulierung bei, wenn das Regulierungsgefälle von Rundfunk und elektronischen Diensten möglichst gering ausfällt. Umgehungsstrategien werden auf diese Weise erheblich reduziert.

36 Zu diesen Elementen eines Rundfunkprogramms BVerfGE 97, 298, 310 – Extra-Radio; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Kommentar zum RStV, Stand: 8. Lieferung, 2001, § 2 Rn. 10.

37 Gersdorf, AfP 1995, 565, 570; Jarass, AfP 1998, 133, 136.

38 So im Ergebnis auch Koenig, MMR 1998, Beilage zu Heft 12, 1, 11, der dieses Kriterium allerdings nicht im Rahmen der Meinungsrelevanz, sondern separat bei der »rundfunktypischen« Übermittlungsart berücksichtigen will.

39 Koenig, MMR 1998, Beilage zu Heft 12, 1, 11.

40 Hierauf ist die große Meinungsrelevanz und überlegene Überzeugungskraft des Rundfunks maßgeblich zurückzuführen, vgl. BVerfGE 90, 60, 87 – Rundfunkgebühren; Eberle, CR 1996, 193, 194.

41 Insbesondere sollte diese Unbedenklichkeitserklärung kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung als feststellender VA ergehen. Vgl. dazu Koenig, MMR 1998, Beilage zu Heft 12, 1, 12 f.

42 Ähnlich bereits der Verbesserungsvorschlag von Koenig, MMR 1998, Beilage zu Heft 12, 1, 11 zum geltenden Recht.

43 Dagegen spricht entgegen Engel, Medienordnungsrecht, 1996, S. 138, auch nicht der Parlamentsvorbehalt. Eine abschließende gesetzliche Einordnung der verschiedenen Dienste kann der Gesetzgeber angesichts der schnellen technischen und gesellschaftlichen Entwicklungen nicht treffen. Der Gesetzesvorbehalt findet deshalb hier, wie auch sonst, in der Regelbarkeit der Materie seine äußere Grenze.

44 Hoffmann-Riem/Schulz/Held, Konvergenz und Regulierung, 2000, S. 182.

Neben den genannten Ausgleichsmaßnahmen sollten deshalb Möglichkeiten genutzt werden, auch das Rundfunkrecht selbst zu reformieren. Werden überflüssige Regulierungen vermieden und konsistentere Steuerungsvorgaben implementiert, besteht die berechnete Hoffnung, dass die Dienste in Kooperation mit den Anbietern und nicht gegen diese rechtlich eingeordnet werden.

b) Differenzierte Regulierung des Rundfunks: Unterscheidung zwischen Kernrundfunk und Randrundfunk öffentlich-rechtlicher und privater Sender

Die, gemessen an den verfassungsrechtlich vorgegebenen Regulierungszielen, verhältnismäßig schonendste Regulierung wird erreicht, wenn innerhalb des Rundfunks dort auf zusätzliche hoheitliche Steuerungsmechanismen verzichtet wird, wo dies die freie öffentliche und individuelle Meinungsbildung nicht gefährdet. Da sich die Rundfunkangebote zunehmend fragmentieren und ausdifferenzieren, ist ein abgestuftes Regelungsregime erforderlich. Diesem Gesichtspunkt kann am besten durch ein Rundfunkgesetz Rechnung getragen werden, das nach einem Allgemeinen Teil, der für sämtliche Rundfunkdienste gilt, sektorspezifische Sonderregelungen enthält.

aa) Allgemeine Grundsätze

Unabhängig von der Art des Rundfunkangebots muss das Recht eine Reihe von allgemein bedeutsamen, nicht speziell kommunikationsbezogenen Rechtsgütern schützen. Dazu zählen der Jugend-, Daten-, Persönlichkeits- und Verbraucherschutz⁴⁵. Die hierfür zum Teil erforderlichen medienpezifischen Sonderregeln – einschließlich der präzisen Bestimmung der Verantwortlichkeiten – sollten in den Allgemeinen Teil des Rundfunkrechts aufgenommen werden.

Von allen Rundfunkdiensten beachtet werden müssen auch einige Prinzipien, die für eine freie, demokratische und sozialverträgliche Medienordnung konstituierend sind. Dazu gehört etwa der Schutz vor Irreführung, der sich rundfunkspezifisch im Verbot von Schleichwerbung und allgemein im Trennungsgebot von Werbung und Programm niederschlägt. Weiterhin rechnen hierzu auch einige Bestimmungen über die Zugangssicherung im Interesse kommunikativer Chancengerechtigkeit (insbes. das allgemeine Diskriminierungsverbot). Sie werden künftig einen Kernbestandteil der Rundfunkordnung bilden und können daher in den Allgemeinen Teil eines Rundfunkgesetzes aufgenommen werden⁴⁶.

Andere publizistische Regelungsvorgaben sind hingegen nicht für sämtliche Rundfunkangebote erforderlich. So besteht ein Bedarf für eine besondere publizistische Konzentrationskontrolle, die auch ex ante wirkt, nur für einen kleinen Teil der besonders meinungsrele-

vanten Programmangebote im herkömmlichen Sinne. Spezifische Konzentrationsregeln und vor allem der Zulassungsvorbehalt können dementsprechend auf diese Rundfunk-Dienste beschränkt werden. Für andere Rundfunk-Dienste, etwa für die nicht rein individuell abrufbaren On-Demand-Dienste, genügt zumindest eine Anmelde- oder Anzeigepflicht. Sie ermöglicht es der zuständigen Aufsichtsinstanz, die betreffenden Dienste besser kontrollieren zu können. Eventuell kann auch ganz auf eine solche Anzeigepflicht verzichtet werden.

Im Einzelnen können die unterschiedlichen Facetten des Rundfunks hier nicht abschließend diskutiert werden. Die Spanne reicht von Rundfunkvollprogrammen, über Spartenprogramme, dem so genannten Bagatellrundfunk und die verschiedenen Formen der On-Demand-Dienste (grds. ausgenommen sind die rein individuellen Abrufdienste) bis hin zu weiteren, bisher als Mediendienste qualifizierten Angeboten, die nicht nur unerheblich auf die öffentliche Meinungsbildung einwirken.

Besonders wichtig und daher näher zu beleuchten ist freilich die Differenzierung zwischen dem Kernrundfunk, für den weiterhin verhältnismäßig straffe publizistische Regelungen erforderlich sind, und den sonstigen Rundfunkangeboten. Sie werden im Folgenden als Randrundfunk bezeichnet. Die Abgrenzung sollte – ebenso wie bei der vorgelagerten Differenzierung zwischen Rundfunk und sonstigen elektronischen Diensten – am Merkmal der Meinungsrelevanz anknüpfen. Dabei sind für den Kernrundfunk qualifizierte Anforderungen zu stellen.

Es bietet sich an, kraft gesetzlicher Vermutung eine besondere Meinungsrelevanz lediglich bei »echten« Programmangeboten anzunehmen; denn nur die Einbindung der Einzelbeiträge in eine auf längere Dauer angelegte, planmäßige und strukturierte Abfolge von Sendungen oder Beiträgen erzeugt eine besondere Breitenwirkung und Suggestivkraft. Zugleich wäre mit diesem Kriterium ein Höchstmaß an Rechtssicherheit verbunden, insbesondere wenn die materiellen Vorschriften durch die Implementierung von prozeduralen Regelungen, die denen bei der Abgrenzung von Rundfunk und sonstigen elektronischen Diensten entsprechen können, abgesichert wird. Um künftige Entwicklungen frühzeitig berücksichtigen zu können, sollte allerdings ausdrücklich festgeschrieben werden, diese Abgrenzungsentcheidung regelmäßig zu evaluieren und auf notwendige Anpassungen hin zu prüfen. Davon ausgehend ergeben sich für die unterschiedlichen Rundfunkdienste folgende Anforderungen:

⁴⁵ Die fortbestehende Notwendigkeit eines derartigen Schutzes betont auch das Positionspapier der Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten (ALM), Medienregulierung im Wandel, 1999, Punkt 1.3. sowie Anhang 3.2.4.

⁴⁶ Positionspapier der ALM, Medienregulierung im Wandel, 1999, Punkt 1.3. sowie Anhang 3.2.1.

bb) Weitgehende Rücknahme der publizistischen Regulierung beim Rundfunk

Rundfunk ist zwar meinungsbildend, seine Breitenwirkung bleibt aber hinter den klassischen Vollprogrammen (derzeit) deutlich zurück. Vor diesem Hintergrund kann auf spezifisch publizistische Konzentrationsregeln neben dem allgemeinen Wettbewerbsrecht verzichtet werden. Insbesondere ist ein Zulassungsvorbehalt nicht erforderlich.

Allerdings können rein wettbewerbsrechtliche Zugangsregeln nicht hinreichend gewährleisten, dass möglichst alle Meinungen an die Rezipienten gelangen, ohne die neutrale Konzeption des Wettbewerbsrechts in Frage zu stellen. Dort, wo kommunikationsbezogene Interessen nicht vollständig mit wettbewerbsrechtlichen Zielen konform laufen, bleiben daher weiter publizistische Regeln erforderlich, die einen diskriminierungsfreien Zugang zu den technischen Plattformen, den Vermarktungsplattformen und auch zu sonstigen Dienstleistungen sicherstellen, die digital verbreiteten Rundfunk erst möglich machen⁴⁷.

Derartige Regeln sind auf die besondere Situation des Rundfunks zuzuschneiden und deshalb ergänzend zu den bereits im Allgemeinen Teil zu normierenden allgemeinen Zugangsbestimmungen präzisierend aufzunehmen. Sie sind dabei eng mit den wettbewerbs- und telekommunikationsrechtlichen Zugangsregeln abzustimmen. Außerdem sollten sie von den Aufsichtsinstanzen nur subsidiär angewendet werden und ausschließlich bei besonderen publizistischen Gefährdungslagen Abweichungen von der wettbewerbsrechtlichen Bewertung zulassen.

Weitere positive Anforderungen an die Gestaltung, Qualität und Vielfalt der Angebote sind nicht erforderlich. Die dadurch eingeführte zusätzliche Regulierung stünde im Bereich des Rundfunks in keinem angemessenen Verhältnis zu den erreichbaren Steuerungswirkungen. Speziell der Sinn zeitlicher Werbebeschränkungen im privaten Rundfunk ist generell fraglich. Auf sie sollte jedenfalls im Rundfunk verzichtet werden.

cc) Harmonisierung und teilweise Rückführung der publizistischen Regulierung des Kernrundfunks privater Anbieter

Für private Rundfunkprogramme im herkömmlichen Sinne sind weiterhin publizistische Sonderregeln notwendig. Dazu zählen neben der Zugangssicherung auch Regelungen, die den publizistischen Wettbewerb positiv gewährleisten. Vorzusehen sind entsprechend den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts namentlich eine ex ante wirkende Konzentrationskontrolle in Form eines Zulassungsvorbehalts sowie publizistische Konzentrationsregeln. Allerdings sollten diese Regelungen besser

auf das Wettbewerbsrecht abgestimmt und auf ihre eigentliche Funktion, die kommunikative Vielfalt und Chancengerechtigkeit zu gewährleisten, konzentriert werden.

Weitergehende positive Programmanforderungen erweisen sich demgegenüber als problematisch. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht betont, dass auch der Privatrundfunk einen Mindeststandard gleichgewichtiger Vielfalt einhalten müsse. Es hat aber unter der Prämisse, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk die verfassungsrechtlichen Anforderungen der Rundfunkfreiheit in seinem Programm voll erfüllt, die Anforderungen an die Programmvietalt im privaten Bereich deutlich reduziert und gesetzliche Reglementierungen unter den Vorbehalt des wirtschaftlich Machbaren gestellt. Dies heißt konkret, dass in jedem Fall die Möglichkeit zum »Verdienen« bestehen muss.

Wie genau im Übrigen das Verhältnis der unternehmerischen Ausrichtung am »Verdienen« und die publizistische Orientierung an der »dienenden« Rundfunkfreiheit rechtlich auszugestalten ist, hat das Gericht offen gelassen. Es hat lediglich verlangt, dass die Funktionsfähigkeit der Medienordnung und die Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG insgesamt gewahrt bleiben. Insofern wird es darauf ankommen, im privaten Sektor beide Belange möglichst optimal aufeinander abzustimmen und zu gewährleisten. Die plakative Formel von *Gersdorf*⁴⁸ »Dienen vor Verdienen« wird dem nicht gerecht. Mit *Hoffmann-Riem*⁴⁹ sollte vielmehr die Formel »Dienen und Verdienen« medienrechtliche Leitmaxime des privaten Rundfunks und seiner Regulierung sein.

Es hat sich gezeigt, dass Rundfunkregulierung immer dann praktisch erfolglos blieb, wenn sie im Widerspruch zu den Eigeninteressen der Rundfunkwirtschaft stand. Zu diesen legitimen⁵⁰ Interessen zählen aber vor allem die Ertrags- und Gewinnmaximierung. Deshalb waren sämtliche Versuche, mittels hoheitlicher Regulierung bestimmte programmliche Qualitäts- und Vielfaltsanforderungen durchzusetzen, nur von sehr geringem Erfolg gekrönt. Bereits die wenig anspruchsvolle amerikanische Fairness-Doktrin zeigte nur sehr begrenzt praktische Erfolge⁵¹. Aber auch konkrete qualitativ-quantitative Vorgaben (Zeitanteile für Informations-, Lokal- und

47 Positionspapier der ALM, Medienregulierung im Wandel, 1999, Punkt 1.3. sowie Anhang 4.5.5.

48 *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang zum digitalen Fernsehen, 1998, S. 22. Inhaltlich weichen die Ausführungen *Gersdorfs* aber kaum von der hier vertretenen Auffassung ab.

49 *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 260 f.

50 *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 176: Veranstalter, die gewinnorientiert arbeiten, »verhalten sich nicht nur marktkonform, sondern auch markthethik-konform«.

51 *Le Duc*, RuF 1988, 56, 56 ff.; *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 162 f. m. w. N.

Kinderprogramme, Werbebegrenzungen) wurden vielfach umgangen. Selbst im Kinderprogramm ließen sich normativ vorgegebene Qualitätsziele mit den bestehenden Aufsichtsinstrumenten nicht durchsetzen.

Vor diesem Hintergrund sollte versucht werden, berechnete Regulierungsziele möglichst mit anderen Instrumenten zu verfolgen. Das Positionspapier der Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten befürwortet zu Recht, an Stelle imperativer Aufsichtsmaßnahmen auf die Programmbeobachtung und daran anknüpfend auf dialogische Bewältigungsstrategien zu setzen⁵². Das Recht sollte in Kooperation mit den Veranstaltern vor allem die Spielregeln vorgeben, deren Einhaltung aber nicht in jedem Einzelfall mit hoheitlichen Aufsichtsmaßnahmen, sondern im gegenseitigen Dialog und mit Hilfe ökonomischer Anreize fördern. Erfahrungen im Ausland mit derartigen »weichen Steuerungsinstrumenten«, etwa bei der FCC in den USA, zeigen durchaus positive Ergebnisse. Sie ermöglichen es, die Grenzen folgenreicher Aufsichtsmaßnahmen, die mit den Eigeninteressen der Regulierten (noch) vereinbar sind, auszuloten und auszuschöpfen. Dies fördert letztlich sowohl das »Dienen« als auch das »Verdienen«. Vielfach beklagte unnötige Belastungen deutscher Anbieter im internationalen Vergleich werden weitgehend vermieden.

Hoheitliche Regelungsinstrumente bleiben freilich als ultima ratio weiterhin erforderlich. Sie werden nicht zuletzt als Drohmittel benötigt, um die Kooperationsbereitschaft der Veranstalter zu steigern. Unentbehrlich sind sie, um einem Machtmissbrauch und der Errichtung von Zugangshürden entgegenwirken zu können; denn ohne eine entsprechende Gegenmacht kann von den Machträgern kaum eine Machtmäßigung erwartet werden. Aus diesem Grund kann auch auf die publizistischen Zugangs- und Konzentrationsregelungen nicht zu Gunsten »weicher« Steuerungsvorgaben verzichtet werden.

dd) Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Während der private Rundfunk mit Blick auf die allgemeine wirtschaftliche Handlungsfreiheit und die Rundfunkfreiheit unstreitig ermächtigt ist, Kern- wie Rand-Rundfunk zu veranstalten und auch sonstige wirtschaftliche Dienste anzubieten, richten sich die Handlungsmöglichkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten allein nach ihrem spezifischen Funktionsauftrag. Er ist im Grundsatz verfassungsrechtlich vorgegeben und wird in den Anstaltsgesetzen konkretisiert. Die derzeitigen normativen Grundlagen sind allerdings überaus unbestimmt und lassen zahlreiche Deutungen zu. Welche Handlungsmöglichkeiten den Rundfunkanstalten offen stehen, ist deshalb bereits de lege lata höchst umstritten. Noch vielfältiger sind die verschiedenen Vorschläge zu einer Neugestaltung der Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

Richtschnur für die Auslegung der bestehenden Aufgabengesetze wie auch für die künftige normative Steuerung des öffentlich-rechtlichen Sektors bleibt weiterhin die Programmautonomie und die Bestands- und Entwicklungsgarantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Für gegenständliche Bereichsabgrenzungen ist deshalb kein Raum. Der publizistische Wettbewerb als tragendes Prinzip der dualen Rundfunkordnung wird nicht gefördert, indem den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bestimmte Programmsegmente (massenattraktive Unterhaltungsprogramme, Spartenprogramme etc.) verschlossen werden. Dies gilt auch für neuartige Angebote, die in der Zukunft teilweise an die Stelle der herkömmlichen Vollprogramme treten.

Der Funktionsauftrag der Rundfunkanstalten ist daher gegenständlich umfassend auf den gesamten Bereich des Rundfunks zu erstrecken, eingeschlossen den zum Randrundfunk zählenden On-Demand-Diensten und den besonders meinungswirksamen Mediendiensten im Sinne des geltenden Rechts. Sonstige elektronische Dienste können die Rundfunkanstalten dagegen allenfalls als Hilfstätigkeiten entfalten, wenn sie den eigentlichen Rundfunkauftrag unselbstständig fördern, einen inhaltlichen Bezug zu diesem aufweisen und keine Gefahren für die Funktionserfüllung begründen⁵³. Letzteres ist besonders bei den erwerbswirtschaftlichen Betätigungen zu beachten, die nach anderen Regeln erfolgen, als die zwingend nicht-kommerzielle Programmveranstaltung.

Im Gegensatz zu gegenständlichen Begrenzungen des Funktionsauftrags bestehen keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken, die spezifischen Aufgaben der Rundfunkanstalten, die in der dienenden Funktion der Rundfunkfreiheit begründet sind, rechtshormativ in den Anstaltsgesetzen festzuschreiben. Derartige Regelungen gestalteten die dem öffentlichen Rundfunk in der dualen Rundfunkordnung zukommende Aufgabe des »Dienen, nicht Verdienen«⁵⁴ näher aus. Allerdings finden derartige Bemühungen ihre rechtlichen Grenzen in der Programmautonomie der Rundfunkanstalten, der Notwendigkeit, flexible Reaktionsmöglichkeiten offen zu halten und den generellen Schwierigkeiten, die Public-Service-Orientierung gesetzlich zu operationalisieren.

Der Versuch, den Funktionsauftrag der Rundfunkanstalten mittels verbindlicher Rechtsnormen zu konkretisieren, stellt hohe Anforderungen an den Gesetzgeber:

52 Positionspapier der ALM, Medienregulierung im Wandel, 1999, Anhang 4.5.3.

53 Ausführlich zur Zulässigkeit von Hilfstätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Gounalakis, Funktionsauftrag und wirtschaftliche Betätigung des Zweiten Deutschen Fernsehens, 2000, S. 43 ff.

54 So die treffende Umschreibung der Public-Service-Idee bei Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 274.

Der eingeleitete Übergang zum Multimediazeitalter, in dem u. a. Programmbouquets gebildet, neue Sparten- und Zielgruppenprogramme erstellt und interaktiv orientierte Angebote entwickelt werden müssen, erfordert materiell und prozedural flexible, auf Lernen angelegte⁵⁵ und revisionsoffene Lösungen. Ob sich diese gesetzestechnisch überhaupt realisieren lassen, erscheint fraglich.

Das Problem, dass sich die Rundfunkanstalten aufgrund der Eigendynamik des bestehenden dualen Systems und des Eigeninteresses ihrer Organe von den Gemeinwohlaufgaben teilweise lösen könnten⁵⁶, dürfte mit Hilfe einer verbesserten Selbstregulierung besser und effektiver zu bewältigen sein. In der Literatur und von den Anstalten selbst wurden hierzu bereits eine Reihe von Vorschlägen unterbreitet. Viel versprechend erscheint insbesondere die Einrichtung eines systematischen Qualitätsmanagements⁵⁷. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, in Anlehnung an das Vorbild der BBC⁵⁸ im Wege der Selbstverpflichtung den eigenen Funktionsauftrag zu präzisieren und die erreichten Ziele zu bewerten⁵⁹. Damit wären die Anstalten verpflichtet, öffentlich Rechenschaft über ihre Arbeit abzulegen⁶⁰. Einerseits könnte so für ein größeres Maß an Transparenz gesorgt werden. Andererseits hätte die Öffentlichkeit die Chance, im Wege des strukturierten Dialoges, steuernd auf die weitere Entwicklung Einfluss zu nehmen, was letztlich der Legitimation des gebührenfinanzierten öffentlichen Rundfunks und seiner Akzeptanz in der Bevölkerung insgesamt zu Gute käme.

Um der »Kommerzialisierungsfalle« zu entkommen, wird darüber hinaus vorgeschlagen, die Finanzierungsquellen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten grundlegend neu zu ordnen, insbesondere die Werbefinanzierung zu verbieten oder deutlich einzuschränken⁶¹. Diesen Forderungen ist indes mit dem BVerfG entgegenzuhalten, dass eine Mehrzahl von Einnahmequellen besonders geeignet ist, »einseitige Abhängigkeiten zu lockern und die Programm-gestaltungsfreiheit der Rundfunkanstalten zu stärken.«⁶² Angesichts der verschiedenen Vor- und Nachteile anderer Finanzierungsmodelle⁶³ erscheint deshalb eine Modifikation des derzeit diversifizierten Einnahmesystems der Anstalten nicht empfehlenswert⁶⁴. Verfassungsrechtliche Vorbehalte, die Anstalten allein auf die Rundfunkgebühren zu verweisen, bestehen freilich nicht, solange die Finanzierung ihrer spezifischen Aufgaben insgesamt gewährleistet bleibt⁶⁵.

c) Elektronische Dienste

Für elektronische Dienste, die nicht unter den Bereich des Rundfunks fallen, sind wegen der fehlenden Meinungsrelevanz publizistische Vorschriften nicht erforderlich. Wie schon bisher kann auf Anmelde- oder gar Zulassungspflichten verzichtet werden; eines beson-

deren Konzentrationsrechts bedarf es nicht. Steuerungsgröße ist allein der wirtschaftliche Wettbewerb. Die maßgebenden gesetzlichen Vorgaben finden sich insoweit im GWB und UWG, die mit den §§ 19, 20 GWB auch die Zugangsproblematik erfassen.

Notwendig erscheinen freilich einige medienrechtliche Sondertatbestände, die das Wettbewerbsrecht zum Schutz öffentlicher Interessen und individueller Belange ergänzen. Die zu gewährleistenden, nicht kommunikationsbezogenen Interessen und Rechtsgüter decken sich mit denen, die bereits im Bereich des Rundfunks genannt wurden: Jugend-, Daten-, Persönlichkeits- und Verbraucherschutz. Um den Betroffenen eine effektive Rechtsverfolgung zu ermöglichen, aber auch um ein Höchstmaß an Rechtssicherheit für die Anbieter zu gewährleisten, sind insgesamt klare Verantwortungsregeln vorzusehen⁶⁶. Vorteilhaft wäre

55 Dieser Gesichtspunkt wird zu Recht besonders betont von *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 282, 284, 285.

56 Diese Gefahren sind nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Angesichts der schon bestehenden organisatorischen Sicherungsvorkehrungen erweist sich das von *Bullinger*, Aufgaben des öffentlichen Rundfunks, 1999, S. 23, 41, 43, 45 ff., angedeutete Szenario, nach dem die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in einem Umfeld eines globalen Marktes für elektromagnetisch verbreitete audiovisuelle Produkte einem Kommerzialisierungsdruck ausgesetzt werden, der ihnen Mittel und Kraft für die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben raubt, jedoch als deutlich überzeichnet.

57 *Hohlfeld*, Communicatio Socialis, 1999, 5 ff.; *Breuning*, MP 1999, 94, 102 ff. Zu den bisherigen Ansätzen der Rundfunkanstalten auch *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 280 ff.

58 Vgl. dazu BBC, Our commitment to you, BBC Statement of Promises to viewers and listeners, 1998-1999. Ausführlich auch *Bullinger*, Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 1999, S. 65 ff.

59 Hierfür insbesondere *Holznagel*, Der spezifische Funktionsauftrag des Zweiten Deutschen Fernsehens, 1999, S. 130 f. Ähnlich auch *Bullinger*, Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 1999, S. 98.

60 Zur Bedeutung der externen Kontrolle durch die Öffentlichkeit *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 290 f.

61 *Bullinger*, in: FS 50 Jahre BVerfG Bd. 2, 2001, S. 193, 209 f.; Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi, Offene Medienordnung, 1999, Nr. 59.

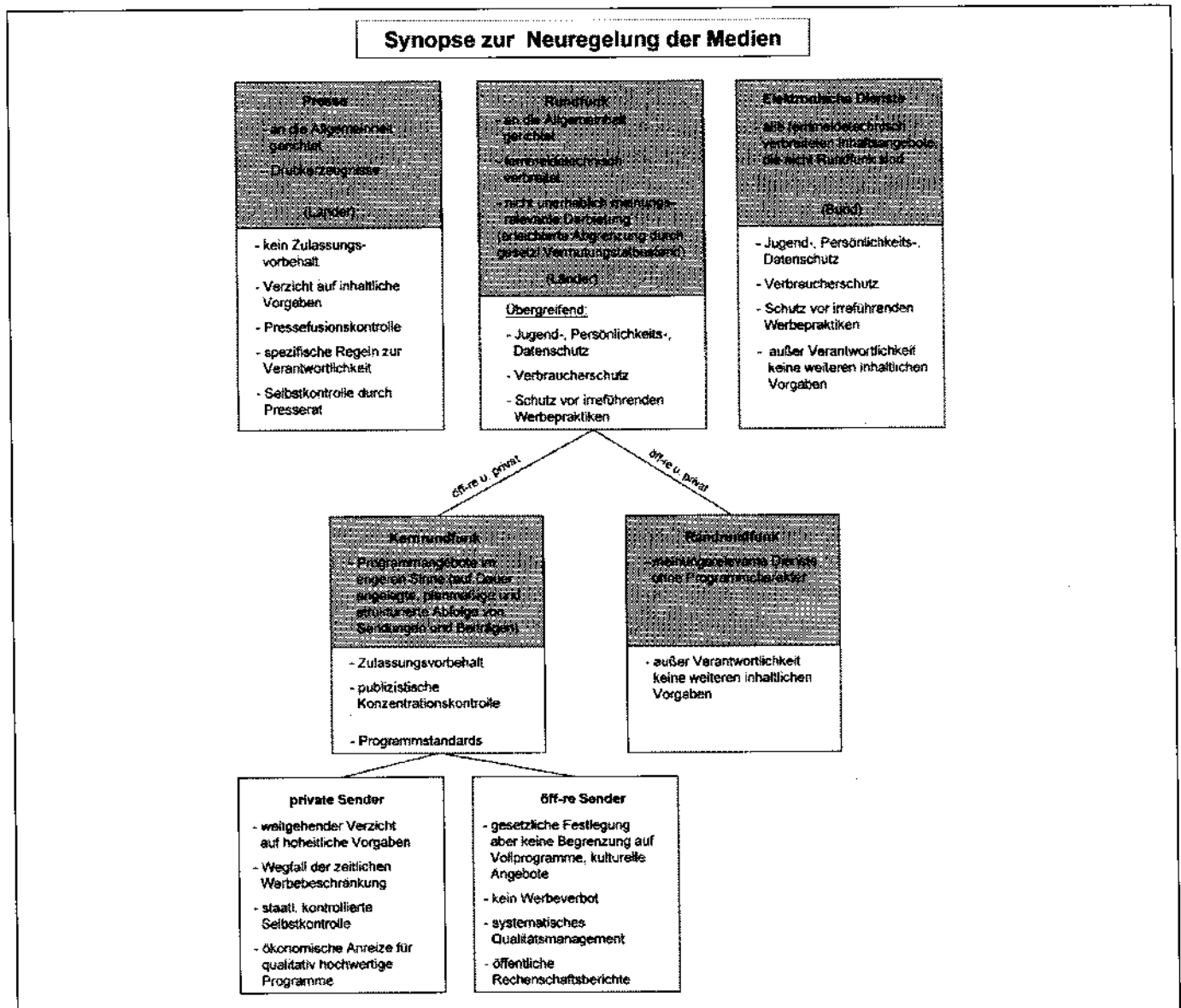
62 BVerfGE 87, 181, 200 – Hessen-3-Beschluss. Vgl. auch BVerfGE 83, 238, 310 f. – WDR-Gesetz.

63 Dazu *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 247 f.

64 *Badura*, in: FS für Knöpfle, 1996, S. 1, 4 bezeichnet die Wirtschaftswerbung als »eine notwendige, aber nicht aufgabengeprägte Einnahmequelle« des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

65 BVerfGE 74, 297, 342 – Landesmediengesetz Baden-Württemberg; BVerfGE 83, 238, 310 f. – WDR-Gesetz; BVerfGE 87, 181, 200 – Hessen-3-Beschluss. Näher zum verfassungsrechtlichen Anspruch auf funktionsgerechte Finanzierung und dessen konkrete Ausgestaltung *Gounalakis*, Funktionsauftrag und wirtschaftliche Betätigung des Zweiten Deutschen Fernsehens, 2000, S. 31 ff. Zur grundsätzlichen Zulässigkeit auch eines öffentlich-rechtlichen Pay-TV s. *Hoffmann-Riem*, Pay-TV, 1996, S. 127 ff.

66 Vgl. hierzu die in Umsetzung der E-Commerce Richtlinie eingeführten §§ 8 – 11 TKG n. F.



Synopse zur Neuordnung der Medien

auch, ebenso wie im Bereich des Rundfunks, die normativen Vorgaben möglichst in einem einzigen Gesetz zusammenzufassen.

IV. Zusammenfassung und Thesen

1. Die künftige Regulierung der Medienordnung sollte sowohl an den ökonomischen (Innovationsoffenheit, Investitionsfreundlichkeit) als auch den nicht-ökonomischen Regulierungszielen (insbesondere kommunikative Vielfalt und Chancengerechtigkeit, Daten-, Jugend-, Persönlichkeits-, Verbraucher- und Urheberrecht) ausgerichtet werden, weshalb die Regulierung nicht allein darauf beschränkt werden kann, einen funktionierenden wirtschaftlichen Wettbewerb zu gewährleisten.

2. Die Sonderstellung der Presse sollte auch künftig beibehalten werden.

3. Der Pressebegriff ist verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich auf Druckerzeugnisse beschränkt, die zur Verbreitung an die Allgemeinheit bestimmt sind. Die teilweise als »elektronische Presse« bezeichneten Online Angebote, die funktionell und strukturell der herkömmlichen Presse entsprechen oder ihr nahe stehen, sind aufgrund des elektronischen Verbreitungswegs dem Pressebegriff nicht zuzurechnen.

4. Das Abgrenzungskriterium der körperlichen Verbreitung wird für die Presse durch die Konvergenz der Medien nicht in Frage gestellt. Während andere Medienformen wegen der Konvergenz der Kommunikationsnetze und Endgeräte grundsätzlich nicht mehr anhand des Übertragungsweges unterschieden werden können, bleibt die drucktechnische Verkörperung ein klares Differenzierungsmerkmal. Auf dieses Merkmal sollte zur Vermeidung zusätzlicher, kaum überwindbarer Abgrenzungsschwierigkeiten nicht verzichtet wer-

den. Damit wird zugleich gewährleistet, dass die liberale, primär subjektivrechtliche Deutung der Pressefreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht grundlegend geändert und der Rundfunkfreiheit angenähert werden muss.

5. Das bestehende dreistufige Regulierungssystem – Rundfunk, Mediendienste, Teledienste – sollte auf ein zweistufiges Regulierungssystem zurückgeführt werden, das nur zwischen Rundfunk und (sonstigen) elektronischen Diensten unterscheidet.

6. Im Einklang mit den sich abzeichnenden Vorgaben des EU-Rechts sollte ein abgestuftes Modell inhaltlicher Regulierung beibehalten werden, das sich an der Meinungsrelevanz des jeweiligen Angebots orientiert.

7. Unter Rundfunk sind alle fernmeldetechnisch verbreiteten Inholdienste zu verstehen, die an die Allgemeinheit gerichtet sind und aufgrund ihres Darbietungscharakters eine nicht unerhebliche meinungsbildende Wirkung besitzen.

8. Zum Rundfunk zählen Kernrundfunk und Randrundfunk. Unter Kernrundfunk sind Programmangebote im engeren Sinne zu verstehen, d. h. die auf Dauer angelegte, planmäßige und strukturierte Abfolge von Sendungen und Beiträgen. Zum Randrundfunk zählen meinungsrelevante Dienste ohne Programmcharakter (etwa die bisherigen Mediendienste).

9. An dem dualen System mit einer Koexistenz von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk ist festzuhalten.

10. Auch unter den veränderten Rahmenbedingungen konvergierender Medien sind Bestand und Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch die Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG weiterhin garantiert.

11. Weder das primäre noch das sekundäre europäische Gemeinschaftsrecht fordern derzeit oder in absehbarer Zukunft eine grundlegende Neuausrichtung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland.

12. Der Tätigkeitsbereich der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist nicht auf die klassischen Vollprogramme zu beschränken.

13. Es ist weder verfassungsrechtlich möglich noch praktisch sinnvoll, den spezifischen Funktionsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gesetzlich auf »anspruchsvolle« Minderheitenprogramme zu begrenzen und massenattraktive Unterhaltungssendungen auszuschließen.

14. Im Rahmen ihres dynamisch zu verstehenden Funktionsauftrags sollten den Rundfunkanstalten auch neue, ausdifferenzierte Dienstleistungen wie Spartenprogramme, Near-Video-On-Demand-Dienste und Mediendienste im Sinne des geltenden Rechts offen stehen.

15. Von dem derzeit diversifizierten Einnahmesystem der Rundfunkanstalten unter Einschluss von Werbeein-

nahmen und sonstigen Einkünften aus wirtschaftlichen Randbetätigungen abzuweichen, erscheint nicht ratsam. Eine reine Steuerfinanzierung ist angesichts der drohenden politischen Einflussnahme auf Planung und Gestaltung der Rundfunkprogramme abzulehnen.

16. Im privaten Rundfunksektor sollte auf zeitliche Begrenzungen der Werbung verzichtet werden.

17. Für alle Rundfunkdienste im weiteren Sinne – einschließlich der meinungsrelevanten Mediendienste – ist ein Verbot irreführender Werbepraktiken vorzusehen, das sich im Verbot der Schleichwerbung und dem Trennungsgebot von Werbung und Programm niederschlägt.

18. Innerhalb des Rundfunksektors ist eine ausdifferenzierte Regelung einzuführen, welche das derzeit straffe Regelungsgefüge insgesamt abschwächt und in einem Gesetzeswerk zusammenfasst.

19. Schlechthin zu gewährleistende Belange wie der Jugend-, Daten-, Persönlichkeits- und Verbraucherschutz, sowie einige Prinzipien, die – wie der Schutz vor irreführenden Werbemaßnahmen – eine sozialverträgliche Medienordnung erst konstituieren, sind übergreifend für alle Rundfunkdienste zu regeln.

20. Weitergehende publizistische Regelungen wie die publizistische Zugangs- und Konzentrationskontrolle sind auf »echte« Programmangebote zu beschränken, die durch eine Einbindung der Einzelbeiträge in eine auf längere Dauer angelegte, planmäßige und strukturierte Abfolge von Sendungen oder Beiträgen charakterisiert werden.

21. Auf zwingende qualitativ-quantitative Vorgaben für die Programmgestaltung (Zeitanteile für Informations-, Lokal- und Kinderprogramme) sollte im privaten Rundfunk verzichtet werden.

22. Qualitätsstandards außerhalb des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind durch ökonomische Anreize sowie durch Maßnahmen der Selbstkontrolle zu gewährleisten, die in Kooperation mit den Aufsichtsbehörden einzurichten und im wechselseitigen Diskurs systematisch zu evaluieren ist.

23. Im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sollten die spezifischen Aufgaben der Rundfunkanstalten nicht rechtsnormativ in den Anstaltsgesetzen fixiert werden. Um zu verhindern, dass sich die Rundfunkanstalten aufgrund der Eigendynamik des bestehenden dualen Systems (Kommerzialisierungsdruck) und der Eigeninteressen ihrer Organe von den Gemeinwohlaufgaben teilweise lösen, sollte vielmehr ein systematisches Qualitätsmanagement sowie die Verpflichtung eingeführt werden, öffentlich Rechenschaft über die geleistete Arbeit abzulegen.

24. Für elektronische Dienste, die nicht unter den Rundfunkbegriff fallen (etwa die bisherigen Teledienste), sind wegen der fehlenden Meinungsrelevanz publizistische Vorschriften nicht erforderlich.

25. Wie schon bisher kann bei elektronischen Diensten auf medienrechtliche Anmelde- oder gar Zulassungs-

pflichten verzichtet werden. Auch bedarf es keines besonderen Konzentrationsrechts.

26. Steuerungsgröße bei elektronischen Diensten ist allein der wirtschaftliche Wettbewerb. Notwendig erscheinen lediglich einige medienrechtliche Sondertatbestände, die das Wettbewerbsrecht zum Schutz öffentli-

cher Interessen und individueller Belange (Jugend-, Daten-, Persönlichkeits- und Verbraucherschutz) ergänzen. Um den Betroffenen eine effektive Rechtsverfolgung zu ermöglichen, aber auch um ein Höchstmaß an Rechtssicherheit für die Anbieter zu gewährleisten, sind zudem klare Verantwortungsregeln vorzusehen.

Europäische Satellitenverbreitung im Lichte nationaler Koproduktion

Zum Inhalt der Übergangsregelung des § 137 h UrhG bei gemeinschaftlicher Filmherstellung

Von Professor Dr. Norbert P. Flehsig*, Stuttgart

Die Frage nach dem Inhalt und Umfang sowie nach der Bedeutung des § 20 a UrhG hat in letzter Zeit wiederholt die Gerichte beschäftigt. Hierbei ist es mit Blick auf die Übergangsvorschrift des § 137 h UrhG zu fehlgeleiteten Urteilen gekommen¹. In dem Streitfall ging es wiederholt um die Frage der Bedeutung einer europäischen Satellitensendung und welche Auswirkungen der in § 20 a Abs. 3 UrhG manifestierte Sendelandgrundsatz für Verträge eignet, die vor dem Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes zur Satelliten und Kabelweiterleitungsrichtlinie² geschlossen wurden.

I. Zum Begriff der Europäischen Satellitensendung

Das UrhG kennt in den §§ 20 und 20 a UrhG den Begriff des Senderechts. § 20 UrhG definiert ganz allgemein, grundlegend – und im vorliegenden Zusammenhang durchaus nicht nur erheblich für außereuropäische Territorien – den Begriff des Senderechts: Rundfunksendungen unterliegen hiernach dem deutschen Urheberrecht immer dann, wenn und weil sie an die Öffentlichkeit bestimmt – ob diese im Inland oder im Ausland gelegen ist dabei unerheblich³ – über Sendeanlagen ausgestrahlt werden. Mit dem Vierten Urheberrechtsänderungsgesetz⁴ wurde anstelle des überholten Begriffs des Drahtfunks derjenige des »Kabelfunks« gesetzt und als weitere Übertragungstechnik der Satellitenfunk als eine Erscheinungsform der urheberrechtlichen Sendung hierin eingestellt. Da der Satellitenfunk mithin nicht als eigene Verwertungsform angesehen wird⁵, bleibt der einheitliche, für technische Weiterentwicklungen offene urheberrechtliche Begriff der Sendung erhalten. Inhaltliche Änderungen sind mit der Neufassung des § 20 UrhG deshalb nicht verbunden gewesen. Vielmehr unterliegt grundsätzlich jede, von deutschem Hoheitsgebiet ausgehende Sendetätigkeit gemäß § 20 UrhG deutschem Recht⁶.

§ 20 a UrhG regelt demgegenüber die Besonderheit der Vornahme einer Satellitensendung, die innerhalb des Gebiets eines Mitgliedsstaates der EU erfolgt (Abs. 1). Dabei gilt nach dessen Abs. 3 jede Sendung als in eben diesem Vertragsstaat der EU oder Vertragsstaat des EWR vorgenommen, in dem die Eingabe der für den öffentlichen Empfang bestimmten programmttragenden Signale in eine ununterbrochene Übertragungskette vorgenommen wird, die zum Satelliten und zurück zur Erde führt. Damit bedarf der Nutzer für die grenzüberschreitende Aussendung programmttragender Signale innerhalb der Gemeinschaft ausschließlich der Rechte im Sendeland, nicht jedoch – zugleich – auch der Rechte in sämtlichen Empfangsländern: Empfangbarkeit des Programms als solches ist das Resultat der vorausgegangenen Sende-

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Syndikus des SWR in Stuttgart.

1 Vgl. LG Stuttgart, 17 O 334/01, abgedruckt in ZUM 2002, 241 = AfP 2001, 442 = GRUR Int. 2002, 442. Dieses im einstweiligen Verfügungsverfahren ergangene Urteil wurde – mit völlig unterschiedlicher Begründung – durch das Urteil des OLG Stuttgart (4 U 231/01 vgl. ZUM 2003, 146) ehemals aufrechterhalten. Im Rahmen des sich hieran anschließenden Hauptsacheverfahrens hielt das LG Stuttgart (17 O 643/01 – unveröffentlicht) in seiner Entscheidung vom 20.6.2002 an seinem vorerwähnten Urteil fest.

2 Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, Amtsbl. EG 1993, Nr. L 248, S. 15.

3 BGH ZUM 2003, 225 – Felsberg (in diesem Heft), sub II. 2.

4 Viertes Gesetz zur Änderung des Urheberrechts vom 8. 5. 1998, BGBl. 1998/I, 902; zum Regierungsentwurf mit Begründung siehe BT-Dr. 13/4796 sowie BR-Dr. 284/98; zur Umsetzung Hilfig, UFITA 138 (1999), 5.

5 Vgl. hierzu insbesondere BGHZ 133, 281, 287 – Klimbim = Schulze BGHZ 449; ferner BGHZ 147, 242 = ZUM 2001, 699 – Barfuß im Bett = Schulze BGHZ 489.

6 BGH ZUM 2003, 225 – Felsberg; OLG Saarbrücken ZUM-RD 2001, 195 = GRUR Int. 2000, 933, 934 – Felsberg = Schulze OLGZ 336.