

Tobias Schubert

Der Kampf um das digitalisierte Breitbandkabel

-

**Die Rundfunkprivilegierung bei der Kabeleinspeisung als Produkt einer überkommenen
Medienordnung?**

Dieses Werk ist unter einem Creative Commons Lizenzvertrag lizenziert:
Namensnennung – Keine kommerzielle Nutzung – Keine Bearbeitung 4.0 International
Um die Bedingungen der Lizenz einzusehen, folgen Sie bitte dem Hyperlink:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Online veröffentlicht auf dem
Publikationsserver der Universität Potsdam:
URN urn:nbn:de:kobv:517-opus4-77662
<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:517-opus4-77662>

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	10
Kapitel 1: Bestandsaufnahme – Die tatsächlichen Rahmenbedingungen der Kabelbelegung	14
A. Digitalisierung und Medienkonvergenz.....	14
I. Die Digitalisierung der Signalproduktion und -distribution	14
II. Das Phänomen der (Medien-)Konvergenz	16
B. „Königsweg“ Breitbandkabel – Entwicklung und Struktur.....	19
C. Die Kontrahenten im Kampf um das digitale Breitbandkabel	23
I. Das Angebotsspektrum	23
1. Fernseh- und Hörfunkangebote	23
2. Audiovisuelle Angebote im Internet	24
3. Individualkommunikative Dienste ohne Inhaltsbezug.....	25
II. Die rechtliche Einordnung der über Kabel angebotenen Dienste.....	25
1. Rundfunk	26
a. Der Rundfunkbegriff des Grundgesetzes.....	27
b. Der einfachgesetzliche Rundfunkbegriff.....	31
2. „Telemedien“ als Oberbegriff sonstiger Kommunikationsdienste.....	35
3. Fazit und praktische Einordnung.....	38
Kapitel 2: Die Vorgaben für die Kabelnutzung durch das Wettbewerbsrecht	41
A. Doppelte Relevanz der Kabelbelegung in rechtlicher Hinsicht.....	41
B. Nutzungsvorgaben für das Breitbandkabelnetz durch das TKG?	42
I. Die Überwindung der „dienenden“ Funktion unter Beibehaltung rundfunkrechtlicher Neutralität der Telekommunikation.....	43
II. Nutzungsvorgaben durch die Frequenzverwaltung nach dem TKG	44
1. Anwendbarkeit des TKG auf Breitbandkabelnetze	45
2. Frequenznutzungsvorgaben für Breitbandkabelnetzbetreiber.....	47
a. Anwendbarkeit der Frequenzordnung auf Breitbandkabelnetze	48
i. Anwendbarkeit der Frequenzbereichszuweisung	48
ii. Anwendbarkeit des Frequenznutzungsplans	49
iii. Anwendbarkeit der Frequenzzuteilung	49
iv. Zwischenergebnis	50
b. Vorgaben der Frequenzordnung für das Verhältnis Rundfunk/Telemedien?.....	50
i. Telekommunikationsrechtliches Rundfunkprivileg?.....	50
ii. Sonderfall Breitbandkabelnetze: Das Prinzip freizügiger Nutzung	52
(1) Nebenbestimmung 30 (NB 30)	52
(2) SchuTSEV	54

(3) Kein Widmungszwang für den Bund qua Art. 87f GG.....	55
(4) Zwischenergebnis.....	58
III. Relevanz der Dienstekategorien im Rahmen von Zugangsansprüchen?	58
1. Einspeisemärkte als Gegenstand der TK-Regulierung.....	59
2. Fehlende Aktivlegitimation von Inhaltenanbietern im Rahmen von § 21 TKG	62
3. Schutzzweck des TKG: Funktionierender Wettbewerb	63
a. Inhaltsneutrale Zielsetzungen des TKG.....	63
b. Begegnung von Missbrauchsgefahren aufgrund vertikaler Integration	66
IV. Fazit.....	68
C. Nutzungsvorgaben für das Breitbandkabelnetz durch das GWB?	68
I. Die relevanten Zugangsansprüche des GWB	69
1. Zugangsanspruch nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB	69
2. Zugangsanspruch nach § 20 GWB.....	71
a. § 20 Abs. 1 GWB.....	72
b. § 20 Abs. 2 GWB	73
II. Fehlendes kommunikatives Steuerungspotenzial.....	74
1. Verhältnis des GWB zum Rundfunk- und Telekommunikationsrecht	74
a. Verhältnis zum Rundfunkrecht.....	74
b. Verhältnis zum Telekommunikationsrecht.....	76
c. Zwischenergebnis	78
2. Dienstespezifische Differenzierung als Marktmachtmissbrauch?	78
a. Nichtbestehen eines Kapazitätsengpass.....	79
b. Bestehen eines Kapazitätsengpasses	79
c. Zwischenergebnis	81
III. Fazit.....	81
D. Zusammenfassung	81

Kapitel 3: Rundfunkrechtliche Vorgaben der Kabelbelegung – Die Plattformregulierung des RStV

83

A. Der Anbieter einer Plattform als Regelungsadressat der §§ 52 ff. RStV	84
I. Die Legaldefinition des Plattformanbieters in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV.....	84
1. Angebotszusammenfassung auf digitalen Übertragungskapazitäten / Datenströmen.....	85
2. Zusammenfassung und Zugänglichmachung als Gesamtangebot.....	86
a. Regelungszweck	86
i. Abgrenzung zum Telekommunikationsanbieter.....	86
ii. Abgrenzung zum Rundfunkveranstalter.....	87
b. Exkurs: Die Geschäftsmodelle der Kabelnetzbetreiber im digitalen Zeitalter	88
i. Der Ursprung: Das Transportmodell	88
ii. Übergang zum Vermarktungsmodell	89
iii. Das Vergütungsmodell.....	90
iv. Triple Play	91

v.	Zusammenfassung	92
c.	Plattformanbieter ohne Infrastrukturkontrolle	92
d.	Entscheidung über die Auswahl für die Zusammenstellung	95
e.	Zwischenergebnis	96
II.	Privilegierte Plattformen und Netzneutralität	99
1.	Das Prinzip der Netzneutralität	101
2.	Bedeutung für den Rundfunkbereich	102
3.	Stellungnahme	102
III.	Fazit zum Anwendungsbereich der Plattformregulierung	103
B.	Vorgaben des Plattformregimes für den Kampf um das Breitbandkabel.....	104
I.	Europarechtliche Vorgaben bei der Plattformbelegung.....	104
1.	Die Vorgaben des Primärrechts.....	105
a.	Art. 10 EMRK	105
b.	Vorgaben des Primärrechts der Europäischen Union.....	106
i.	Dienstleistungsfreiheit und nationale Kabelbelegungsvorschriften	107
ii.	Rechtfertigung von Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit	108
iii.	Anwendung auf Übertragungsverpflichtungen	109
iv.	Zwischenergebnis	110
2.	Die Vorgaben des Sekundärrechts	110
a.	Die Rahmen- und Universaldienstrichtlinie	110
i.	Art. 31 UDRL	111
ii.	Zulässigkeit der Vollbelegung des analogen Kabels	113
iii.	Übertragbarkeit auf digitale Kabelbelegung	115
b.	Die Zugangsrichtlinie	115
3.	Zusammenfassung	116
II.	Verfassungsrechtliche Vorgaben bei der Ausgestaltung der Plattformbelegung	116
1.	Die verfassungsrechtlichen Positionen der Plattform- bzw. Kabelnetzbetreiber	118
a.	Die Wirtschaftsfreiheiten (Art. 12, 14 GG)	118
i.	Art. 14 GG: Schutz des Netzeigentums	118
ii.	Art. 12 GG: Schutz des unternehmerischen Netzbetriebs	120
b.	Der Kabelnetzbetreiber als Träger der Rundfunkfreiheit	121
i.	Das Transportmodell	121
ii.	Das Vermarktungsmodell	123
c.	Zwischenergebnis	123
2.	Bedeutung der objektiv-rechtlichen Komponente der Rundfunkfreiheit	124
a.	Limitierung der Netzbetreiberfreiheiten durch die Rundfunkfreiheit	124
b.	Das Verhältnis von Rundfunk im engeren Sinne und sonstigen Diensten	126
3.	Einfluss der Informationsfreiheit der Rezipienten	128
4.	Ausgleich der kollidierenden Verfassungspositionen	131
a.	Notwendigkeit des Ausgleichs konfligierender Rechtspositionen	131
b.	Herbeiführung praktischer Konkordanz	133

i.	Rundfunkfreiheit und Eigentumsfreiheit	133
ii.	Rundfunkfreiheit und Berufsfreiheit	135
5.	Fazit	136
III.	Historie: Von der analogen Kabelbelegung zur digitalen Plattformbelegung	137
1.	Grundsätze analoger Kabelbelegung	137
2.	Das Verhältnis von Rundfunk und Telemedien im analogen Kabel	139
3.	Die digitale Kabelbelegung als Vorbote der Plattformbelegung	140
IV.	Das Belegungsregime des § 52b RStV im Einzelnen	141
1.	Überblick über die Belegungsvorgaben für Plattformen	141
2.	Anwendungsbereich der Plattform – insbesondere Widmungsfrage	142
a.	Widmungsrecht des Plattformanbieters (Übertragungstechnik)	144
i.	<i>De lege lata</i> : Entscheidungshoheit des Netzbetreibers	144
(1)	Beschränkung der Entscheidungsfreiheit durch § 52b RStV?	145
(2)	Digitalisierungszwang am Beispiel von § 4 Abs. 6 SächsPRG?	146
(3)	Digitalisierungszwang am Beispiel von § 39 Abs. 1 Nr. 2 MStV BB?	146
ii.	Mögliche Zwangsdigitalisierung <i>de lege feranda</i> ?	147
b.	Widmungsrecht des Plattformanbieters (übertragene Inhalte)	148
i.	Widmungszwang qua RStV?	149
ii.	Widmungszwang qua sonstigen Landesrechts?	150
c.	Umwidmungsrecht?	153
d.	Zwischenergebnis	154
3.	Systematik des Belegungstatbestands	154
4.	Erste Stufe: Der Must-Carry-Bereich	156
a.	Privilegierte Angebote	156
i.	Der öffentlich-rechtliche Rundfunk	156
ii.	Private Programme mit Regionalfenstern	158
iii.	Regionale und lokale Angebote sowie Offene Kanäle	158
iv.	Zwischenergebnis	159
b.	Quantitative Vorgaben	160
c.	Kein Must-Carry-Anspruch auf <i>unentgeltlich</i> Einspeisung	163
i.	Ausgangspunkt: Grundsatz der Entgeltlichkeit der Kabeleinspeisung	164
ii.	Einfachgesetzliche Auslegungs bestätigt Entgeltlichkeit der Einspeisungsleistung	165
iii.	Verfassungsrechtliche Betrachtung	166
iv.	Europarechtliche Betrachtung: Art 31 UDRL	168
v.	Konsequenz I: Einspeisungsverweigerung durch Netzbetreiber	168
vi.	Konsequenz II: Durchsetzung eines Zahlungsanspruchs	170
d.	Zusammenfassung	171
5.	Zweite Stufe: Der Can-Carry-Bereich	172
a.	Quantitative Vorgaben	173
b.	Inhaltliche Vorgaben bei der Auswahl zwischen Fernsehprogrammen	175
i.	Ausgangspunkt: Chancengleicher Zugang privater Anbieter	175

ii.	Einbeziehung der Zuschauerinteressen	176
iii.	Vielzahl von Programmveranstaltern	177
iv.	Berücksichtigung verschiedener Programmkategorien	178
v.	Zusammenfassung	180
c.	Angemessene Berücksichtigung vergleichbarer Telemedien und Teleshoppingkanäle	180
i.	Erfasste Dienste	181
ii.	Umfang der Berücksichtigungspflicht	183
iii.	Zwischenergebnis	187
6.	Dritte Stufe: Non-Must-Carry-Bereich	187
7.	Anpassungen im Falle von Kapazitätsknappheiten	189
a.	Vorrang des öffentlich-rechtlichen Rundfunks	189
b.	Verhältnis von Can-Carry- und Non-Must-Carry-Bereich	190
c.	Berücksichtigung von Telemedien und Teleshoppingkanälen	191
C.	Fazit.....	192

Kapitel 4: Das Stufenverhältnis von Rundfunk und Telemedien im Kabel als Produkt einer überkommenen Medienordnung..... 193

A.	Massenmedien, die (bisherige) Sondersituation des Rundfunks und ihre Folgen.....	195
I.	Die staatstragende Funktion von Massenmedien in der (Medien-)Demokratie	195
II.	Die bisherige Sondersituation des Rundfunks im Gefüge der Massenmedien.....	198
1.	Publizistische Sondersituation des Rundfunks bzw. Wirkmächtigkeit	198
2.	Finanzieller Aufwand bei der Veranstaltung von Rundfunk.....	200
3.	Frequenzknappheit bzw. technische Sondersituation.....	200
III.	Zielvorgabe der Rundfunkfreiheit: Meinungsvielfalt	201
1.	Die Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit	202
a.	Das Konzept der dienenden Freiheit.....	202
b.	Die Kritik am Konzept der dienenden Freiheit	204
2.	Schaffung einer positiven Ordnung als Ausgestaltungsaufgabe des Gesetzgebers	207
a.	Erfordernis einer positiven Ordnung des Rundfunks	207
b.	Die Ausgestaltungsverpflichtung des Gesetzgebers.....	208
c.	Verfassungsrechtliche Vorgaben bei der Wahrnehmung der Ausgestaltungsaufgabe	211
d.	Zielvorgabe: Gewährleistung materieller Vielfalt.....	211
i.	Annäherung an den materiellen Vielfaltsbegriff.....	214
ii.	Inhaltliche Konkretisierung von Meinungsvielfalt in der Literatur	216
(1)	Öffentlich-rechtlich geprägte Konzepte	217
(2)	Privatrechtlich konnotierte Interpretationsansätze	218
(3)	Modelle der rechtswissenschaftlichen Literatur.....	219
iii.	Maßgebliche Perspektive bei der Bestimmung von Vielfalt.....	220
iv.	Zusammenfassende Bewertung	223
3.	Formell-konzeptionelle Ausgestaltung der Rundfunkordnung: Pluralitätskonzepte	224
a.	Rundfunk als ordinäres Wirtschaftsgut?.....	225

b.	Interne vs. externe Vielfaltssicherung	227
i.	Interne Vielfaltssicherung: Der Binnenpluralismus	228
ii.	Externe Vielfaltssicherung: Der Außenpluralismus	231
c.	Das duale System als Rundfunkorganisationsmodell <i>de lege lata</i>	233
i.	Das Konzept des dualen Systems	233
ii.	Die Akteure des dualen Systems: Rundfunk \neq Rundfunk	237
d.	Bewertung	238
i.	Der Binnenpluralismus	238
(1)	Materieller Pluralismus vs. Organisationspluralismus	239
(2)	Binnenpluralismus vs. Staatsfreiheit	240
(3)	Public Value des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Legitimationsgrundlage	242
ii.	Der Außenpluralismus	245
iii.	Das duale System vs. Qualitätssicherung durch öffentlich-rechtlichen Rundfunk	247
e.	Zusammenfassung	251
	B. Veränderung der tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen der Medienordnung	252
I.	Vergegenwärtigung der normativen Relevanz der tatsächlichen Verhältnisse im Rundfunkbereich	252
II.	Konvergenzbedingter Wegfall der Sondersituation?	254
1.	Wesentliche Konvergenzaspekte	254
2.	Bedeutung dieser Entwicklung für die Sondersituationsdogmatik	255
a.	Wegfall der finanziellen und technischen Sondersituation	255
b.	Wirkmächtigkeit: Vergleich klassischen Rundfunks mit Telemedien	256
i.	Aktualität	258
ii.	Suggestivkraft	258
iii.	Breitenwirkung bzw. Mediennutzung	259
(1)	Verbreitungsgrad (Theoretische Breitenwirkung)	260
(2)	Nutzungsverhalten (tatsächliche Breitenwirkung)	261
iv.	Linearität	263
v.	Strukturelle Balance zwischen den Kommunikationsbeteiligten	265
(1)	Prinzipal-Agent-Theorie im klassischen Rundfunk	265
(2)	Überwindung der Informationsasymmetrie im Zeitalter der Telemedien?	268
(a)	Selektivität	268
(b)	Partizipationsmöglichkeiten und Interaktivität	269
(c)	Zwischenergebnis	270
vi.	Fazit zum Wirkmächtigkeitsvergleich von Rundfunk und Telemedien	271
c.	Überwindung des (Meinungs-)Marktversagens?	272
i.	Das „Long Tail“-Phänomen oder die Ausdifferenzierung des Angebots	272
ii.	Vielfaltsgewährleistung durch unbeschränkte Angebotsvielfzahl?	274
iii.	Vielfaltsgefährdung durch Angebotsvielfzahl?	276
iv.	Relevanz publizistischer Tätigkeiten	277

v. Zwischenergebnis	278
d. Fazit zum Einfluss der Konvergenz auf die Sondersituation des Rundfunks	278
III. Die Irrelevanz des (teilweisen) Wegfalls der Sondersituation für die jüngere Rechtsprechung des BVerfG	279
IV. Bewertung des bundesverfassungsgerichtlichen Konzepts und Skizzierung einer alternativen Medienordnung	282
1. Ausgangspunkte einer künftigen Medienordnung	285
a. Intermediale Betrachtungsweise und Primat des Außenpluralismus	285
i. Funktionales Verständnis der Rundfunkfreiheit	287
ii. Bestands- und Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks	288
iii. Informationsfreiheit der Rezipienten	289
iv. Vielfaltsgefahren trotz Vielfalt	290
v. Keine Nivellierung sämtlicher Regulierungsunterschiede	291
b. Abkehr von der dienenden Funktion des Rundfunks und der Rundfunkfreiheit	292
c. Beibehaltung und Anpassung des „Metaprinzips Meinungsvielfalt“	294
d. Die unterschiedlichen Rollen der Akteure	296
i. Die privaten Anbieter	296
ii. Die öffentlich-rechtlichen Anbieter	298
(1) Konkretisierung des öffentlich-rechtlichen Funktionsauftrags	298
(2) Umfang des Versorgungsauftrags	299
(3) Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Angebots	302
e. Fazit zu den Grundlinien einer zukünftigen Medienordnung	302
2. Gemeinschaftskonformität der Rundfunkordnung	303
a. Subjektiv-rechtliches Verständnis einer europäischen Rundfunk- bzw. Medienfreiheit nach Art. 10 EMRK und Art. 11 GRCh	304
i. Die europäische Rundfunkfreiheit des Art. 10 EMRK	304
ii. Art. 11 der EU-Grundrechtecharta	305
iii. Zwischenergebnis	306
b. Wirtschaftliche Perspektive des AEUV	307
i. Keine „Kulturkompetenz“ der Union qua Art. 167 AEUV	308
ii. Rundfunk ist unionsrechtliche ausschließlich Wirtschaftsgut	308
iii. Unionsrechtliches Rundfunkverständnis	309
c. Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks	310
d. Medienübergreifende, technologieneutrale Sichtweise	311
e. Zwischenergebnis	312
C. Fazit zum 4. Kapitel	313
Kapitel 5: Die Konsequenzen für die Plattform- und Kabelbelegung	316
A. § 52b RStV: Limitierung auf öffentlich-rechtliche Must-Carry-Programme	316
I. Öffentlich-rechtliche Angebote behalten Must-Carry-Privileg	316
II. Kein Einspeiseprivileg für privaten Rundfunk	318

III.	Berücksichtigung sonstiger Angebote im Must-Carry-Bereich?	319
1.	Regionale und lokale Angebote	319
2.	Erweiterung des Must-Carry-Bereichs im Dienste der Netzneutralität?.....	320
a.	Konzept.....	320
b.	Stellungnahme	320
IV.	Beibehaltung der Kapazitätsobergrenze.....	322
V.	Abschaffung des Can-Carry-Bereichs.....	323
VI.	Zwischenergebnis	325
B.	Im Übrigen: Freizügige Frequenznutzung in den Grenzen des Wettbewerbsrechts .	325
I.	Überwindung der dienenden Funktion der Telekommunikation.....	325
II.	Wettbewerbsrecht als Grenze der Belegungsfreiheit.....	327
	Literaturverzeichnis	329

Einleitung

Ein Kampf ist die Auseinandersetzung zwischen rivalisierenden Parteien, deren Ziel es ist, einen eigenen Vorteil zu erreichen oder dem Gegner einen Nachteil zuzufügen. Eine Vielzahl solcher Auseinandersetzungen findet sich beim Zugang von Inhalte- und Diensteanbietern zum Breitbandkabelnetz. Der Kampf um Übertragungskapazitäten im Breitbandkabel ist in erster Linie dadurch geprägt, dass die Beteiligten um den Zugang zu Übertragungskapazitäten als zwingende Voraussetzung der Verbreitung ihrer Inhalte konkurrieren. Ohne eine Übertragung ihrer Angebote sind die Inhalte- und Diensteanbieter in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht. Weitere Schauplätze für Auseinandersetzungen folgen hieraus und betreffen die Fragen der Entgeltlichkeit der Einspeisung von Must-Carry-Programmen¹, einer Zwangsdigitalisierung des Übertragungswegs Breitbandkabel² oder die Gewährleistung der sog. Netzneutralität auf diesem Übertragungsweg durch das Rundfunkrecht.

Kämpfe sind nicht selten von Regeln geprägt, die den Kontrahenten Grenzen in der Wahl ihrer Mittel setzen. Während militärische Auseinandersetzungen durch das Kriegsvölkerrecht bestimmten Regularien unterworfen werden (*ius in bello*), laufen sportliche Wettkämpfe in Übereinstimmung mit den Regeln des den jeweiligen Wettkampf ausrichtenden Veranstalters ab. Schließlich finden sich mannigfach und über verschiedenste Rechtsbereiche verstreut Gesetze und Verordnungen, die die Reglementierung zugangstechnischer Konkurrenzsituationen zum Gegenstand haben. In diesem Sinne existieren auch für den Kampf um das Breitbandkabel bestimmte gesetzliche „Spielregeln“, die den Zugang zu diesem Übertragungsweg regulieren und die am Verteilungskampf Beteiligten adressieren.

Aus der besonderen Eigenart des Verteilungskampfes um Übertragungskapazitäten folgt die zwangsläufige Mehrdimensionalität des diesen Sachverhalt betreffenden Regulierungsregimes. Der Zugang zu Übertragungskapazitäten wie dem Breitbandkabel weist zunächst Aspekte der Technikregulierung auf. Diese betrifft den Zugang zur nach wie vor limitierten Ressource Breitbandkabel. Zwar sind durch die Digitalisierung Effizienzgewinne bei der Frequenznutzung eingetreten, diese werden jedoch durch produktionstechnische, kapazitätstensive Innovationen wie HD-TV und 3-D aufgezehrt wenn nicht sogar umgekehrt. Hinzu kommt, dass die Rundfunkveranstalter im Interesse einer möglichst hohen Reichweite auf einer gleichzeitigen Verbreitung in analoger und digitaler Technik („*Simulcast*“), mitunter auch in HD-TV („*Trimulcast*“) bestehen. Schließlich beansprucht die Vielzahl neuartiger di-

¹ Vgl. dazu unten Kap. 3, B.IV.4.c.

² Vgl. dazu unten Kap. 3, B.IV.2.

gitaler Anwendungen, die via Kabeltechnik verwendet werden können und folglich um Bandbreite konkurrieren, etwa breitbandiges Internet, einen Kapazitätsbedarf, der mit demjenigen eines analogen Kanals vergleichbar ist. Es lässt sich dementsprechend konstatieren, dass es weiterhin bei einer gewissen Frequenzknappheit im digitalen Kabel verbleibt, mag diese auch nicht den Grad derjenigen im analogen Bereich erreichen bzw. durch effektives Management der Datenströme flexibler handhabbar sein.

Die Technikregulierung stellt das Übertragungsnetz in den Mittelpunkt der Betrachtung; sie legt eine netz- bzw. infrastrukturbezogene Perspektive zugrunde. Der Zugang zu den Übertragungskapazitäten weist darüber hinaus inhaltliche Bezüge auf. Denn ohne entsprechende Inhalte ist ein Übertragungsnetz aus Rezipientensicht uninteressant, es ließe sich nicht wirtschaftlich betreiben. Damit hat die Zugangsregulierung zum Breitbandkabelnetz auch inhaltlichen Gesichtspunkten Rechnung zu tragen. Sie stellt somit die Schnittstelle von Technik- und Inhaltereulierung dar. Daraus folgt auch die Mehrdimensionalität im Hinblick auf die Regelungsadressaten. Zugangsregelungen betreffen zunächst die Netzbetreiber, indem sie diesen ggf. Übertragungspflichten auferlegen. Gleichzeitig tangieren sie aber auch die Rechtspositionen von Inhalte- und Diensteanbieter, indem sie diese beispielsweise entweder im Rahmen des Zugangs privilegieren oder auch – im Verhältnis zu anderen, privilegierten Anbietern – nur nachrangig berücksichtigen.

Es lässt sich mithin bereits vorab konstatieren, dass sich der Kampf um das Breitbandkabel nicht zwischen zwei sich gegenüberstehenden Kontrahenten abspielt, sondern durch ein mehrdimensionales Beziehungsgeflecht einer Vielzahl von Beteiligten gekennzeichnet ist. Es lassen sich in diesem Kampf nach den von ihnen verfolgten Interessen mindestens³ drei verschiedene Gruppen von Beteiligten unterscheiden: die Inhalteanbieter, die Netzbetreiber, die Nutzer. Dies bedeutet indes nicht, dass es zwischen den Beteiligten innerhalb einer dieser Gruppen keine Konkurrenzsituation gäbe. Gerade innerhalb der Gruppe der Inhalteanbieter, die sich rechtlich nochmals in verschiedene Untergruppen – Rundfunkanbieter, Anbieter von Telemedien, Telekommunikationsanbieter⁴ – aufgliedern lassen, spielt sich der eigentliche Kampf ums Breitbandkabel ab. Denn es sind die Anbieter dieser Dienste, die um einen Platz im Kabel konkurrieren. Die Netzbetreiber sind an diesem Kampf beteiligt, weil sie, soviel darf vorweggenommen werden, jedenfalls bezogen auf das digitalisierte Kabelnetz und das

³ Erweitert man den Kreis um diejenigen, die wenigstens mittelbar in diesem Kampf partizipieren, lässt sich eine Vielzahl weiterer Interessengruppen finden. Zu diesen zählen etwa die Anbieter digitaler Dienstleistungen, sofern diese nicht bereits durch die Netzbetreiber selbst angeboten werden.

⁴ Bei diesen handelt es sich nicht um Inhalteanbieter im engeren Sinne. Allerdings beanspruchen auch die von ihnen angebotenen Telekommunikationsleistungen Übertragungskapazitäten im Kabel, sodass sie in dieser Hinsicht mit den eigentlichen Inhalteanbietern gleichgestellt werden können.

Gros der Inhaltenanbieter, darüber befinden, wem sie Kapazitäten in ihren Netzen zur Verfügung stellen.⁵ Bei den Nutzern schließlich handelt es sich um die Gruppe, auf die sich das Ergebnis des Kampfes um Übertragungskapazitäten unmittelbar auswirkt. Denn nur die im Kampf obsiegenden Angebote gelangen bis zur „Kabeldose“ der Zuschauer und damit auf den Bildschirm ihrer Empfangsgeräte.

Neben der Mehrdimensionalität der Zugangsregulierung ist schließlich eine zeitliche Komponente zu berücksichtigen. In kaum einem Rechtsgebiet ist der zugrundeliegende Lebenssachverhalt so rapiden – tatsächlichen und rechtlichen – Veränderungen ausgesetzt wie im technologiegetriebenen Medienrecht. Dies gilt auch und vor allem für den Bereich der Kabelregulierung.⁶ Der sich immer schneller vollziehende technische Wandel führt dazu, dass die gestern noch aktuellen gesetzlichen Regelungen schon morgen überholt sein können. Hieraus resultiert die Notwendigkeit, die existierenden Normen und Regelungsansätze regelmäßigen Überprüfungen zu unterziehen, um festzustellen, inwieweit diese den tatsächlichen Umständen noch gerecht werden.⁷ Die Regulierungsbehörden versuchen dem mit einem proaktiveren Regulierungsansatz gerecht zu werden, wie sich etwa am Aufgreifen der Netzneutralitätsdebatte durch die Landesmedienanstalten im Zusammenhang mit der Plattformregulierung erkennen lässt.⁸

Dies vorausgeschickt, nimmt die Untersuchung den folgenden Gang: Das nachfolgende Kapitel soll einer tatsächlichen Bestandsaufnahme dienen. Neben den medientatsächlichen Veränderungen, die mit den Begriffen Digitalisierung und Konvergenz bezeichnet werden, soll das Breitbandkabel als Übertragungsweg und die darüber verfügbaren Dienste kurz beschrieben und letztere einer rechtlichen Einordnung zugeführt werden. Gegenstand des zweiten Kapitels soll die wettbewerbsrechtliche Regulierung der Zugangsproblematik sein, bevor im dritten Kapitel die rundfunkrechtliche Kabel- und Plattformregulierung untersucht wird, die – soviel sei an dieser Stelle vorausgeschickt – maßgeblichen Einfluss auf das Verhältnis von Rundfunk und sonstigen kommunikativen Diensten beim Zugang zum Breitbandkabel und den sich daran anknüpfenden Folgefragen entfaltet. Wie sich zeigen wird, geht die rundfunkrechtliche Zugangsregulierung hinsichtlich ihrer Regelungsintensität signifikant über diejenige des Wettbewerbsrechts hinaus, indem sie eine grundsätzliche Privilegierung des

⁵ Vor diesem Hintergrund erklärt sich die derzeitige Drohung des größten Kabelnetzbetreibers, Kabel Deutschland, die Einspeisung der öffentlich-rechtlichen Angebote einzustellen, sofern sich die Rundfunkanstalten weigern sollten, hierfür Einspeiseentgelte zu entrichten: vgl. unten Kap. 3, B.IV.4.c.

⁶ Zum Begriff der „Regulierung“ vgl. *Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f, Rn. 88 (Fn. 283) m. w. N.

⁷ Vgl. dazu Broemel, ZUM 2012, 866: „Insbesondere in dynamischen Bereichen wie bestimmten Telekommunikations- oder Medienmärkten steht der Gesetzgeber latent unter Verdacht, der zumeist kaum vorhersehbaren technischen und ökonomischen Entwicklung permanent hinterherzuhinken.“

⁸ Vgl. dazu unten Kap. 3, A.II.

Rundfunks gegenüber sonstigen Kommunikationsdiensten statuiert. Angesichts dieses Befundes gilt es im vierten und fünften Kapitel – dem Schwerpunkt dieser Arbeit – zu untersuchen, ob sich dieses rundfunkrechtliche Regulierungsregime, mitsamt seinen Konsequenzen, angesichts einer konvergenzbedingten „*Entlinearisierung des Fernsehens*“⁹ noch als zeitgemäß erweist, wobei dieser Aspekt grundlegende Fragen der deutschen Medienordnung tangiert: Inwieweit kann Rundfunk dem Wettbewerb überlassen werden bzw. bedarf er auch im Lichte der Konvergenz weiterhin einer Sonderregulierung? Ist die rundfunkzentrierte Sichtweise angesichts der zunehmenden Rezipientensouveränität zu überdenken? Das fünfte Kapitel dient einer Zusammenfassung der aus der nach hiesiger Ansicht notwendigen Neuausrichtung der Medienordnung folgenden Konsequenzen auf die Regulierung des Kampfes um das Breitbandkabel zwischen Rundfunk und sonstigen Diensten bei der Einspeisung.

⁹ *ALM*, Jahrbuch 2010, 102

Kapitel 1: Bestandsaufnahme – Die tatsächlichen Rahmenbedingungen der Kabelbelegung

Gegenstand dieser Arbeit ist ein Verteilungskampf. Im Zentrum des hier behandelten Verteilungskampfes steht das Breitbandkabelnetz als Übertragungsweg für Rundfunk- und sonstige audiovisuelle Inhalte. Diese Inhalte benötigen einen Platz auf diesem Übertragungsweg, um einen Großteil der Bevölkerung überhaupt erreichen zu können. Dementsprechend spielt sich der Verteilungskampf primär zwischen den Anbietern dieser Inhalte ab. Dieser Verteilungskampf ist Gegenstand verschiedener rechtlicher Regulierungsregime. Bevor die unterschiedlichen Rechtsregime, die diesen Verteilungskampf zum Gegenstand haben einer Untersuchung unterzogen werden sollen, sind in einem ersten Schritt die tatsächlichen Rahmenbedingungen dieses Verteilungskampfes überblicksartig abzustecken. Als Ausgangspunkt dessen drängen sich die medientatsächlichen Entwicklungsprozesse der Digitalisierung und damit einhergehenden medialen Konvergenzentwicklungen auf. Daran anschließend folgt eine Beschreibung des Breitbandkabels als dem maßgeblichen Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit. Abschließend erfolgt eine Betrachtung der im Breitbandkabel vorzufindenden Dienste und ihre rechtliche Verortung innerhalb der Kategorien des deutschen (Medien-)Rechts.

A. Digitalisierung und Medienkonvergenz

Die Prozesse der Digitalisierung und medialen Konvergenz sind das tatsächliche Fundament der in dieser Arbeit untersuchten Rechtsprobleme. Sie sind vielfach und in unterschiedlichen Disziplinen beschrieben worden. Daher soll sich ihre nachfolgende Beschreibung auf einen grundsätzlichen Überblick über diejenigen Aspekte beschränken, die für den Gegenstand dieser Arbeit von besonderer Bedeutung sind.

I. Die Digitalisierung der Signalproduktion und -distribution

Der schillernde Begriff der Digitalisierung beschreibt den in Deutschland in den neunziger Jahren politisch forcierten medientatsächlichen Prozess der veränderten Signalproduktion, der eine Plattformregulierung im RStV erst erforderlich machte.¹⁰ Es geht um den Übergang von der Rundfunkverbreitung mittels elektromagnetischer Schwingungen hin zu einer Programmverbreitung in Form digitaler Datenströme, die auf binären Codes der Zahlen 0 und 1 basieren („Bits“). Auf diese Weise können sämtliche Informationen, unabhängig davon ob es sich um

¹⁰ Ausführlich zum Ganzen aus technischem Blickwinkel vgl. *Karstens, Fernsehen digital, passim.*

Bilder, Töne, Videos oder Texte handelt, über ein und dasselbe (digitalisierte) Netz verteilt werden.¹¹ Dazu werden die zu übermittelnden Daten zunächst komprimiert und reduziert; übertragen werden sie sodann in sog. Multiplexen.¹² In diesen Datencontainern ist den einzelnen Inhalten eine variable Datenrate zugewiesen.¹³ Multiplexing und Einspeisung entscheiden damit darüber, welche Angebote letztendlich den Nutzer erreichen.¹⁴ Das Multiplexing kann einmalig für den gesamten Sendevorgang vorgenommen werden; es können aber auch weitere Payout- bzw. Multiplexing-Center in die Übertragungskette integriert werden, die eine Neuzusammenstellung der Datencontainer auch mit anderen Diensten als Rundfunkprogrammen ermöglichen.¹⁵ Bei der Zusammenstellung der Containerinhalte kommt es bei der Distribution digitaler Rundfunksignale erstmals zu einem Konkurrenzproblem verschiedenen Dienstekategorien, da sich die Zusammenstellung der Pakete grundsätzlich auch bei der nachfolgenden Kabeleinspeisung fortsetzt.¹⁶

Im Ergebnis erlaubt die Digitalisierung aufgrund der verkleinerten Datenmengen grundsätzlich eine wesentlich effizientere Frequenznutzung¹⁷, deren kapazitätserweiternde Wirkung allerdings durch kapazitätsintensive produktionstechnische Fortschritte – HD-TV, 3D – sowie die Kabelnutzung für andere Arten telekommunikativer Dienste (Internetzugang, Telefonie) gezehrt wenn nicht sogar umgekehrt wird.¹⁸

¹¹ Vgl. Hesse, in: Schwarze/Hesse, Rundfunk im digitalen Zeitalter, 45 (46); Thierfelder, Zugangsfragen, 6.

¹² Zu der aufgrund der hierfür erforderlichen technischen Dienstleistungen (sog. Plattformdienstleistungen) erweiterten Wertschöpfungskette zwischen Inhaltproduzenten und Rezipient vgl. Abbildung 1 bei Christmann, ZUM 2009, 7 (8). Zu den weiteren hier nicht interessierenden Dienstleistungen in der „digitalen Welt“ (Set-Top Boxen, CA-Systeme, EPGs usw.) vgl. nur Hesse, ZUM 2000, 183; Weisser, ZUM 1997, 877 (878 ff.); Rinke, Zugangsfragen, 42 f. sowie Gersdorf, Chancengleicher Zugang, 74 ff.; ausführlich zu EPGs Hasebrink/Schröder/Stark, Elektronische Programmführung, *passim.*: zur zunehmenden Bedeutung von EPGs vgl. Grewenig, ZUM 2009, 15 (20); Weiss/Wood, ZUM 1998, 238 ff.

¹³ Vgl. Ladeur, MMR, 1999, 266 (269); ders. MMR 1999, 404 (405); zum Bitratenmanagement vgl. Holznagel/Kibele, in: Hoeren/Sieber, HB Multimedia-Recht, Rn. 89; Engel/Lüdemann, ZUM 2008, 904 (907).

¹⁴ Zur daraus resultierenden Regulierungsbedürftigkeit des Multiplexings vgl. Bartosch, ZUM 1998, 209 (216); Holznagel/Dörr/Hildebrand, Elektronische Medien, 110 f.; Thierfelder, Zugangsfragen, 157; Dörr/Janik/Zorn, Zugang, 6. Zur Problematik des sog. Spitzenlastausgleichs vgl. etwa Holznagel, MMR-Beil. 1998, 12 (13); Gersdorf, Regelungskompetenzen, 49 f.

¹⁵ Vgl. auch Ladeur, MMR 1999, 404 (405); Ory, AfP 1999, 132 (133).

¹⁶ Vgl. auch Hesse, in: Schwarze/Hesse, Rundfunk im digitalen Zeitalter, 45 (53); Holznagel, MMR 2000, 480 (483); Kuch, ZUM 2002, 248 (250), räumt der Zugangsregulierung für digitale Plattformen einen höheren Stellenwert ein als der Zulassungsregulierung in der analogen Welt.

¹⁷ Ein analoger Kanal (Frequenzspektrum: 8 MHz) ermöglicht Datenraten von bis zu 38 Mbit/s im digitalen Kabel. Dementsprechend können – je nach Übertragungsqualität – pro Kanal bis zu 10 digitale Fernsehprogramme verbreitet werden; vgl. Karstens, Fernsehen digital, 37 und 66 sowie Janik, in: Schwartmann, Praxis-HB Medienrecht, 132 (137). Je nach Stand des technischen Ausbaus im Kabel sind heute bis zu 16 digitale Streams auf einem analogen Kanal möglich; vgl. Dt. Kabelverband, Positionen zur Evaluierung der §§ 52 RStV, 9.; ferner Dörr/Janik/Zorn, Zugang, 4.

¹⁸ Vgl. statt vieler Spoerr/Luczak, ZUM 2010, 553; optimistischer noch Hahne, Kabelbelegung, 2. Ein HD-TV-Programm nimmt derzeit eine Datenrate von mindestens 10 Mbit/s in Anspruch (vgl. Gersdorf, Legitimation und Limitierung, 21).

II. Das Phänomen der (Medien-)Konvergenz

Der Begriff der (medialen) Konvergenz¹⁹ beschreibt das Verschmelzen vormals getrennter Medienkategorien.²⁰ Mediale Konvergenz ist mehrdimensional; sie betrifft gleichermaßen Übertragungsinfrastrukturen, Endgeräte, Inhalte sowie die Rolle des Mediennutzers; ferner zeitigt sie Auswirkungen auf die Ökonomie im Medienbereich. Sie betrifft den Kern dieser Arbeit, da sowohl die rundfunkrechtliche Plattformregulierung als auch die rechtliche Ordnung des Verhältnisses von Rundfunk und Telemedien genuin konvergenzbedingte Erscheinungen darstellen. Erst die verschwimmenden Grenzen individual- und massenkommunikativer Übertragungsnetze und Inhalte haben zum Erfordernis plattformübergreifender Normen geführt und bedingen, wie noch zu zeigen sein wird, zugleich ein Umdenken hinsichtlich der Verteilung von Übertragungskapazitäten zwischen Rundfunk und Telemedien. Während das Konvergenzphänomen in Bezug auf das Verhältnis Rundfunk/Telemedien an späterer Stelle²¹ untersucht werden soll, lassen sich hier bereits folgende allgemeine Facetten des Konvergenzprozesses festhalten:

- Die **Konvergenz der Übertragungsnetze** zu inhaltsneutralen Transportwegen auf der Basis des TCP/IP-Protokolls führt zu einer Überwindung der ursprünglichen Trennung von Individual- und Massenkommunikation und der akzessorischen Aufteilung der Übertragungswege hierfür.²² Medien (Bilder, Töne, Worte oder deren Kombination) können ohne Ansehen ihrer Erscheinungsbilder digital in sämtlichen Netzen übertragen werden; digitale Netze erlauben die parallele Nutzung von Internet, Telefonie, Rundfunk und sämtlichen Mischformen²³ und kombinieren verschiedene Prinzipien der Signaldistribution.²⁴ Die Implementierung eines Rückkanals in das Breitbandkabelnetz erlaubt dabei nicht nur eine individuellkommunikative Nutzung, sondern auch die Individualisierung des vormals genuin massenkom-

¹⁹ Vgl. das gleichnamige Grünbuch der Kommission (KOM [97] 623); hierzu *Bartosch*, ZUM 1998, 209 ff.

²⁰ Vgl. auch *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, Gutachten zum 64. DJT, Bd. 1, C 12ff, 134 f.; *Huber*, in: Picot/Bereczky/Freyberg, Triple Play, 9 (10), Zur Kritik an der Konvergenzdebatte als „Gemeinplatz der medienwissenschaftlichen Diskussion“ vgl. *Ladeur*, MMR 1998, 266.

²¹ Unten (Kap. 4, B.II.2.b.).

²² Vgl. dazu etwa auch *Bullinger*, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 193 (202 f.).

²³ Vgl. *Eberle*, CR 1996, 193; *Hoffmann-Riem*, Pay TV, 53; *Ders./Schulz/Held*, Konvergenz und Regulierung, 20; *Janik*, in: Schwartmann, Praxis-HB Medienrecht, 132 (140); *Ring*, WiVerw 1991, 91; *ders./Gummer*, ZUM 2007, 433.

²⁴ Gemeint sind *Broad-*, *Multi-* und *Unicasting*. *Broadcasting* ist das klassischem Rundfunk zugrundeliegende Prinzip der Signalverteilung in eine Richtung vom Sender zu unbestimmten Empfängern („Punkt-zu-Multipunkt“). *Multicasting* ist die Versendung von Inhalten an einen bestimmten Empfängerkreis, bspw. beim Pay-TV. *Unicast* ist die exklusive Verbindung zweier Teilnehmer zur gegenseitigen Kommunikation („Punkt-zu-Punkt“); ausführlich zum Ganzen *Karstens*, Fernsehen digital, 31 f.

munikativen Fernsehens.²⁵ Rundfunkveranstalter fürchten indes, Kapazitäten könnten zugunsten aus Netzbetreibersicht lukrativ erscheinender individualkommunikativer Angebote verloren gehen.²⁶

- Die **Konvergenz der Endgeräte** beschreibt das Verschmelzen von Fernseher, Computer und Telefon zur parallelen Nutzung verschiedener Kommunikationsformen. Sie zeigt sich in Multimedia-Computern und IP-TV²⁷, internetfähigen Fernsehern und sog. *Smartphones*.²⁸ Eine Weiterentwicklung stellt das sog. Smart TV bzw. Hybrid-TV dar.²⁹ Hierbei lässt sich mittels eines entsprechenden Fernsehgerätes auf das Internet und weitere Zusatzprogramme („Apps“) zugreifen, die soziale Netzwerke, Wettervorhersagen und Sender-Mediatheken auf den Fernseher holen.³⁰
- Gleichzeitig verlässt der Medienverbraucher durch die wachsende Interaktivität das enge Korsett von Programmplänen und damit seine passive Objektrolle im System klassischer Massenmedien und entwickelt sich zum Nutzer als individuell identifizierbaren Subjekt, der als „Prosument“ durch „*user generated content*“ sogar selbst aktiv-schöpfend tätig wird (**Konvergenz der Nutzung**).³¹ Insbesondere die jüngere Generation macht hiervon schon seit längerem Gebrauch.³² Im Rundfunk führt dies zu einer Versparung des Programmangebots und der Fragmentierung des Publikumsinteresses.³³

²⁵ Den Rückkanal als „*Königsweg des interaktiven Fernsehens*“ bezeichnend: *Karstens*, Fernsehen digital, 124. Ein Rückkanal nimmt die Frequenzbreite dreier analoger Rundfunkprogramme in Anspruch (vgl. *Wimmer*, ZUM 2002, 534 [535]).

²⁶ *Ricke*, Triple Play, 2; *Freyberg*, in: Picot/Bereczky/Ders., Triple Play, 13 (19). Von einem „*Einbruch der Individualkommunikation (Internet, Telefon) in einen traditionellen Übertragungsweg für Inhalte der Massenkommunikation (Rundfunk)*“ sprechen *Dörr/Janik/Zorn*, Zugang, 32 Fn. 136.

²⁷ Vgl. hierzu *Schneider*, in: GSDZ/ALM, Digitalisierungsbericht 2007, 24, der die Bedeutung von IP-TV für den Konvergenzprozess als „*Hochzeit von Netz und Glotze*“ beschreibt. Zur Funktionsweise von IP-TV siehe *Flatau*, ZUM 2007, 1 (2 ff.).

²⁸ Zur anfänglichen Skepsis gegenüber einer Endgerätekonvergenz vgl. etwa *Hoffmann-Riem/Schulz/Held*, Konvergenz und Regulierung, 20; *Ladeur*, RTKom 1999, 68 (69); unter Verweis auf das unterschiedliche Nutzungsverhalten im privaten Bereich *Dörr/Janik/Zorn*, Zugang, 32 sowie *Kibele*, Multimedia im Fernsehen, 31; ähnlich auch *Schoch*, JZ 2002, 798 (800).

²⁹ Vgl. dazu *Berger*, CR 2012, 306 (306 f.); *Schütz/Schreiber*, MMR 2012, 659 ff.; *Broemel*, ZUM 2012, 866 ff; *Boos*, MMR 2012, 364 ff.; *ALM*, Jahrbuch 2010, 25 ff.; *dies.*, Jahrbuch 2013/14, 27 f.; *KEK*, 13. Jahresbericht, 341; *Sjurts*, MW 2010, 32 (39); aus europäischer Sicht *Wagner*, ZUM 2011, 462 ff.

³⁰ Zur Realisierung eines integrierten Angebots von Medieninhalten ist der „*Hybrid-Broadcasting-Broadband-TV*“-Standard („*HbbTV*“) entwickelt worden (hierzu *Broemel*, ZUM 2012, 866 [875]; *ALM*, Jahrbuch 2010, 25 f., 51; *Seidl/Maisch*, K&R 2011, 11).

³¹ Vgl. auch *Holznagel/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 316; ferner *Schneider*, in: GSDZ/ALM, Digitalisierungsbericht 2007, 21 (21 f., 24 f.).

³² Vgl. dazu die Ergebnisse der ARD/ZDF-Onlinestudie, abgedruckt bei v. *Eimeren/Frees*, MP 2013. 358 (370).

³³ Hierzu bereits *Bullinger*, MMR 1984, 385 (387); vgl. auch *Weisser*, ZUM 1997, 877 (882); *Schoch*, VVdStRL 57 (1998), 158 (177); zur Diversifizierung medialer Angebote vgl. *Hoffmann-Riem/Schulz/Held*, Konvergenz

- Die Digitalisierung erlaubt aufgrund der Frequenzeffizienz nicht nur einen quantitativen Anstieg der verfügbaren Rundfunkprogramme, sie führt auch zu einer **Konvergenz der Dienstangebote** als der Kombination verschiedener Gattungen medialer Dienste, wie interaktivem Fernsehen, die massen- und individualkommunikative Aspekte in einem einzigen Dienst verbinden.³⁴
- Diese Entwicklungen führen schließlich zu **ökonomischer Konvergenz**, die sich durch ein Verschmelzen vormals getrennter Teil-Medienmärkte auszeichnet. Diese findet vertikal und horizontal statt³⁵: Während der horizontale Aspekt durch eine zunehmende Verzahnung verschiedener Branchen, wie etwa der Informationstechnologie, der Unterhaltungsindustrie, der Telekommunikationsindustrie sowie der Medienindustrie und dem Entstehen eines „*Multimediamarktes*“³⁶ gekennzeichnet ist, lässt sich die vertikale Konvergenz mit der sich zunehmend einstellenden Integration³⁷ der auf den verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette befindlichen Unternehmen beschreiben. Es entstehen vermehrt Unternehmen mit branchenübergreifender Struktur.³⁸ Insbesondere die Kabelnetzbetreiber entwickeln sich zu vertikal voll integrierten Dienstleistungsunternehmen, die auf allen Gliedern der Wertungskette, von der Inhalteproduktion über das Angebot technischer Dienstleistungen und der Übertragung der Inhalte bis hin zu Empfangsdienstleistungen und Kundenmanagement tätig sind.³⁹
- Aus den vorstehenden Entwicklungen wird überwiegend die Notwendigkeit einer **Konvergenz des Rechts** gefolgert. Dahinter verbirgt sich die Fragestellung, ob die

und Regulierung, 21; zu der daraus folgenden Aufmerksamkeitskonkurrenz insbesondere für den werbefinanzierten Rundfunk vgl. *Never*, Meinungsfreiheit, 156 ff. sowie ausführlich unten Kap. 4 B.II.2.c.

³⁴ Zu nennen seien an dieser Stelle etwa nur *Video-on-demand* oder auch Teleshopping-Angebote; vgl. *Biedenkopf*, in: Schwarze/Hesse, Rundfunk im digitalen Zeitalter, 67; *Castendyk/Knop*, in: v. Hartlieb/Schwarz, HB Filmrecht, 620 ff. Vgl. bereits die Einschätzung der Enquete-Kommission des Bundestages Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft, Schlussbericht v. 22.6.1998, BT-Dr. 13/11004, 12; kritisch zur inhaltlichen Konvergenz *Tettenborn*, in: Beck'scher IuKDG Kommentar, § 2, Rn. 41.

³⁵ Ebenso *Broß/Garbers*, in: Klumpp u. a., Medien, Ordnung und Innovation, 77 (78).

³⁶ So *Beese/Merkt*, MMR 2000, 532 (533); *Schoch*, JZ 2002, 798 (800).

³⁷ Vgl. instruktiv Europäische Kommission, Grünbuch zur Konvergenz, KOM (97) 623, 2, 7, 14 f.

³⁸ Man spricht insoweit von „*Cross-Media-Ownership*“. Vgl. zu diesem Problem aus medienkonzentrationsrechtlicher Sicht die viel beachtete Entscheidung der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) im Falle ProSiebenSat.1/Axel Springer, KEK 293-1 bis -5. Aus kartellrechtlicher Sicht: BKartA B6 – 103/05 und dazu etwa *Bohne*, WRP 2006, 540.

³⁹ Vgl. zu dieser Entwicklung auch *Hoffmann-Riem/Schulz/Held*, Konvergenz und Regulierung, 20. Zur vertikalen Integration von Netzbetreibern und Programmveranstaltern in den USA vgl. *Dt. Kabelverband*, Positionen zur Evaluierung der §§ 52 und 53 RStV, 5.

tatsächliche Entwicklung des Zusammenwachsens der Übertragungswege und Mediengattungen eine entsprechende Angleichung der Regulierungsvorschriften erfordert.⁴⁰ Diese Frage ist angesichts der bereits angesprochenen Aufgabe des Rechts, auch komplexe und sich verändernde Lebenssachverhalte einer adäquaten Regulierung zuzuführen, zu bejahen.⁴¹ Einschränkend lässt sich anmerken, dass eine Konvergenz des Rechts keine Naturgesetzlichkeit, sondern eine medienpolitische Reaktion der Parlamente darstellt.⁴² Im hiesigen Zusammenhang ist dabei vor allem fraglich, inwieweit die möglicherweise aufgrund medialer Angebotsvielfalt schwindende Bedeutung des klassischen Rundfunks noch eine rechtliche Sonderbehandlung gegenüber konkurrierenden Dienstetypen rechtfertigt. Mit anderen Worten, wie lange das gemeinwohlorientierte Rundfunkrecht noch erforderlich ist, um den Rundfunk und reflexiv den Meinungspluralismus vor privatwirtschaftlichem Gewinnmaximierungsstreben zu schützen. Dabei sind Lösungsmodelle denkbar, deren Bandbreite von der Wahrung des Status quo⁴³ rundfunkrechtlicher Privilegierung bis hin zu einer vollständig deregulierten und alleine der Marktentwicklung überantworteten Medienlandschaft – vergleichbar dem Pressewesen – reicht.

B. „Königsweg“ Breitbandkabel – Entwicklung und Struktur⁴⁴

Das im Fokus dieser Arbeit stehende Breitbandkabelnetz⁴⁵ zieht seine besondere Bedeutung für die Verbreitung von Rundfunkprogrammen und sonstigen multimedialen Diensten – neben seinem einmaligen Funktionsumfang – vor allem aus dem hohen Verbreitungsgrad.

⁴⁰ Hierzu ausführlich *Hoffmann-Riem/Schulz/Held*, Konvergenz und Regulierung, *passim*; *Zagouras*, Konvergenz und Kartellrecht, *passim*; *Holznagel*, NJW 2002, 2351. Zur Kritik an einem einseitig ökonomisch-technologischen Verständnis des Konvergenzprozesses vgl. Enquete-Kommission des Bundestages, Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft, Schlussbericht v. 22.6.1998, BT-Dr. 13/11004, 11.

⁴¹ So auch *Petersen*, Medienrecht, § 1 Rn. 22 f.; *Schoch*, JZ 2002, 798 (800); aA wohl *Ring*, WiVerw 1999, 191.

⁴² *Hoffmann-Riem/Schulz/Held*, Konvergenz und Regulierung, 26; *Petersen*, Medienrecht, § 1 Rn. 23.

⁴³ Dies als nicht zukunftsfähig ablehnend etwa *Schoch*, JZ 2002, 798 (802).

⁴⁴ Vgl. hierzu ausführlich *Hahne*, Kabelbelegung, 7 ff.

⁴⁵ Der Begriff „Breitbandkabel“ findet auf gesetzlicher Ebene keine Erwähnung, vgl. *Jüngling*, Fernseekabelnetz, 63. In Satzungen der Landesmedienanstalten findet ein funktionaler Definitionsansatz Anwendung. Danach sind Breitbandkabelnetze solche, in denen leitungsgebunden von einer Einspeisestelle aus massenkommunikative Dienste mittels elektromagnetischer Signale übertragen werden, vgl. § 1 Abs. 3 Kanalbelegungssatzung Bayern vom 26.07.2007 (Bay. StAnz. Nr. 31); ähnlich § 2 Abs. 2 der Kabelbelegungssatzung der Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen vom 10.09.2004; § 1 Abs. 2 des Kabelbelegungsplans der Bremischen Landesmedienanstalt vom 29.01.2006 (ABl. 2006, 169). Betreiber dieser Kabelanlage ist derjenige, der berechtigt ist, über sie einschließlich der Einspeisestelle (Kopfstation) zu verfügen, vgl. § 1 Abs. 2 Kanalbelegungsplan Mecklenburg-Vorpommern vom 28.06.2005 (GVBl. M-V 2005, 616). Die Einspeisestelle ist diejenige Stelle im Kabelnetz, bei der letztmalig eine Einwirkung auf das Programm- und Dienstangebot möglich ist, vgl. § 1 Abs. 3 der Kabelbelegungssatzung Nordrhein-Westfalen vom 10.9.2004. Aufgrund des technologieneutralen Regulierungsansatzes der Plattformregulierung des RStV kommt es etwa für diese auf den Begriff des Breitbandkabels nicht an.

Trotz eines leichten, gleichwohl kontinuierlichen Rückgangs in den letzten Jahren ist das Kabel weiterhin die am stärksten verbreitete Infrastruktur, sie wird von nahezu der Hälfte aller TV-Haushalte genutzt.⁴⁶ Es ist daher von überragender Bedeutung für Inhabereigentümer: Ohne einen Platz im Kabel verlieren sie über die Hälfte aller deutschen Fernsehhaushalte. Dies ist weder für einen öffentlich-rechtlichen noch für einen privaten Rundfunkveranstalter vertretbar – sei es aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen. Folglich konkurriert seit der Einführung des privaten Rundfunks und der Etablierung der Kabeltechnik eine Vielzahl von Rundfunkveranstaltern um einen der begehrten Plätze im Kabel, was in rechtlicher Hinsicht eine stete Mangelverwaltung der knappen Übertragungsfrequenzen zur Folge hatte. Im Zuge der Digitalisierung ist es aufgrund der effizienteren Nutzung dieser Übertragungskapazitäten zwar einerseits zu einer Entspannung der Knappheitssituation gekommen, andererseits drängen nun vermehrt auch die Anbieter von Telemedien und Telekommunikationsdiensten in das Breitbandkabel und erweitern so den Kampf um Übertragungskapazitäten im Kabel.

Die Einführung und sukzessive Weiterentwicklung der Kommunikationsinfrastruktur Breitbandkabel erfolgte stark politikbetrieben. Dies hat sich allerdings in jüngerer Zeit geändert, was u.a. dadurch zum Ausdruck kommt, dass – anders etwa als bei der Terrestrik – bislang keine gesetzlichen Vorgaben zur vollständigen Umstellung auf eine digitale Übertragung existieren.⁴⁷

Eingeführt wurde die Kabeltechnik in Deutschland Mitte der 1970er Jahre zur Versorgung sog. Abschattungsgebiete^{48, 49}. Kurze Zeit später wurden – nach einer kontroversen Diskussion um die Organisationsform der Kabelnetzbetreiber sowie die Einführung privaten Rundfunks – Pilotprojekte zur Kabelnutzung gestartet.⁵⁰ In den 1980er Jahren erfolgte sodann – zur Schaffung eines Übertragungsmediums als Grundlage der Etablierung privaten Rundfunks⁵¹ – ein staatlich forcierter Ausbau der Kabelnetze.⁵² Es folgte zur Beruhigung der Interessenvertreter des Elektrohandwerks ein politischer Kompromiss, wonach das Kabelnetz in vier verschiedene Netzebenen (NE) aufgeteilt wurde: die Strecke zwischen den Aufnahmestudios der Rund-

⁴⁶ Nach *Kunow*, in: ALM (Hrsg.), Digitalisierungsbericht 2013, 38 ist die Verteilung wie folgt: Kabel (46,3%), Satellit (46,2%), Terrestik (11%), DSL-TV (4,9%).

⁴⁷ Vgl. hierzu unten Kap. 3, B.IV.2.a.

⁴⁸ Diese finden sich überall dort, wo aufgrund topographischer Gegebenheiten eine Rundfunkversorgung mit terrestrischen Antennen nicht möglich war. Es entstanden daher auch zunächst nur einzelne „Kabelinseln“.

⁴⁹ Allerdings errichtete bereits die Deutsche Reichspost vor dem Zweiten Weltkrieg in Hamburg und Berlin BK-Netze zur Rundfunkübertragung, vgl. *Rindfleisch*, Technik im Rundfunk, 185; zur Entwicklung der Breitbandkabeltechnik in den USA vgl. *Esser-Wellié*, Breitbandkommunikation, 55 f.

⁵⁰ Vgl. dazu auch *Groß*, NJW 1984, 409 ff.

⁵¹ Dieser wurde von der Regierung Helmut Kohls als Gegengewicht zum sog. „Rotfunk“ der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gesehen, vgl. *Hermann*, Medienpolitik, 86.

⁵² Vgl. *Hahne*, Kabelbelegung, 10 f.; *Karstens*, Fernsehen digital, 72; kritisch *Groß*, NJW 1984, 409 f.; zur Situation in der damaligen DDR vgl. *Paukens/Schümchen*, Digitales Fernsehen, 34 f.

funkveranstalter und den terrestrischen oder satellitären Verbreitungsanlagen („Uplink“) und damit das Zuführungsnetz für die überregionale Programmverteilung (NE 1); das regionale Heranführungsnetz inklusive „Downlink“ (NE 2); das örtliche Verteilnetz, in dem der eigentlich Einspeisungsvorgang stattfindet (NE 3)⁵³; schließlich derjenige Teil des Breitbandkabelnetzes, der mit dem ÜP 40 beginnt und ausschließlich auf privatem Grund verläuft („letzte Meile“ – NE 4)⁵⁴ und aufgrund des Kompromisses mit dem Elektrohandwerk dem örtlichen Mittelstand vorbehalten bleiben sollte. Technisch ist das Breitbandkabelnetz gleichwohl ein einheitliches, durchgängiges Netz, durch das in die NE 3 eingespeiste Inhalte aufgrund der Zusammenschaltung automatisch auch durch die NE 4 fließen.⁵⁵ Dennoch prägt die Separierung der Eigentumsverhältnisse das Breitbandkabelnetz bis heute als ein wesentliches Innovationshemmnis.⁵⁶

In der Folge betrieb die staatliche Deutsche Bundespost insbesondere die NE 2 und 3, später ihre im Zuge der Postreform II⁵⁷ privatisierte Rechtsnachfolgerin, die Deutsche Telekom AG (DTAG) (Art. 143 b Abs. 1 GG); zunächst im Wege staatlicher Daseinsvorsorge (Art. 87 GG a.F.), später dann privatwirtschaftlich (Art. 87f Abs. 2 GG).⁵⁸ Diesem innovationshemmenden Zustand (u.a. gleichzeitiger Betrieb von Breitbandkabel- und Telefonnetz) trat die EU-Kommission zunächst mit der Einführung einer Pflicht zu transparenter Buchführung und separater Rechnungslegung für beide Infrastrukturen (Art. 2 Richtlinie 95/51/EG⁵⁹) und später mit der Pflicht zum Betrieb der Infrastrukturen durch unterschiedliche Tochtergesellschaften entgegen (Richtlinie 1999/64/EG⁶⁰).⁶¹ Die DTAG gründete zunächst die Kabel Deutschland GmbH (KDG) und übertrug dieser den Netzbetrieb, später dann mehrere Regionalgesellschaf-

⁵³ Dort werden die herangeführten Signale durch die Kabelkopfstationen – typischerweise die sog. übergeordnete BK-Verstärkerstelle (üBK) – aufgenommen und mittels auf öffentlichem Grund verlegten Kabeln zum sog. Hausübergabepunkt (ÜP 40), an dem NE 3 und NE 4 zusammengeschaltet sind,⁵³ weitergeleitet.

⁵⁴ Sachenrechtlich handelt es sich bei den verlegten Kabeln um Scheinbestandteile (§ 95 BGB) des Grundstücks auf dem sie verlegt sind (vgl. BGH MMR 2004, 29).

⁵⁵ Vgl. v. Reinersdorff, MMR 2002, 222.

⁵⁶ Kritisch zur „fragmentierten Betreiber- und Eigentümerstruktur der NE4“ Rhein, MMR-Beil. 2/2001, 2 (5).

⁵⁷ Zu den Postreformen vgl. Holznagel/Enaux/Nienhaus, Telekommunikationsrecht, 7 ff.; Freund, Infrastruktur-gewährleistung in der Telekommunikation, 21 ff.

⁵⁸ Der Betrieb war Quelle stetigen Defizits, vgl. Bullinger, ZUM SH 1997, 281 (282, 284); vgl. auch Gersdorf, Kabeleinspeisung, 33. Wesentliche Ursache für die unbefriedigende Ertragssituation war die strikte Trennung von Netzbetrieb und Inhaltevermarktung (vgl. Hahne, Kabelbelegung, 12).

⁵⁹ Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Aufhebung der Einschränkungen bei der Nutzung von Kabelfernsehtetzen für die Erbringung bereits liberalisierter Telekommunikationsdienste vom 18.10.1995, ABl. EG Nr. L 256 v. 26.10.1995, 49.

⁶⁰ Richtlinie 1999/64/EG der Kommission vom 23.06.1999 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG im Hinblick auf die Organisation einem und demselben Betreiber gehörender Telekommunikations- und Kabelfernsehtetzen in rechtlich getrennten Einheiten, ABl. EG Nr. L 175 v. 10.07.1999, 39.

⁶¹ Regelungsziel war der Kabelnetzausbau zu einem „full service network“, vgl. Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 1999/64/EG; dazu Gersdorf, Kabeleinspeisung, 25, 30.

ten, die sie letztlich an private Investoren veräußerte.⁶² Erst diese Liberalisierung des Netzmonopols führte zu einem Investitions- und Ausbauschub⁶³ sowie zur beginnenden Digitalisierung der Kabelinfrastruktur.⁶⁴ Vor diesem Hintergrund erfolgt auch die Implementierung des Rückkanals, die die Veränderung der Netzstruktur von einer Baum- hin zu einer Sternstruktur bedingt.⁶⁵ Dies führt durch die Verwendung des *Unicasting*-Verfahrens, bei der einzelne Nutzer gleichzeitig unterschiedliche Anwendungen über dasselbe Netz in Anspruch nehmen, zu einer erneuten Verknappung der Übertragungskapazitäten.⁶⁶

Dass die derzeit noch marktgetriebene Digitalisierung dennoch schleppend verläuft liegt – neben der separierten Eigentümerstruktur und der Netzebenen aufspaltung⁶⁷ – auch an folgendem Bedingungs Zusammenhang: Notwendig ist eine Nachfrage der Verbraucher nach digitalen Angeboten, die dafür bereit sind, gesonderte Entgelte für solche Inhalte zu entrichten, die auch zur Finanzierung des Netzausbaus verwendet werden können. Diese Nachfrage wird aber erst dann einsetzen, wenn sich durch eine gesteigerte Angebotsattraktivität aufgrund der größeren Übertragungskapazitäten eine „digitale Dividende“⁶⁸ im Vergleich zum attraktiven analogen Free-TV einstellt. Die Entwicklung und Produktion entsprechend attraktiver Inhalte ist – wie auch der digitale Ausbau der Kabelnetze selbst – mit erheblichen Investitionen verbunden, die es zu refinanzieren gilt.

⁶² Vgl. dazu *Börsen*, MMR 1999, 272 (273); *Ring*, WiVerw 1999, 191 (196); *Rhein*, MMR-Beil. 2/2001, 2 (4); *Kuch*, ZUM 2002, 248; *Rhein*, MMR-Beil. 2/2001, 2 (11). Daraus entstanden die Regionalgesellschaften Ish (Nordrhein-Westfalen), Kabel BW (Baden-Württemberg) und iesz (Hessen). Zur vom Kartellamt untersagten (BKartA, B 7 – 168/01) Übernahme dieser durch Liberty Media vgl. *GSDZ*, Position zum Kabelverkauf der Deutschen Telekom AG, 1 sowie *DLM*, Erklärung zum Verkauf von Kabelnetzen, 2, Nr. 4. Liberty Global übernahm schließlich im Jahr 2010 Kabel BW und Unitymedia (Bündelung von Ish, Iesy und TeleColumbus West), das Kartellamt genehmigte die Übernahme unter Auflagen (BKartA, B 7 – 66/11).

⁶³ Mittlerweile ist der Netzausbau weiter voran geschritten, sodass Bitraten von mehr als einem Gigabyte/s möglich sind; die Hälfte des Netzes der KDG verfügt über Bitraten von bis zu 100 MBit/s (*ALM*, Jahrbuch 2010, 93). Verwendet wird dabei überwiegend ein „*Hybrid-Fiber-Coax-Netz*“, das herkömmliche Koaxialkabel mit leistungsstärkeren und rückkanalfähigen Glasfaserkabeln kombiniert.

⁶⁴ Erstmals digital wurde das Kabel 1997 durch den Sender DF1 genutzt (vgl. *Grünwald*, MMR 2001, 89).

⁶⁵ Vgl. BGH MMR 2004, 29 [30]; zu den technischen Implikationen vgl. Karstens, Fernsehen digital, 76 ff.

⁶⁶ Man spricht insofern von einem „*shared medium*“, vgl. *Jüngling*, Fernseekabelnetz, 69.

⁶⁷ Diese kann etwa dazu führen, dass ein Nutzer einen bidirektionalen Dienst, den sein NE 3-Betreiber in sein Netz eingespeist hat, nicht nutzen kann, weil das NE 4-Netz, an welches er angeschlossen ist, selbst (noch) nicht rückkanalfähig ist (vgl. dazu *DLM*, Grundsätze der Landesmedienanstalten für die Nutzung der digitalen Übertragungskapazitäten in Kabelanlagen; *Thierfelder*, Zugangsfragen, 157 f.; *Weisser/Lübbert*, K&R 2000, 274 [281]). Vgl. auch den Durchleitungskonflikt, der Gegenstand der BGH-Entscheidung ZUM 2004, 68 (70) war; ferner OLG Hamburg, MMR 2001, 526 (527), mit abl. Anm. v. *Reinersdorff*; OLG München, MMR 2002, 49 (50) mit abl. Anm. von *der Osten*; v. *Reinersdorff*, MMR 2001, 528 f.

⁶⁸ Die sog. digitale Dividende; hierzu: *Bundesregierung*, Medien- und Kommunikationsbericht 2008, 5, 43 ff.

C. Die Kontrahenten im Kampf um das digitale Breitbandkabel

Neben den Kabelnetzbetreibern auf den verschiedenen Netzebenen sind die Inhaltenanbieter die maßgeblichen Kontrahenten im Kampf um das Kabel. Neben Anbietern klassischen Rundfunks drängen aufgrund des erweiterten Funktionsumfangs auch Anbieter sonstiger audiovisueller Mediendienste sowie individuellkommunikativer Dienste in das Kabelnetz. Dieses wird von den Kabelnetzbetreibern als „full service network“ vermarktet; sie bieten sog. „triple play“ an – Rundfunkempfang, Internetzugang und Telefonanschluss aus einer Hand über das Kabelnetz.

Im Folgenden soll daher ein Überblick über die derzeit im Breitbandkabel verfügbaren Angebote gegeben werden. An diese Bestandsaufnahme in tatsächlicher Hinsicht soll sich sodann im nächsten Schritt eine rechtliche Einordnung der tatsächlich verfügbaren Dienste in medienrechtliche Kategorien anschließen.

I. Das Angebotsspektrum

1. Fernseh- und Hörfunkangebote

Die nach wie vor bedeutendste Rolle spielt das Breitbandkabel für die Verbreitung von Fernseh- und Hörfunkangeboten.⁶⁹ Aufgrund der in Deutschland als sehr vielfältig zu bezeichnenden Fernsehlandschaft belegen Fernsehangebote bislang einen Großteil der Übertragungskapazitäten des Breitbandkabels. Zum Ende des Jahres 2010 existierten mehr als 400 bundesweit empfangbare Fernsehprogramme privater Veranstalter sowie digitale Spartenkanäle und Teleshopping-Angebote^{70 71}.

Die Anbieter dieser Programme sind aufgrund der Reichweite der Breitbandkabelverbreitung an einer Verbreitung hierüber interessiert. Die gesetzliche, nutzungsunabhängig erhobene Beitragspflicht für den Empfang öffentlich-rechtlichen Rundfunks wäre kaum noch zu rechtfertigen, wenn über die Hälfte der Fernsehhaushalte diese Programme nicht mehr empfangen könnten. Auch die privaten Veranstalter sind an einer möglichst großen Reichweite interessiert, da ihre Werbeeinnahmen unmittelbar von den Einschaltquoten für ihre Program-

⁶⁹ Vgl. *Holzner/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 99. Hörfunk ist ein bloßes Zusatzangebot.

⁷⁰ Hierbei handelt es sich um eine spezielle Form der Fernsehwerbung (vgl. *Degenhart*, ZUM 1995, 353 m. w. N.). Neben sog. Teleshopping-Fenstern existieren auch reine Teleshopping-Kanäle. Hierzu vgl. *Hamann*, ZUM 2009, 1 (3), wonach Teleshopping-Erlöse im Bereich des Privatfernsehens ca. 30% der Gesamterlöse ausmachen. Der Jahresumsatz auf dem Teleshoppingmarkt beträgt mehr als 1 Mrd. Euro (vgl. *ALM*, Jahrbuch 2010, 105); Marktführer ist der zu Liberty Media gehörende Sender QVC.

⁷¹ *ALM*, Jahrbuch 2013/14, 44.

me abhängen.⁷² Daher ist auch für sie das Kabel unverzichtbar; gleiches gilt für die Anbieter von Pay-TV-Programmen, die ebenfalls nicht auf mehr als 50% der potentiell zu erreichenden Endkunden verzichten können.⁷³ Zudem machen insbesondere die Pay-TV-Anbieter, zu denen neben *Sky* mittlerweile auch die Kabelnetzbetreiber selbst gehören⁷⁴, vom Funktionsumfang der Breitbandkabeltechnik Gebrauch. Sie nutzen den Rückkanal gezielt zum Angebot interaktiver Angebote, bspw. Filmen mit variablem Plot-Verlauf; bei Sportübertragungen kommen verschiedene, individuell vom Rezipienten auswählbare Kameraperspektiven zum Einsatz. Während HD-Auflösung mittlerweile weitgehend dem Standard entspricht, setzen Pay-TV-Anbieter zunehmend auch auf die noch kapazitätsintensivere 3D-Übertragung.

2. Audiovisuelle Angebote im Internet

Als ernstzunehmende Konkurrenz zu den herkömmlichen Pay-TV-Angeboten entwickeln sich internetbasierte Video-on-Demand-Angebote. Durch die zunehmende Internetfähigkeit der Fernsehgeräte kann der Nutzer mit einem Breitbandkabelanschluss auf entsprechende Plattformen zugreifen, die in der Regel im Streamingverfahren eine Vielzahl von Angeboten in HD-Qualität bereithalten. Solche Angebote⁷⁵ erweisen sich aus der Sicht der Nutzer als attraktiv, da es für ihre Nutzung in der Regel keines Abonnements bedarf, sondern die Abrechnung in der Regel im Wege des Einzelentgelts für die tatsächliche Nutzung erfolgt, sofern überhaupt ein Entgelt gefordert wird.

Es lässt sich zwischen – kostenlosen⁷⁶ und kostenpflichtigen – Online-Angeboten der etablierten Rundfunkveranstalter, etwa im Rahmen ihrer Mediatheken, offenen Plattformen, die senderübergreifend Inhalte anbieten⁷⁷, sowie Angeboten spezifisch für das Internet (sog. Web-TV)⁷⁸ unterscheiden. Insbesondere die Sender-Mediatheken erfreuen sich einer hohen

⁷² Dieser bestimmt sich nach dem sog. Tausenderkontaktpreis, der sich aus dem Preis für die Schaltung des Werbeblocks dividiert durch die Bruttoreichweite multipliziert mit 1000 ergibt.

⁷³ Das Entgelt kann verschiedenartig ausgestaltet sein: Abo-Modell für ein Programmpaket, *Pay-per-Channel* (Empfang eines konkreten Programms), *Pay-per-View* (Empfang einer Einzelsendung). Technisch ist zwischen *True-Video-on-Demand* und *Near-Video-on-Demand* zu unterscheiden (näher dazu unten Kap. 1, C.II.1.a.); auch Download-to-own (Übertragung und Verbleib der audiovisuellen Datei beim Kunden) wird angeboten.

⁷⁴ Vgl. *Holznapel/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 42; *ALM*, Jahrbuch 2010, 26; zu den Pay-TV-Angeboten der Netzbetreiber *ALM*, Jahrbuch 2010, 94 ff.; ferner *KEK*, 13. Jahresbericht, 309 f., 317.

⁷⁵ Etwa „*maxdome.de*“, „*Acetrax*“ oder „*Apple-TV*“ und „*Netflix*“.

⁷⁶ Insbesondere dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk sind kostenpflichtige Angebote allerdings nicht erlaubt; Vgl. zum Ganzen unten (Kap. 4, B.IV.5.b.iv.(2)). Zum Versuch der Etablierung einer gemeinsamen, senderübergreifenden Online-Videoplattform der Sendergruppen RTL und ProSiebenSat.1 nach dem Vorbild des US-Angebots „*Hulu*“ vgl. die Untersagungsentscheidung des BKartA, Beschluss v. 17.03.2011, Az. B6-94/10.

⁷⁷ Bspw. „*Zattoo*“; zu dieser Plattform vgl. unten (Kap. 4, A.I.2.c.iv.).

⁷⁸ Besonders engagiert sind in diesem Bereich die Printmedien, die für mehr als ein Viertel aller Web-TV-Angebote verantwortlich zeichnen (vgl. *Holznapel/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 60 ff.).

Nachfrage⁷⁹, was den Schluss nahe legt, dass auch im Internet derzeit noch die Inhalte des klassischen Rundfunks dominieren. Insbesondere, da bislang auch noch kein nennenswerter Rückgang der klassischen Fernsehnutzung zu verzeichnen ist.⁸⁰ Dies spricht gegen einen Verdrängungswettbewerb klassisch-linearer und nicht-linearer Nutzung. Dennoch unterstützen die Mediatheken einen Trend zur „*Entlinearisierung des Fernsehens*“,⁸¹ indem sie Nutzer sukzessive von der Anpassung an einen festen, zeitlich und inhaltlich vom Programmveranstalter festgelegten Sendeplan entwöhnen. Dieser Trend wird durch die zunehmende Etablierung hybrider Empfangsgeräte, die einen komfortablen Wechsel zwischen Fernseh- und Online-Angebot ermöglichen, indem sie etwa die Mediatheken bereits in die Benutzeroberflächen und EPGs integrieren, noch verstärkt werden.

Besondere Bedeutung bei den Web-TV-Angeboten kommt den sog. *Videosharing*-Plattformen zu. Obwohl sie nur für einen vergleichsweise kleinen Teil der Web-TV-Angebote stehen, entfällt auf sie fast 90 Prozent der Nutzung.⁸² Die besondere Attraktivität solcher Angebote folgt zum einen daraus, dass die Videos nicht nur von den Nutzern selbst eingestellt, sondern teilweise selbst hergestellt werden („*user generated content*“).

3. Individualkommunikative Dienste ohne Inhaltsbezug

Schließlich finden sich im Kabel auch individualkommunikative Dienste, insbesondere die Bereitstellung eines Internetzugangs sowie Telefonie-Dienstleistungen. Kennzeichnend sowohl für die Kabeltelefonie als auch die Internetzugangsvermittlung ist neben der individualkommunikativen Prägung der fehlende inhaltliche Bezug. Denn die Entscheidung, welche Daten über das Kabelnetz transportiert werden, fällt nicht der Netzbetreiber, sondern die Nutzer des jeweiligen Angebots, indem sie etwa bestimmte Websites aufrufen oder Gesprächsinhalte via Telefon austauschen.

II. Die rechtliche Einordnung der über Kabel angebotenen Dienste

Die zuvor dargestellten Dienste bedürfen in einem weiteren Schritt der rechtlichen Einordnung, da diese darüber entscheidet, unter welchen rechtlichen Rahmenbedingungen ihre Anbieter agieren; sie zeitigt damit weitreichende Konsequenzen für die jeweiligen Dienste. So determiniert etwa die Zuordnung eines Dienstes zum verfassungsrechtlichen Rundfunkbe-

⁷⁹ Vgl. hierzu auch die Ergebnisse der ARD/ZDF-Onlinestudie 2013 in *Frees/van Eimeren*, MP 2013, 366.

⁸⁰ Vgl. v. *Eimeren/Frees*, MP 2013, 358 (368).

⁸¹ *ALM*, Jahrbuch 2010, 102.

⁸² *BLM/Goldmedia*, Web-TV-Monitor, 37.

griff, ob der Dienst an den grundrechtlichen Gewährleistungen und Verpflichtungen der Rundfunkfreiheit teilnimmt; auch hat sie kompetenzrechtliche Bedeutung, da der – inhaltliche anders als der sendetechnische Bereich – Rundfunk nach Art. 70 GG in den alleinigen Zuständigkeitsbereich der Länder fällt.⁸³ Auf einfachgesetzlicher Ebene folgt aus der Einordnung beispielsweise – wie später noch ausführlich erläutert werden wird – ob und inwieweit ein Dienst bei der Belegung des Kabelnetzes gesetzlich privilegiert wird.⁸⁴ Erschwert wird die Einordnung, da sie auf zwei unterschiedlichen Ebenen zu erfolgen hat: Auf verfassungsrechtlicher Ebene stellt sich alleine die Frage, ob ein Angebot Rundfunk ist oder nicht. Demgegenüber verwendet das einfache Recht – allen voran der RStV – nicht nur einen abweichenden Rundfunkbegriff, sondern differenziert nach weiteren Dienstekategorien, neben dem Rundfunk sind dies insbesondere Telemedien und Telekommunikationsdienste.

1. Rundfunk

Ausgangspunkt einer Dienste-Klassifizierung ist der bzw. sind die Rundfunkbegriffe – der verfassungsrechtliche einerseits und der einfachgesetzliche andererseits.⁸⁵ Beide Begriffe sind unabhängig voneinander zu betrachten, insbesondere lässt sich der einfachgesetzliche nicht zur Auslegung des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs heranziehen.⁸⁶ Gleichwohl wird umgekehrt die Auslegung des einfachgesetzlichen maßgeblich durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG mitbestimmt.⁸⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat dem einfachen Gesetzgeber bei der ihm obliegenden Ausgestaltung einer positiven Rundfunkordnung⁸⁸ die Möglichkeit eröffnet, für die Dienste die er für weniger schutzwürdig erachtet, unterschiedliche Begriffe und damit korrespondierende Regulierungsregime zu implementieren.⁸⁹ Dogmatisch wird dies durch die Unterscheidung zwischen verfassungsrechtlichem Tatbestand und Rechtsfolge ermöglicht⁹⁰:

⁸³ Vgl. grundlegend BVerfGE 12, 205 (225 ff.). Dabei soll der Sendetechnik nach bisheriger Auffassung eine „dienende Funktion“ gegenüber den Inhalten zukommen. Allerdings führt auch hier die Medienkonvergenz zu Anpassungsbedarf, vgl. unten Kap. 2 B.I.

⁸⁴ Unten, B.IV.4.

⁸⁵ Das BVerfG erkennt die beiden unterschiedlichen Interpretationsansätze implizit an, vgl. E 74, 297 (350 ff.).

⁸⁶ Sog. „Selbstbestand der Verfassung“, vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 2, Rn. 8; ferner *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Ders., GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 95; *Schulz*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 2, Rn. 11; *Kibele*, Multimedia im Fernsehen, 55, die einfachgesetzliche Begriffsbestimmungen als Orientierungshilfe betrachtet.

⁸⁷ Zum Vorrang des Grundgesetzes vgl. *Jarass*, AfP 1998, 133; *Baier*, CR 2008, 769 (771); ferner BVerfGE 12, 45 (53); 74, 297 (350).

⁸⁸ Vgl. hierzu etwa BVerfGE 57, 295 (319 ff.); ausführlich dazu unten (Kap. 4, A.III.2.a.).

⁸⁹ Vgl. *Jarass*, AfP 1998, 133 (134), der von verfassungsrechtlichem Rundfunk „im engeren“ und „im weiteren Sinne“ spricht; *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9 (12); *Lent*, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, 126 ff.; ausführlich *Brand*, Rundfunk, 68 ff.; zweifelnd *Bullinger*, AfP 1996, 1 (2); kritisch *Pieper/Wiedemann*, ZUM 1995, 82 (86).

⁹⁰ Dies hervorhebend *Gersdorf*, in: *Dittmann/Fechner/Sander*, Rundfunkbegriff, 137 (138 f.); *Baier*, CR 2008, 769 (773). Dass das Wort „Begriff“ in diesem Abschnitt inflationäre Verwendung finden wird bedeutet demnach

Das Vorliegen von Rundfunk auf Tatbestandsebene bedeutet nicht zwingend das Erfordernis identischer Regulierungsanforderungen an sämtliche dieser Dienste. Differenziert wird nach der Wirkmächtigkeit eines Angebots und dessen daraus resultierender „Meinungsbildungsrelevanz“.⁹¹

a. Der Rundfunkbegriff des Grundgesetzes⁹²

Das Bundesverfassungsgericht legt den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff – ausgehend von der ihm aufgrund stetig fortschreitender technologischer Entwicklung immanenten Vergänglichkeit⁹³ – funktional aus.⁹⁴ Nur eine Begriffsbestimmung unter Berücksichtigung ihres Normbereichs, die dynamisch und entwicklungs offen ist, gewährleistet, dass verfassungsrechtliche Wertentscheidungen zeitgemäß bleiben.⁹⁵ Danach sind auch neuartige „rundfunkähnliche“ Dienste Rundfunk iSd Grundgesetzes, sofern sie die Tatbestandsmerkmale des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs erfüllen.⁹⁶ Richtigerweise werden dabei überwiegend drei Tatbestandsmerkmale zur Einordnung herangezogen.

Zunächst muss eine Übertragung von Inhalten **mittels elektromagnetischer Wellen** erfolgen, was eine Abgrenzung zu den Schutzgegenständen der Presse- (ursprünglich: Druckwerke) und Filmfreiheit (ursprünglich: auf Trägern manifestierte Bewegtbilder) ermöglichen soll.⁹⁷ Unerheblich ist dabei, welcher Übertragungsweg (z.B. Kabel oder Satellit) und welche Übertragungstechnik (analog oder digital) Verwendung finden⁹⁸; auch das Internet ist er-

auch keine Verhaftung an bloßer Begriffsjurisprudenz, sondern ist dem Gegenstand der Untersuchung geschuldet, ohne dass dadurch die dahinterstehende Gefährdungslage außer Betracht bleiben soll. So führen auch *Schmid/Kitz*, ZUM 2009, 739 (743), im Rahmen ihrer kritischen Betrachtung medienrechtlicher Begriffsregulierung bewusst nicht die Regulierung der Vergabe von Übertragungskapazitäten an.

⁹¹ Vgl. *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9 (15); *Kuch*, ZUM 1997, 225 (227); auch *Jarass*, AfP 1998, 133 (137).

⁹² Aus der Fülle Literatur sei etwa auf die jüngere Arbeit von *Brand*, Rundfunkbegriff, *passim*, hingewiesen.

⁹³ BVerfGE 73, 118 (121).

⁹⁴ Definitions- und Auslegungsansätze in der Literatur sind häufig interessengeleitet, vgl. *Degenhart*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 669; exemplarisch anhand der Einordnung des Internets *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Ders., GG, Art. 5, Rn. 100. Vor dem Hintergrund des Aufgabenbereichs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vertreten etwa *Schulz*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 2, Rn. 10 ff; *Michel*, ZUM 1998, 350 ff. ein weites, *Bullinger*, AfP 1996, 1 (8); *Ders./Mestmäcker*, Multimedia-dienste, 51 ff. demgegenüber ein enger Begriffsverständnis.

⁹⁵ BVerfGE 74, 297 (350 f.); 83, 238 (302); vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 I, II, Rn. 100; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Ders., GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 100; *Michel*, ZUM 1998, 350 (351); *Kibele*, Multimedia im Fernsehen, 56; *Schulz*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 2, Rn. 12; *Reinemann*, ZUM 2006, 523 (524).

⁹⁶ Vgl. BVerfGE 83, 283 (302): „Soll die Rundfunkfreiheit unter den Bedingungen raschen technischen Wandels ihre normative Kraft bewahren, darf bei der Bestimmung von Rundfunk nicht nur an eine bereits eingeführte Technik angeknüpft werden. Andernfalls könnte sich die grundrechtliche Gewährleistung nicht auf jene Bereiche erstrecken, in denen gleichfalls die Funktion des Rundfunks, wenn auch mit neuen Mitteln, erfüllt wird.“

⁹⁷ Vgl. BVerfGE 83, 238 (313); vgl. auch Vgl. *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9 (12 f.). Kritisch zur Abgrenzung anhand der Übertragungstechnik *Gersdorf*, in: Dittmann/Fechner/Sander, Rundfunkbegriff, 137 (141); *ders.*, Regelungskompetenzen, 55 f.

⁹⁸ BVerfGE 74, 297 (350).

fasst.⁹⁹ Die Vielzahl der erfassten Konstellationen verdeutlicht, dass die technologiebezogene Abgrenzung zunehmend an Bedeutung verliert.¹⁰⁰

Ferner muss der übertragene Inhalt **an die Allgemeinheit gerichtet** sein. Hierdurch unterscheidet sich – ebenso wie Presse- und Filmfreiheit – die massenkommunikative Rundfunkfreiheit von den die Individualkommunikation schützenden Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Massenkommunikation lässt sich dabei in Anlehnung an *Maletzke*¹⁰¹ als die *öffentliche* Vermittlung von Informationen an ein disperses Publikum verstehen, wobei die Größe des Personenkreises unerheblich ist.¹⁰² Auch eine Zielgruppenorientierung¹⁰³ oder individualvertragliche Entgeltbeziehung im Fall von Pay-TV steht einer Allgemeinausrichtung nicht im Wege.¹⁰⁴

Das zentrale Tatbestandsmerkmal ist jedoch das der **Darbietung**, das das Produkt des Kommunikationsprozess betrifft.¹⁰⁵ Eine Darbietung kommt nur bei Angeboten in Betracht, die zur Beeinflussung der öffentlichen Meinung bestimmt, jedenfalls aber geeignet sind.¹⁰⁶ Wann konkret von einer Darbietung gesprochen wird, ist umstritten. Teilweise wird – unter Rekurs auf die *Public-Service-Funktion* des Rundfunks – ein Minimum an publizistischer Relevanz des Inhalts gefordert.¹⁰⁷ Andere fordern eine redaktionelle Bearbeitung der Inhalte.¹⁰⁸ Überzeugender, weil konsequenter ist es hingegen, „jede durchgeführte Auslese von Inhalten jedweder Art“ als ausreichend zu erachten, wobei allerdings auch die Auslese einen Aspekt redaktioneller Arbeit darstellt.¹⁰⁹ Diese Ansicht deckt sich insbesondere mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach es auf den inhaltlichen „Wert“ der

⁹⁹ Vgl. *Klaes*, ZUM 2009, 135 (137); *Michel*, ZUM 2009, 453 (454); *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 2, Rn. 14.

¹⁰⁰ Ebenso *Klaes*, ZUM 2009, 135 (137); *Ring/Gummer*, ZUM 2007, 433 f.; *Gersdorf*, in: Dittmann/Fechner/Sander, Rundfunkbegriff, 137 (142); *Degenhart*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 673; *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9 (13).

¹⁰¹ *Psychologie der Massenkommunikation*, 32.

¹⁰² BVerfGE 74, 297 (352). Zur Einordnung von Übertragungen innerhalb von Einrichtungen wie Krankenhaus oder Hotel sowie sog. Business-TV vgl. *Libertus*, K&R 2000, 119 ff.; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 2, Rn. 13; *Ricker/Schiwy*, Rundfunkverfassungsrecht, Teil B, Rn. 36; ausführlich auch *Kibele*, Multimedia im Fernsehen, 122 ff.; zum Ladenfunk vgl. VG Saarland, AfP 1995, 619 ff.

¹⁰³ Vgl. *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9 (10 f.).

¹⁰⁴ So hingegen noch *Schwarz-Schilling*, ZUM 1989, 487 (490); wie hier *Jarass*, AfP 1998, 133 (134, 139); *Dörr*, in: Dittmann/Fechner/Sander, Rundfunkbegriff, 121 (124 f.); *Hoffmann-Riem*, AfP 1998, 9 (11) m. w. N.

¹⁰⁵ Vgl. *Reinemann*, ZUM 2006, 523 (524); *Gersdorf*, Digitalisierung, 92; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 2, Rn. 15; aA *Castendyk/Böttcher*, MMR 2008, 13 (15).

¹⁰⁶ Vgl. *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9 (11); *Gersdorf*, AfP 1995, 565 (569). Zu den Faktoren des Einflusses auf den Meinungsbildungsprozess vgl. unten (Kap. 4 A.II.1.).

¹⁰⁷ So etwa *Gersdorf*, Digitalisierung, 95 ff.; *ders.*, AfP 1995, 565 (569); *Hochstein*, NJW 1997, 2977 (2978); *Papistella*, DÖV 1978, 495 (500). Hiergegen ist mit *Brand*, Rundfunkbegriff, 80 f., einzuwenden, dass schon die Klassifizierung als publizistisch relevant zu Friktionen mit der Informationsfreiheit der Rezipienten führt.

¹⁰⁸ So *Jarass*, AfP 1998, 133 (134 f.); *Flechsigg*, CR 1999, 327 (329); *Michel*, ZUM 1998, 350 (351); *Herrmann*, Rundfunkrecht, § 2, Rn. 38 f.; *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9 (12); aA *Klaes*, ZUM 2009, 135 (139).

¹⁰⁹ *Brand*, Rundfunk, 79 ff.; ähnlich *Scherer*, AfP 1996, 213 (218).

Darbietung nicht ankommt, sondern etwa auch Sparten- und Teleshoppingprogramme erfasst sind¹¹⁰; gleiches gilt für Videotext¹¹¹ und HbbTV-Angebote.

Ebenfalls vom verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff erfasst sind Angebote, die ihren Nutzern individuelle Rezeptionsmöglichkeiten bieten.¹¹² Dies betrifft sowohl Zugriffs- als auch reine Abrufdienste.¹¹³ Bei Zugriffsdiensten wird ein konkreter Inhalt, bspw. ein Spielfilm, in Zeitschleifen wiederholt ausgestrahlt, der Nutzer kann daher über den Rezeptionszeitpunkt autonom entscheiden; typischer Fall ist *Near-Video-on-Demand* (NVoD).¹¹⁴ Bei Abrufdiensten, dem sog. „*True-Video-on-Demand*“, entscheidet der Nutzer hingegen autonom über den Rezeptionszeitpunkt *und* den Rezeptionsinhalt; sie werden nicht-linear angeboten. Insbesondere das Internet hat zu einer enormen Ausbreitung von audiovisuellen Abrufangeboten geführt, was zu einer insgesamt zu beobachtenden Individualisierung des Rezeptionsverhaltens sowie einer Versparung des Programmangebots führt. Zwar fehlt es solchen Angeboten auf den ersten Blick an der „*Zuwendung mehrerer, in der Regel vieler Menschen zu einem gemeinsamen Gegenstand*“¹¹⁵, sodass ihnen ein Element der Massenkommunikation fehlen soll¹¹⁶, im Ergebnis überwiegen jedoch – wie auch das Bundesverfassungsgericht festgestellt

¹¹⁰ Vgl. bereits BVerfGE 12, 205 (260); ferner *Gersdorf*, AfP 1995, 565 (569); *ders.*, Digitalisierung, 92 f., 168; *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9 (11 f.); *Bullinger/Mestmäcker*, Multimediadienste, 55 f.; differenzierend zur Rundfunkeigenschaft von Spartenprogrammen *Bullinger*, AfP 1996, 1 (7). Zum Teleshopping vgl. *Gersdorf*, Digitalisierung, 166 ff.; *Degenhart*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 696; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 I, II, Rn. 100 m. w. N.; *Brand*, Der Rundfunkbegriff, 198 ff., m. w. N. auch zu abweichenden Auffassungen; aA *Schroeder*, ZUM 1994, 471 (476 f.).

¹¹¹ In diesem Sinne *Herrmann*, Rundfunkrecht, § 2, Rn. Rn. 14; *Ricker/Schiwy*, Rundfunkverfassungsrecht, Teil B, Rn. 56 f., 239 ff.; *Degenhart*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 686; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 I, II, Rn. 100; auch das BVerfG hat sich in diese Richtung geäußert, E 74, 297 (350 f.), auch gerade, da die Suggestivkraft nicht zwingend Bewegtbilder voraussetzen soll (BVerfGE 119, 181 (215)); zur heutzutage kaum noch vertretenen aA vgl. die Nachweise bei *Brand*, Rundfunk, 163 (Fn. 48).

¹¹² Wie hier *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9 (15); *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 196; *Gersdorf*, AfP 1995, 565 (570 ff.); *ders.*, Regelungskompetenzen, 45; *ders.*, Technologieneutraler Rundfunkbegriff, 59 ff.; *ders.*, in: Dittmann/Fechner/Sander, Rundfunkbegriff, 137 (139 f.); *Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 239 f.; *Starck*, in v. Mangoldt/Klein/Ders., GG, Art. 5, Rn. 99; *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5, Rn. 90a; *Dörr*, in: Dittmann/Fechner/Sander, Rundfunkbegriff, 121 (125); *Brand*, Rundfunk, 89 ff.; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 2, Rn. 13 f.; *Flechsig*, CR 1999, 327 (331 f.); *Michel*, ZUM 2009, 453 (454); *Baier*, CR 2008, 769 (773 f.); ferner VG Saarland, ZUM 1995, 642 (646); aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht *Jarren/Donges*, in: Fünfgeld/Mast, Massenkommunikation, 231 (237).

¹¹³ Zu diesen Abgrenzungskategorien statt vieler *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9 (13); *Gersdorf*, AfP 1995, 565 (566 f.). Für Verteildienste wie den klassischen Rundfunk, die durch vom Veranstalter festgelegte Programmreihenfolge gekennzeichnet sind, stellt sich diese Frage ohnehin nicht.

¹¹⁴ Gegen eine Zuordnung von Zugriffsdiensten zum verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff wohl *Beucher/Leyendecker/v. Rosenberg*, Mediengesetze, RStV, § 2, Rn. 10.; gegen eine Zuordnung von Abrufdiensten etwa *Bullinger*, AfP 1996, 1 (6); *Ders./Mestmäcker*, Multimediadienste, 52 ff. 55 ff.; *Ricker/Schiwy*, Rundfunkverfassungsrecht, Teil B, Rn. 64 ff.; *Lent*, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, 116 ff.; in diesem Sinne wohl auch *Libertus*, K&R 2000, 119 (121); nach dem Grad inhaltlicher Individualisierung differenzierend *Degenhart*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 685, 695.

¹¹⁵ *Maletzke*, Psychologie der Massenkommunikation, 28.

¹¹⁶ *Beucher/Leyendecker/v. Rosenberg*, Mediengesetze, RStV, § 2, Rn. 10; *Lent*, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, 119 f.; *Degenhart*, ZUM 1998, 333 (342).

hat¹¹⁷ – die Gemeinsamkeiten der Dienstetypen. Denn nur so lässt sich der funktionalen Auslegung und der geforderten Entwicklungsoffenheit des Rundfunkbegriffs Rechnung tragen. Für die verfassungsrechtliche Einordnung kann es vor dem Hintergrund der Meinungsbildungsrelevanz keinen Unterschied machen, ob ein und derselbe Inhalt verteilt oder zum Zugriff bzw. Abruf bereitgestellt wird.¹¹⁸ Auch verkennt die Gegenauffassung den nach wie vor bestehenden inhaltlichen Einfluss des Veranstalters, da durch den Nutzer weiterhin nur das abgerufen bzw. auf das zugegriffen werden kann, was zuvor durch den Veranstalter verfügbar gemacht worden ist. Die Rezipientensouveränität besteht folglich innerhalb der Grenzen der „primären Selektion“ des Anbieters¹¹⁹; gleiches gilt für die zunehmend interaktiven Elemente.¹²⁰ Auch der Zuschauer beim klassischen Rundfunk „zappt“ sich sein Programm aus den einzelnen Sendungen zusammen.¹²¹ Die Zeiten, in denen sich der Zuschauer sklavisch dem Programmplan eines Veranstalters unterworfen hat, sind lange passé. So entfaltet die Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Rezeption folglich auch in der jüngeren Medienwirkungsforschung kaum noch Relevanz.¹²² Schließlich spricht auch die gesteigerte Rezeptionsqualität bei individuellem Empfang aufgrund des größeren Interesses des bewusst auswählenden Nutzers jedenfalls für eine vergleichbare Meinungsbildungsrelevanz.¹²³ Unterschiedlichen Graden von Meinungsbildungsrelevanz kann sodann durch unterschiedlich hohe Anforderungen an das einfachgesetzliche Regelungsregime Rechnung getragen werden.¹²⁴

Aus dem zuvor Gesagten folgt, dass auch nahezu sämtlichen Angebote des *World Wide Web* – anders etwa als evident individualkommunikative Internetdienste wie Chats¹²⁵, Internettelefonie oder die Internetzugangsvermittlung selbst – der Rundfunkfreiheit unterfallen.¹²⁶

¹¹⁷ BVerfGE 74, 297 (351).

¹¹⁸ BVerfGE 74, 297 (352). Insbesondere auf die Gleichzeitigkeit der Rezeption kann es nicht ankommen, wie die ebenfalls als Massenkommunikationsmittel geschützte Presse zeigt, vgl. auch *Castendyk/Woods*, in: Castendyk/Dommering/Scheuer, *European Media Law*, Teil II, Tz. 46. Wie hier *Gersdorf*, in: Dittmann/Fechner/Sander, *Rundfunkbegriff*, 137 (139 f.); ähnlich *Hoffmann-Riem/Vesting*, MP 1994, 382 (386); einschränkend *Brand*, *Rundfunk*, 91 f.; kritisch *Degenhart*, ZUM 1998, 333 (341).

¹¹⁹ *Brand*, *Rundfunk*, 97 f. m. w. N.; vgl. auch *Gersdorf*, *Technologieneutraler Rundfunkbegriff*, 64 ff.

¹²⁰ *Schulz*, in: Hahn/Vesting, *Rundfunkrecht*, RStV, § 2, Rn. 19, hebt zu Recht die wesensmäßige Vergleichbarkeit dieser Wahlmöglichkeiten mit der traditionellen Auswahl zwischen verschiedenen Sendungen beim Verteilrundfunk hervor; vgl. auch *Brand*, *Rundfunk*, 98 f.; *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9 (14 f.); aA *Ricker/Schiwy*, *Rundfunkverfassungsrecht*, Teil B, Rn. 68 ff.; kritisch auch *Thierfelder*, *Zugangsfragen*, 13.

¹²¹ Vgl. die Ergebnisse einer Allensbach-Studie zum Thema „Zapping“, zu finden bei *Gersdorf*, *Technologieneutraler Rundfunkbegriff*, 63.

¹²² Hierauf hinweisend *Lent*, *Rundfunk-, Medien-, Teledienste*, 53 ff.; vgl. auch *Holznapel*, in: Eifert/Hoffmann-Riem, *Innovation, Recht und öffentliche Kommunikation*, 97 (109).

¹²³ Vgl. *Gersdorf*, *Digitalisierung*, 152; *Eberle*, CR 1996, 193 (195); *Baier*, CR 2008, 769 (774).

¹²⁴ Vgl. insoweit auch *Jarass*, AfP 1998, 133 (133, 136); *Kuch*, ZUM 1997, 225 (227).

¹²⁵ Dazu vgl. *Schulz*, ZUM 1996, 487 (489).

¹²⁶ Vgl. *Brand*, *Rundfunk*, 236 ff. m. N. auch zur Gegenansicht; Kibele, *Multimedia im Fernsehen*, 61; *Körber*, ZWeR 2009, 315 (319); *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber, *BeckOK/GG*, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 67; *Weberling*, AfP 2008, 445 (446 ff.); *Kohl*, in: Assmann/et. al., *Freundesgabe Kübler*, 215 (220); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Ders., *GG*, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 100. Andere wollen nach dem unabhängigen von der Internetverbrei-

Dabei ist gerade die Funktion des Internets als Primärmedium gemeint, die durch Web-TV bzw. Webcasting-Angebote gekennzeichnet ist.¹²⁷ Die unter funktionalen Aspekten erforderliche Bedeutung dieser Angebote für die Meinungsvielfalt folgt aus der möglichen Verschmelzung textlicher, akustischer sowie visueller Informationen zu einem Gesamtangebot, sowie der gegenüber dem herkömmlichen Rundfunk nochmals gesteigerten Aktualität.¹²⁸ Zudem erfreut sich die Nutzung des Internets zum Empfang audiovisueller Inhalte stetig wachsender Beliebtheit, sodass auch eine Breitenwirkung attestiert werden kann.¹²⁹ Dies gilt ebenso für sog. *User-Generated-Content*.¹³⁰ Der Rundfunkeigenschaft des Internets kann auch nicht entgegengehalten werden, dass eine positive Rundfunkordnung zum Schutze der Meinungsvielfalt für das Internet aufgrund der dortigen Angebotsvielfalt nicht angezeigt sei, weil es hierdurch automatisch zu einem Höchstmaß an Meinungsvielfalt käme.¹³¹ Eine solche Sichtweise würde, unabhängig von der Richtigkeit der ihr zugrundeliegenden Grundannahme¹³², übersehen, dass die bloße Einordnung eines Dienstes als Rundfunk im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht zwingend die Anforderungen der positiven Rundfunkordnung auslöst.¹³³

b. Der einfachgesetzliche Rundfunkbegriff

Der einfachgesetzliche Rundfunkbegriff ist in § 2 Abs. 1 RStV legaldefiniert. Rundfunk ist danach „*ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst; er ist die für die Allgemeinheit und zum zeitgleichen Empfang bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendepfades unter Benutzung elektromagnetischer*

tung einschlägigen Grundrecht differenzieren (Vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 2, Rn. 15; *Degenhart*, in: *Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof*, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 675, 686; *Fink*, in: *Spindler/Schuster*, Elektronische Medien, Allgemeines, Teil C, Rn. 29 ff.; *Möllers*, AfP 2008, 241 (250 f.); vgl. auch *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung, 105 ff.). Für eine gesonderte Internetfreiheit spricht sich *Mecklenburg*, ZUM 1997, 525 ff. aus; ähnlich *Holznagel* und *Degenhart*, abgedruckt bei *Dye*, MMR-Aktuell 2011, 314468; vgl. auch *Holznagel*, NordOeR 2011, 205 (210).

¹²⁷ Vgl. *Klaes*, ZUM 2009, 135 (138); *Sjurts*, MW 2010, 32 (33 f.); *Bullinger*, ZUM 2007, 337 (338). Zur Unterscheidung von IP-TV (Übertragungsweg) und Web-TV (Inhalt im offenen Internet) vgl. *Kleinke*, AfP 2008, 460 (461). Audiovisuelle Inhalte sind nur ein Teilaspekt des Internets, vgl. *Baier*, CR 2008, 769 (772).

¹²⁸ Vgl. BVerfGE 97, 228 (256); ZUM 2007, 712 (721); *Janik*, AfP 2000, 7 (12 f.); *Klaes*, ZUM 2009, 135 (138 f.); *Wiedemann*, ZUM 2007, 800 (802); ferner *ALM*, Jahrbuch 2010, 26; aA *Hochstein*, NJW 1997, 2977 (2980); *Jarass*, AfP 1998, 133 (141). Zum Wirkmächtigkeitsvergleich Rundfunk/Telemedien vgl. Kap. 4, B.II.2.b.).

¹²⁹ Vgl. die ARD/ZDF-Onlinestudie 2011, wonach etwa Nachrichtenangebote im Internet gefragt sind.

¹³⁰ I. E. ebenso *Klaes*, ZUM 2009, 135 (139); demgegenüber vertreten *Pieper/Wiechmann*, ZUM 1995, 82 (89), zurückgehend auf *Maletzke*, Psychologie der Massenkommunikation, 24, die Ansicht, dass es am massenkommunikativen Element des Rundfunks fehle, sobald der eigentliche Nutzer die Seiten wechseln und seinerseits in die Rolle des Informierenden wechseln kann. Überzeugend dagegen *Brand*, Rundfunk, 107 f.

¹³¹ So etwa *Bullinger*, AfP 1996, 1 (8); *Degenhart*, ZUM 1998, 333 (338 ff.); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Ders., GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 110.

¹³² Vgl. hierzu unten (Kap. 4, B.II.2.c.).

¹³³ Vgl. hierzu oben (Kap. 1, C.I.1.); ferner für den vorliegenden Zusammenhang *Baier*, CR 2008, 769 (771).

Schwingungen. Der Begriff schließt Angebote ein, die verschlüsselt verbreitet werden oder gegen besonderes Entgelt empfangbar sind.“ Dabei wird schon durch das explizite Anknüpfen an den linearen Verbreitungsmodus deutlich, dass das Begriffsverständnis des RStV enger ist als dasjenige in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.

Das aktuelle Begriffsverständnis stellt eine grundlegende Neuausrichtung dar, die Folge des unionsrechtlichen Einflusses in Form der AVMD-Richtlinie¹³⁴ ist.¹³⁵ Der deutsche Gesetzgeber war zu dieser begrifflichen Neuausrichtung keineswegs verpflichtet, solange er gleichwohl das von der AVMD-Richtlinie geforderte – der Konvergenz folgende – technologie-neutrale¹³⁶ Regelungsniveau gewährleistet.¹³⁷ Regelungsgegenstand der Richtlinie sind audiovisuelle *Mediendienste*, wobei dieser Begriff neben dem Fernsehen (nicht: Hörfunk) auch diesem vergleichbare Dienste erfasst.¹³⁸ Regelungsadressat ist derjenige, der die maßgebliche redaktionelle Verantwortung über den Dienst hat. Diese kann sich aus der Aufstellung eines festen Sendeplans oder der Zusammenstellung eines Katalogs zum Abruf von Sendungen (Art. 1 lit. c) ergeben.¹³⁹ Auch nach Auffassung des Richtlinienetzgebers stehen individuelle Selektionsmöglichkeiten einer redaktionellen Verantwortung nicht entgegen; gleiches gilt im Übrigen für den Sendungsbegriff (Art. 1 lit. b). Gleichwohl führt auch die Richtlinie ein System abgestufter Regelungsintensität ein, das entlang des technischen Linearitätskriteriums¹⁴⁰ zwischen Fernsehprogrammen¹⁴¹ (höhere Regelungsintensität) und Medi-

¹³⁴ Richtlinie 2007/65/EG vom 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. L 332 vom 18.12.2007, in der Fassung der Richtlinie 2010/13/EU, ABl. EU Nr. L 95 v. 15.04.2010, 1. Zur Entstehungsgeschichte *Pothast*, in: Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, RStV, Bd. 1, B 1, Rn. 439 ff.; *Kleist/Scheuer*, MMR 2006, 127 f.; zu den Neuerungen *Stender-Vorwachs/Theißen*, ZUM 2007, 613 (616 ff.).

¹³⁵ Die vorhergehende Definition orientierte sich noch stärker an der verfassungsrechtlichen Diktion, etwa durch Anknüpfung an das Darbietungsmerkmal. Die Neuausrichtung erfolgte im Zuge des Zwölften Staatsvertrags zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge v. 18.12.2008.

¹³⁶ Vgl. *Heintschel von Heinegg*, AfP 2008, 452 (455). Anders noch die Vorgängerrichtlinie („Fernsehen ohne Grenzen“), die Abrufdienste explizit ausklammerte.

¹³⁷ Vgl. *Gersdorf*, *Technologieneutraler Rundfunkbegriff*, 25; zu den Optionen des Gesetzgebers AVMD-Umsetzung vgl. *Castendyk/Böttcher*, MMR 2008, 13 (17 f.); *Heintschel von Heinegg*, AfP 2008, 452 (460).

¹³⁸ Erwägungsgrund Nr. 22; vgl. auch *Michel*, ZUM 2009, 453 (455). Im Sprachgebrauch der Richtlinie handelt es sich bei Fernsehen um einen „*traditionellen audiovisuellen Mediendienst*“, während neuartige audiovisuelle Mediendienste insbesondere solche auf Abruf sind, vgl. Erwägungsgrund Nr. 6. Umstritten ist, ob auch Videotext erfasst ist, vgl. *Kleist/Scheuer*, MMR 2006, 127 (130); *Ricke*, *Neue Dienstekategorien im Zuge der Konvergenz der Medien*, 4; *Castendyk/Woods*, in: *Castendyk/Dommering/Scheuer*, *European Media Law*, Teil II, Tz. 35; *Seidl/Maisch*, K&R 2011, 11 (13).

¹³⁹ Aufgrund der sich wandelnden Geschäftsmodelle der Kabelnetzbetreiber, die eigene Inhalte anbieten können, können auch diese in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Diese könnten nach dem Wortlaut der Richtlinie („organisieren“) bereits durch die Zusammenfassung einzelner Programme zu Kanalbündeln der Fall sein; vgl. auch unten (Kap. 3, A.I.2.b.).

¹⁴⁰ Vgl. *Castendyk/Böttcher*, MMR 2008, 13 (15); *Schmid/Kitz*, ZUM 2009, 739 (740 f.); kritisch zu diesem Kriterium *Gersdorf*, *Rundfunkbegriff*, 32 ff.; *Schütz*, MMR 2009, 228 (232).

¹⁴¹ Als solche gelten analoges und digitales Fernsehen, *Live-Streaming*, *Webcasting*, *Near-Video-on-Demand*, demgegenüber *Video-on-Demand* ein audiovisueller Mediendienst auf Abruf ist, vgl. Erwägungsgrund Nr. 27.

endiensten auf Abruf (geringere Regelungsintensität) differenziert.¹⁴² In funktionaler Hinsicht geht die Richtlinie mithin davon aus, dass die publizistische Relevanz von Mediendiensten auf Abruf grundsätzlich hinter der von Fernsehprogrammen zurückbleibt.¹⁴³ Unabhängig von der unterschiedlichen Bezeichnung unterfallen nur solche Fernsehprogramme respektive Mediendienste der AVMD-Richtlinie, bei denen es sich um Massenmedien handelt, die also zum Empfang durch einen erheblichen Teil der Allgemeinheit bestimmt.¹⁴⁴

Das Anknüpfen an die massenmediale Wirkungsweise eines Dienstes, die – wie noch zu zeigen sein wird¹⁴⁵ – auch der Sondersituation des Rundfunks im deutschen Verfassungsrecht zugrunde liegt, stellt den nationalen Gesetzgeber auch bei der Umsetzung der Vorgaben der AVMD-Richtlinie vor ein unübersehbares Dilemma. Dieses Dilemma folgt aus den mit dem technischen Fortschritt einhergehenden Veränderungen im Rezeptionsverhalten der Nutzer, vor allem der zunehmende Individualisierung.¹⁴⁶ Diese Individualisierung des (Massen-)Kommunikationsprozesses nimmt diesem sein besonderes Regulierungsbedürfnis im selben Maße, wie individualkommunikative Momente zunehmen.

Durch die Übernahme des Liniaritätskriteriums¹⁴⁷ aus der AVMD-Richtlinie im Austausch für das dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff entlehnte Tatbestandsmerkmal der Darbietung¹⁴⁸ ist der Rundfunkbegriff des RStV auf den ersten Blick nun inhaltsneutral ausgestaltet.¹⁴⁹ Allerdings wird die Relevanz der übertragenen Inhalte über den Umweg der Amtlichen Begründung zum 12. RÄndStV wieder in die Bestimmung des Rundfunkbegriffs eingeführt. Denn danach soll es – systematisch wenig überzeugend – für die „Ausrichtung an die Allgemeinheit“ auf „die bereits bisher herangezogenen Kriterien der Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft“ ankommen.¹⁵⁰

¹⁴² Vgl. Erwägungsgründe Nr. 11, 15, 58; vgl. auch *Michel*, ZUM 2009, 453 (456); *Castendyk/Böttcher*, MMR 2008, 13 (14); *Stender-Vorwachs/Theißen*, ZUM 2007, 613 (615); *Kleist/Scheuer*, MMR 2006, 127 (128 ff).

¹⁴³ Ob dem tatsächlich so ist wird im vierten Kapitel (B.II.2.b.) ausführlich untersucht.

¹⁴⁴ Erwägungsgrund 21. Ferner muss der Dienst geeignet sein, eine deutliche Wirkung gegenüber der Allgemeinheit zu entfalten, womit die Massenmedien in ihrer „*informierenden, unterhaltenden und die breite Öffentlichkeit bildenden Funktion*“ gemeint sind, vgl. Erwägungsgrund Nr. 22.

¹⁴⁵ Vgl. unten Kap. 4, A.II.1.

¹⁴⁶ Vgl. v. *Coelln*, AfP 2008, 433 (438); *Castendyk*, AfP 2008, 467 (470); *Möllers*, AfP 2008, 241 (249).

¹⁴⁷ Maßgeblich ist daher das Vorliegen eines durch den Programmanbieter festgelegten Sendezeitpunkts und Sendeplans, vgl. *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 423 (424); *Bullinger*, ZUM 2007, 337 (341).

¹⁴⁸ Im Hinblick auf die Tatbestandsmerkmale „*Ausrichtung an die Allgemeinheit*“ und „*Benutzung von Funkwellen*“ verbleibt es hingegen bei dem Gleichlauf mit dem verfassungsrechtlichen Rundfunkverständnis.

¹⁴⁹ Vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 2, Rn. 21; *Baier*, CR 2008, 769 (775).

¹⁵⁰ Vgl. die amtliche Begründung zum 12. RÄndStV, 4 f. Kritisch zur Beibehaltung dieser Abgrenzungskriterien *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 2, Rn. 22; *Michel*, ZUM 2009, 453 (457); *Schütz*, MMR 2009, 228 (229 f.); *Castendyk/Böttcher*, MMR 2008, 13 (14). Gleichwohl steht dies nicht im Widerspruch zu den Vorgaben der AVMD-Richtlinie, da auch diese auf der ersten Stufe den massenkommunikativen Charakter eines Angebots fordert, bevor sodann inhaltsneutral aber technologiebezogen auf der zweiten Stufe nach Liniarität differenziert wird. Der massenkommunikative Charakter ergibt sich aus der Wirkmächtigkeit eines

Die Ausnahmetatbestände des § 2 Abs. 3 RStV dienen dazu, solche Angebote vom Rundfunkbegriff auszunehmen, die zwar unter den weiten, weil *expressis verbis* technisch determinierten Rundfunkbegriff fallen, denen aber gleichwohl der massenkommunikative Charakter bzw. die Meinungsbildungsrelevanz fehlen.¹⁵¹

Schließlich ist trotz der Neuregelung des Rundfunkbegriffs an der sog. Rückholklausel des § 20 Abs. 2 RStV, die der Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) die Möglichkeit gibt, bestimmte Angebote als Rundfunk einzuordnen und ihre Anbieter zur Beantragung einer entsprechenden Zulassung aufzufordern, festgehalten worden.¹⁵² Dies überrascht insofern als Grenzfälle zwischen Rundfunk und Nicht-Rundfunk, denen mit § 20 Abs. 2 RStV begegnet werden sollte, nach der Neufassung des § 2 Abs. 1 RStV eigentlich nicht mehr vorkommen dürften. Ein Angebot kann nur entweder linear oder nicht-linear sein.¹⁵³

Das einfachgesetzliche Verhältnis „Meinungsbildungsrelevanz vs. Linearität“ stellt sich nach der Neufassung wie folgt dar: Lineare Dienste sind Rundfunk, es sei denn es fehlt ihnen jegliche Meinungsbildungsrelevanz. Demgegenüber sind nicht-lineare Angebote selbst dann kein Rundfunk, wenn sie im Einzelfall nennenswerten Einfluss auf die Meinungsbildung haben; sie bleiben Telemedien.

Mit dem neudefinierten Rundfunkbegriff wurde der gesetzgeberische Spagat versucht, sowohl am tradierten Rundfunkverständnis festzuhalten, gleichzeitig jedoch Konformität mit der AVMD-Richtlinie herzustellen. Die Konsequenzen dieses Spagats sind systematische Unzulänglichkeiten, wie die plötzliche Verortung der Meinungsrelevanz im Tatbestandsmerkmal der Ausrichtung an die Allgemeinheit.¹⁵⁴ Zudem ist die Zukunftsfähigkeit der neuen Abgrenzung angesichts bereits existierender Hybridformen von linearen und nicht-linearen Diensten mehr als fraglich.¹⁵⁵ Schließlich stößt die technologiebezogene Abgrenzung bereits jetzt an ihre Grenzen, soweit es um IP-TV und Streaming-Dienste geht.¹⁵⁶

Angebots. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 2, Rn. 20 und *Michel*, ZUM 2009, 453 (460) fordern gleichwohl eine gesetzliche Klarstellung, dass es einer publizistischen Relevanz bedarf.

¹⁵¹ Zur Kritik an der *de-minimis*-Regelung des § 2 Abs. 3 Nr. 1 RStV vgl. *Baier*, CR 2008, 769 (775); *Weberling*, AfP 2008, 445 (446 f.); *Heintschel von Heinegg*, AfP 2008, 452 (460); *Körber*, ZWeR 2009, 315 (328 f.).

¹⁵² Zur ursprünglichen Bedeutung der Vorschrift vgl. die amtliche Begründung zum 3. RÄndStV, abgedruckt bei *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, A 2.1, 5 f. Die Verfassungswidrigkeit dieser Norm annehmend *Ricker*, NJW 1997, 3199 (3201 f.).

¹⁵³ So auch *Engels/Jürgens*, AfP 2008, 367; für die Verzichtbarkeit der Norm *Körber*, ZWeR 2009, 315 (329). Zu einer sprachlichen Umgestaltung *de lege feranda* vgl. *Castendyk/Böttcher*, MMR 2008, 13 (18).

¹⁵⁴ Ebenso wenig überzeugt es, das Darbietungserfordernis als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu verstehen; so aber *Holzengel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber, HB Multimedia-Recht, Teil 5, Rn. 65.

¹⁵⁵ So auch *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 2, Rn. 22.

¹⁵⁶ Vgl. dazu *Körber*, ZWeR 2009, 315 (318); *Schütz*, MMR 2009, 228 (232).

2. „Telemedien“ als Oberbegriff sonstiger Kommunikationsdienste

Unterhalb des Rundfunks findet sich der in §§ 2 Abs. 1 Satz 3 RStV, 1 Abs. 1 TMG¹⁵⁷ im Wege einer Negativabgrenzung legaldefinierte Begriff der Telemedien als Oberbegriff für sonstige Kommunikationsdienste, die einen Inhaltsbezug aufweisen.¹⁵⁸ Telemediendienste sind alle Kommunikationsdienste, die weder Rundfunk noch Telekommunikationsdienste oder telekommunikationsgestützte Dienste im Sinne des TKG sind.

Von den Diensten des TKG unterscheiden sich Telemedien dadurch, dass bei ersteren die Signaltransportleistung im Vordergrund steht, während dies bei letzteren der übertragene Inhalt ist. Ein Telekommunikationsdienst nach § 3 Nr. 24 TKG¹⁵⁹ umfasst die Bereitstellung eines Netzes zur Signalübertragung sowie die Durchführung des Signaltransportes selbst.¹⁶⁰ Einen reinen Telekommunikationsdienst, der ausschließlich dem TKG unterfällt, stellt die Internettelefonie (*VoIP*) dar.¹⁶¹ Zu den telekommunikationsgestützten Diensten nach § 3 Nr. 25 TKG¹⁶² zählen insbesondere telefonische Mehrwertdienste. Bei ihnen wird die Inhaltsleistung noch während der Telekommunikationsverbindung erfüllt.¹⁶³

Vom Rundfunk grenzen sich Telemedien nun grundsätzlich nach dem Linearitätskriterium ab. Während zuvor die geringere Meinungsbildungsrelevanz aufgrund geringerer Wirkmächtigkeit (Breitenwirkung, Aktualität, Suggestivkraft) im Einzelfall entscheidend war¹⁶⁴, ist es nun die Nicht-Linearität eines Angebots, die dieses als zulassungsfreien Telemediendienst

¹⁵⁷ Telemediengesetz vom 26. Februar 2007, BGBl. I, 179. Vgl. dazu instruktiv *Schmitz*, K&R 2007, 135 ff. Dieses ist als ausschließlich übertragungsinhaltsbezogenes Regelungswerk im hiesigen Zusammenhang mit Ausnahme der auch im RStV verwendeten Begriffsbestimmung von keinerlei weiterem Interesse.

¹⁵⁸ Der Begriff ersetzt das frühere Begriffspaar aus bundesgesetzlich regulierten Telediensten und landesrechtlich reglementierten Mediendiensten. Während Teledienste durch eine individuelle Nutzung gekennzeichnet waren (§ 2 Abs. 1 TDG), stand bei Mediendiensten die Ausrichtung an die Allgemeinheit im Vordergrund (§ 2 Abs. 1 MDSStV). Zur Kritik an den unscharfen und daher impraktikablen Abgrenzungskriterien und den daraus resultierenden Einordnungskonflikten vgl. statt vieler *Reinemann*, ZUM 2006, 523 (527). Zu den durch das TMG geschaffenen Abgrenzungskonflikten vgl. *Schütz*, MMR 2009, 228 (229); *Ricke*, Neue Dienstekategorien, 18; *Kitz*, ZUM 2007, 368.

¹⁵⁹ Ein in der Regel gegen Entgelt erbrachter Dienst, der ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze (§ 3 Nr. 27 TKG) besteht, einschließlich der Übertragungsdienste in Rundfunknetzen.

¹⁶⁰ Aufgrund nuancieller Definitionsunterschiede zwischen TKG und TMG (dazu *Kitz*, ZUM 2007, 368 [369]) können auf bestimmte – sog. doppelt-relevante – Dienste beide Regelungskomplexe anwendbar sein; dies gilt insbesondere für die Internetzugangsvermittlung, Vgl. die amtliche Begründung zum ElGVG, BT-Dr. 16/3078, 13; anders noch im Verhältnis des TKG zum IUKDG, wonach das Access-Providing nach h. M. alleine dem TKG unterfiel, vgl. *Gersdorf*, Internet über Rundfunkfrequenzen, 27.

¹⁶¹ Amtliche Begründung zum ElGVG, BT-Dr. 16/3078, 13; vgl. auch *Hoeren*, NJW 2007, 801 (802).

¹⁶² Dienste, die keinen räumlich und zeitlich trennbaren Leistungsfluss auslösen, sondern bei denen die Inhaltsleistung noch während der Telekommunikationsverbindung erfüllt wird. Zur Abgrenzung zum TK-Dienst vgl. *Schütz/Piepenbrock/Attendorn*, in: *Geppert/Piepenbrock/Schütz*, TKG, § 3, Rn. 50.

¹⁶³ Auch Email-Dienste unterfallen dem TKG; vgl. *Säcker*, Berl. TKG-Kommentar, § 3, Rn. 73.

¹⁶⁴ Vgl. hierzu nur *Reinemann*, ZUM 2006, 523 (526); *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 423 (424); *Hoeren*, NJW 2007, 801 (802 f.); *Schmitz*, K&R 2007, 135; *Spindler*, CR 2007, 239 (240 f.); *Castendyk*, AfP 2008, 467 (472); *Ring/Gummer*, ZUM 2007, 434 (436); vgl. auch *DLM*, Überarbeitung des dritten Strukturpapiers / Internet-Radio und IP-TV, beschlossen am 27.06.2007, 4.

qualifiziert.¹⁶⁵ Ebenfalls den Telemedien sind Kommunikationsdienste zuzuordnen, denen es an Bewegtbildern oder Ton fehlt.

Verkompliziert werden die Abgrenzungsfragen bei Telemedien dadurch, dass diese im Kontext bestimmter Regelungsabschnitte in RStV und TMG einer telemedialen Subkategorisierung zugeführt werden.¹⁶⁶ So finden sich in § 54 Abs. 2 RStV Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten.¹⁶⁷ In § 55 Abs. 1 RStV finden sich Telemedien, die ausschließlich persönlichen oder familiären Zwecken dienen. Daneben kodifiziert § 5 Abs. 1 TMG geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt erbrachte Telemedien.¹⁶⁸

Von besonderer Bedeutung im Kontext dieser Arbeit sind die dem Rundfunk vergleichbaren Telemedien. Sie sind bei der Definition des Plattformanbieters (§ 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV) sowie der Verteilung der Übertragungskapazitäten bzw. Plattformregulierung (5. Abschnitt des RStV, insbesondere § 52b RStV) relevant.¹⁶⁹ Das Gesetz versteht unter dem Rundfunk vergleichbaren Telemedien solche, die an die Allgemeinheit gerichtet sind (vgl. §§ 2 Abs. 2 Nr. 13, 50 RStV). Erfasst werden solche Dienste, die aufgrund ihrer massenkommunikativen Bedeutung Mediendienste im Sinne des MDStV waren und dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff unterfallen.¹⁷⁰ Spätestens damit erweist sich die vermeintliche Vereinfachung der Abgrenzung zwischen Rundfunk und Nicht-Rundfunk, die durch die Einführung des Begriffs der Telemedien erreicht werden sollte, als weitgehend hinfällig.¹⁷¹ Denn materiell ist weiterhin zwischen Telediensten (nicht dem Rundfunk vergleichbar) und Mediendiensten (dem Rundfunk vergleichbar) zu differenzieren. Systematisch fragwürdig ist auch hier die Verortung der Meinungsbildungsrelevanz in der Ausrichtung an die Allgemeinheit, wenn gleich dies nun im Einklang mit dem einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff steht.¹⁷² Vorzugs-

¹⁶⁵ Mittelbar spielt die Meinungsbildungsrelevanz gleichwohl eine Rolle, da ihr Fehlen teilweise *ratio legis* der Ausnahmetatbestände des § 2 Abs. 3 RStV ist. In Verbindung mit dem Primat der Negativabgrenzung führt dies allerdings zu einer gewissen Entwertung des Linearitätskriteriums, da hierdurch auch lineare Dienste den Telemedien unterfallen können, wenn sie für die Meinungsbildung weniger oder nicht relevant sind.

¹⁶⁶ Kritisch hierzu etwa *Cole*, in: Dörr/Kreile/Cole, HB Medienrecht, Teil C, III, Rn. 24.

¹⁶⁷ Hauptanwendungsfall ist die sog. elektronische Presse vgl. hierzu *Kitz*, ZUM 2007, 368 (370). Die Rechtsprechung stellt an das Vorliegen einer journalistisch-redaktionellen Bearbeitung keine hohen Anforderungen; Vgl. OVG NRW, Beschluss v. 22.11.2006, Az. 13 B 1796/06, Rn. 40 ff.; VG Köln, Beschluss v. 11.08.2006, Az. 6 L 736/06, Rn. 32; VG Aachen, Beschluss v. 13.07.2006, Az. 8 L 356/06, Rn. 10 ff. – sämtliche zitiert nach juris; kritisch hierzu *Engels/Jürgens/Fritzsche*, K&R 2007, 57 (58).

¹⁶⁸ Zum Verhältnis von § 55 RStV und § 5 TMG vgl. *Kitz*, ZUM 2007, 368 (372) und *Hoeren*, NJW 2007, 801 (803) einerseits sowie *Engels/Jürgens/Fritzsche*, K&R 2007, 57 (62) andererseits.

¹⁶⁹ Vgl. zu beidem ausführlich Kapitel 3.

¹⁷⁰ Amtliche Begründung zum 9. RÄndStV, 13. Auch hier sind die Gerichte großzügig, vgl. VG Münster, Beschluss v. 14.06.2010, Az. 1 L 155/10, Rn. 55.

¹⁷¹ Vgl. zu diesem Beispiel rückwärtsgewandter Innovation *Kitz*, ZUM 2007, 368 (369 f.); kritisch auch *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 50, Rn. 12 f.; *Ricke*, Neue Dienstekategorien, 19 f.

¹⁷² Jedoch stammt die Definition der vergleichbaren Telemedien aus einer Zeit, in der das Darbietungskriterium explizit auch noch im einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff Verwendung fand. Vgl. dazu auch *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 50, Rn. 12 f.; wie hier *Berger*, CR 2012, 306 (309).

würdig wäre *de lege feranda* eine Definitionsänderung dahin, dass die Allgemeinausrichtung durch die „Fernsehähnlichkeit“ eines Angebots ersetzt wird.¹⁷³ Dadurch könnten, im Einklang mit der AVMD-Richtlinie, sämtliche Abrufdienste, die aufgrund ihrer Nicht-Linearität Telemedien darstellen, im Falle einer gewissen „Fernsehähnlichkeit“ als dem Rundfunk vergleichbare Telemedien gelten.¹⁷⁴ Entgegen *Schütz*¹⁷⁵ ist die Kategorie der vergleichbaren Telemedien auch nicht obsolet geworden. Denn schon der RStV selbst hält nicht stringent am technologischen Linearitätskriterium fest.¹⁷⁶ Insbesondere lineare Dienste, die aufgrund der generalisierenden Betrachtungsweise des § 2 Abs. 3 RStV vom Rundfunkbegriff ausgenommen sind, bei funktionaler Betrachtung im Einzelfall aber dem Rundfunk vergleichbare Meinungsbildungsrelevanz besitzen, etwa besonders reichweitenstarke *Pay-per-View*-Angebote, können in die Kategorie der vergleichbaren Telemedien eingeordnet werden.

Nahezu synonym mit den vergleichbaren Telemedien kann der in Umsetzung der AVMD-Richtlinie im Zuge des 13. RÄndStV¹⁷⁷ in § 58 Abs. 3 RStV implementierte Begriff der audiovisuellen Mediendienste auf Abruf verwendet werden.¹⁷⁸ Dies sind Telemedien mit Inhalten, die nach Form und Inhalt fernsehähnlich sind und die von einem Anbieter zum individuellen Abruf zu einem vom Nutzer gewählten Zeitpunkt und in einem vom Anbieter festgelegten Inhabekatalog bereitgestellt werden.¹⁷⁹ Danach handelt es sich insbesondere bei Spielfilmen, Sportberichten, Fernsehfilmen und -spielen sowie Dokumentarfilmen um audiovisuelle Mediendienste auf Abruf; sämtliche Video-on-Demand-Angebote sollen danach dem Begriff von § 58 RStV erfasst werden.¹⁸⁰ Die begriffliche Inkonsistenz innerhalb des RStV mit der Folge, dass ein und dasselbe Angebot zugleich vergleichbares Telemedium und audiovisueller Mediendienst auf Abruf sein kann, erklärt sich vor dem Hintergrund des jeweils unterschiedlichen Regelungsabschnitts und -Kontexts.

¹⁷³ Vgl. hierzu sogleich. Die Übernahme der Wendung „*audiovisueller Mediendienst auf Abruf*“ im Sinne von § 58 Abs. 3 RStV bietet sich demgegenüber nicht an, weil sonst sämtliche nicht-audiovisuellen Telemedien ausgenommen wären. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch solche dem Rundfunk vergleichbar sein können; so wohl auch *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 50, Rn. 13.

¹⁷⁴ *Broemel*, ZUM 2012, 866 (873), nennt etwa Telemedienangebote im Rahmen von Hybrid-TV.

¹⁷⁵ So *Schütz*, MMR 2009, 228 (230), da ein linearer Dienst – vorbehaltlich § 2 Abs. 3 RStV – nur Rundfunk, ein nicht-linearer Dienst hingegen – vorbehaltlos – niemals Rundfunk, sondern nur Telemedium sein kann. Bei strikter Beachtung des Linearitätskriteriums existieren dem Rundfunk vergleichbare Telemedien nicht.

¹⁷⁶ So wohl auch *Dörr*, in: Ders./Kreile/Cole, Handbuch Medienrecht, Teil E, I, Rn. 35.

¹⁷⁷ Dreizehnter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge v. 30.10./04.11./20.11.2009.

¹⁷⁸ Der einzige Unterschied zwischen beiden besteht darin, dass vergleichbare Telemedien nicht zwingend audiovisueller Natur sein müssen, vgl. bereits oben Fn. 173. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 50, Rn. 13, nennen als Beispiel an die Allgemeinheit gerichtete E-Mail-Dienste.

¹⁷⁹ Vgl. hierzu auch *Keber*, in: Dörr/Kreile/Cole, Handbuch Medienrecht, Teil M, Rn. 48; zur Einfügung dieser Begrifflichkeit in das TMG (§§ 1 Abs. 6, 2 Nr. 1, Nr. 6) vgl. *Seidl/Maisch*, K&R 2011, 11 (12 f.)

¹⁸⁰ Begründung 13. RÄndStV, abgedruckt bei *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 58, 1 f.

3. Fazit und praktische Einordnung

Was unter dem Begriff der Telemedien zu verstehen ist ergibt sich im Wege einer doppelten Negativabgrenzung: einerseits zu den Telekommunikationsdiensten, andererseits zum Rundfunk. Dementsprechend determiniert diese Zuordnung auch, welches Regelungsregime einschlägig ist: TMG, RStV oder TKG. Im Verhältnis zum Rundfunk kommt es entscheidend auf das technische Kriterium der Linearität eines Dienstes an; darüber hinaus spielt mittelbar über die Ausnahmetatbestände des § 2 Abs. 3 die Relevanz eines Dienstes für die Meinungsbildung eine Rolle. Für die Abgrenzung zu den Diensten der Telekommunikation ist entscheidend, ob das zu beurteilende Angebot nur die Signalübertragung an sich zum Gegenstand hat (dann Telekommunikation) oder ob es einen darüber hinausgehenden Erfolg zum Inhalt hat, für den die Signalübertragung nur eine technische Voraussetzung ist (dann Telemedien). Für die bei der Signalübertragung über das Breitbandkabel relevanten Dienste ergibt sich daher folgendes Bild¹⁸¹:

Während die Zuordnung klassischer Fernsehprogramme (Rundfunk) und True-Video-on-Demand-Angeboten¹⁸² (Telemedien) problemlos möglich ist, bereitet schon die Einordnung von *Pay-per-View*-Diensten Schwierigkeiten.¹⁸³ Denn diese nimmt RStV in § 2 Abs. 3 Nr. 5 vom Rundfunkbegriff aus, obwohl es sich um einen linearen audiovisuellen Mediendienst und damit ein Fernsehprogramm im Sinne von Art. 2 lit. e) der AVMD-Richtlinie handelt.¹⁸⁴ Stellt man für Telemedien nun aber auf die Nicht-Linearität eines Angebots ab, lassen sich *Pay-per-View*-Angebote, bei denen der Nutzer aus einem ihm vorgegebenen Sendeplan bzw. Gesamtprogramm einzelne Sendungen aussucht, die sämtlichen Nutzern zur Verfügung stehen, nicht darunter subsumieren.¹⁸⁵ Zur Vermeidung verfassungs- und unionsrechtswidriger Ergebnisse¹⁸⁶ – *Pay-per-View*-Angeboten ist nicht jegliche Meinungsbildungsrelevanz abzusprechen – bedarf es daher einer teleologischen Extension der Telemediendefinition. Dieser erfasst danach auch solche Dienste, die zwar in technischer Hinsicht linearer Natur sind, aufgrund ihrer

¹⁸¹ Eine abschließende Behandlung sämtlicher denkbaren Angebote kann in einem für diese Arbeit vertretbaren Umfang nicht geleistet werden; die nachfolgenden Äußerungen sind daher generalisierender Natur.

¹⁸² In diese Kategorie fallen etwa auch die Sendermediatheken im WWW; ebenso Newsletter und *Twitter*.

¹⁸³ Dabei entrichtet der Nutzer ein Entgelt für den konkreten Empfang eines bestimmten Einzelinhalts, während er dieses Entgelt beim klassischen Pay-TV für die Empfangsmöglichkeit für ein Gesamtprogramm entrichtet.

¹⁸⁴ Die Diskrepanz folgt daraus, dass der Gesetzgeber des RStV eine technische Eigenschaft (Nicht-Linearität) mit einer Abrechnungsmodalität (Entgelt für Einzelsendung) gleichsetzt. Nach der Amtl. Begr. zum 12. RÄndStV, 5, sei Pay-per-View aufgrund der Rezeptionsart mit nicht-linearen Angeboten vergleichbar.

¹⁸⁵ Vgl. *Michel*, ZUM 2009, 453 (459)

¹⁸⁶ Dieser Gefahr ist der Gesetzgeber freilich im Zuge des 13. RÄndStV durch die Einführung des § 58 Abs. 3 Satz 2 RStV im Hinblick auf die meisten Regelungsbereiche entgegengetreten; vgl. hierzu *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 58, Rn. 2.

Meinungsbildungsrelevanz und konkreten Ausgestaltung jedoch den nicht linearen Angeboten näher stehen.¹⁸⁷

Deutlich kontroverser wird die Einordnung von NVoD-Angeboten diskutiert.¹⁸⁸ Die AVMD-Richtlinie sieht darin ein (lineares) Fernsehprogramm¹⁸⁹; dies entspricht auch der verfassungsrechtlichen Einordnung.¹⁹⁰ Auch einfachgesetzlich unterfällt NVoD grundsätzlich dem Rundfunkbegriff. Insbesondere liegt einem NVoD-Angebot nämlich ein Sendeplan zugrunde.¹⁹¹ Dem steht auch nicht entgegen, dass bei NVoD-Angeboten häufig derselbe Inhalt wiederholt ausgestrahlt wird. Weder die Legaldefinition des Rundfunkprogramms in § 2 Abs. 2 Nr. 1 RStV¹⁹² noch diejenige des Fernsehprogramms in der AVMD-Richtlinie verlangen explizit die Ausstrahlung *unterschiedlicher* Inhalte.¹⁹³ Hierfür spricht auch ein Umkehrschluss zu § 2 Abs. 3 Nr. 5 RStV, wonach NVoD-Dienste die nicht Pay-per-View abgerechnet werden, dem Rundfunkbegriff unterfallen.¹⁹⁴

Eine Änderung hat sich auch für Teleshopping-Kanäle ergeben (§ 2 Abs. 2 Nr. 10 RStV). Diese waren ursprünglich ausdrücklich den Telemedien zugeordnet (§ 2 Abs. 1 Satz 4 RStV a.F.), sind nun aber aufgrund ihres linearen Verbreitungsmodus zulassungspflichtiger Rundfunk.¹⁹⁵

Die Einordnung von Online-Streaming-Diensten richtet sich primär nach ihrer technischen Ausgestaltung im Einzelfall. Werden sie linear übertragen, etwa beim sog. *Simulcasting*, bei

¹⁸⁷ I. E. ebenso *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 1, Rn. 28.

¹⁸⁸ Bereits nach alter Rechtslage wurde alles vertreten, vgl. bspw.: *Hesse*, Rundfunkrecht, Kap. 3, Rn. 12 („zweifelsfrei“ Rundfunk, da keine starren Anfangszeiten); ebenso VG München, ZUM 2003, 292 (293); *Schreier*, MMR 2005, 519 (Mediendienst); *Meier*, in: Roßnagel, Recht der Multimedia-Dienste, MDStV, § 2, Rn. 65 (Teledienst). Einen Überblick zum Streitstand gibt *Gersdorf*, K&R 2010, 375 (379 ff.).

¹⁸⁹ Erwägungsgrund Nr. 27; so auch *Seidl/Maisch*, K&R 2011, 11 (15).

¹⁹⁰ Vgl. oben C.II.1.a.

¹⁹¹ AA *Michel*, ZUM 2009, 453 (459); *Gersdorf*, K&R 2010, 375 (381 ff.); ebenso *eco*, Stellungnahme zum 12. RÄndStV v. 12.06.2008, 13.

¹⁹² AA *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, B 5, § 1, Rn. 33; *Gersdorf*, K&R 2010, 375 (376, 381).

¹⁹³ I. E. ebenso *Schmid/Kitz*, ZUM 2009, 739 (740 f.); *Frey/Rudolph*, ZUM 2008, 564 (565); einschränkend bei zukunftsorientierter Betrachtung *Kleist/Scheuer*, MMR 2006, 127 (131). Auf die Einflussmöglichkeiten des Nutzers abstellend mit unterschiedlichem Ergebnis: *Schulz*, in: Hahn/Vesting (2. Aufl.), Rundfunkrecht, § 2, Rn. 52 (Rundfunk); *Gersdorf*, K&R 2010, 375 (377) (Telemedien).

¹⁹⁴ A.A. *ANGA*, Stellungnahme zum 12. RÄndStV v. 12.06.2008, 3 f. So auch *Gersdorf*, K&R 2010, 375 (381 f.), der auf die Systematik von § 2 Abs. 1, 3 Nr. 5 RStV verweist und in letzterem eine Konkretisierung sieht, dass NVoD-Angebote auch bei *Pay-per-View*-Abrechnung kein Rundfunk sind. Systematisch lässt sich dem entgegenhalten, dass sämtliche der Ausnahmetatbestände Modifizierungen des Absatzes 1 und gerade keine Konkretisierungen sind. Auch teleologisch überzeugt diese Ansicht nicht, da es einer Konkretisierung in Absatz 3 nicht bedarf, wenn eine Angebotskategorie bereits nach Absatz 1 nicht dem Rundfunkbegriff unterfällt.

¹⁹⁵ Zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse sind nach § 1 Abs. 4 RStV meinungsvielfaltssichernde Regelungen nur anwendbar, wenn dies explizit angeordnet ist. So ist etwa über § 39 Abs. 1 Satz 2 RStV das Zulassungserfordernis (§ 20 RStV) auch auf Teleshopping-Kanäle anwendbar, es sei denn die Übergangsregelung des Art. 7 Abs. 2 12. RÄndStV greift Platz. Grundsätzlich gegen die Meinungsbildungsrelevanz von Teleshopping-Kanälen *Schütz*, MMR 2009, 228 (229).

dem reguläre Fernsehprogramme gleichzeitig online per Stream verfügbar sind, handelt es sich um Rundfunk¹⁹⁶; gleiches gilt für linear verbreitete Webcasting-Angebote.¹⁹⁷

Fernseh- und verwandte Textdienste sind mangels bewegter Bilder einfachgesetzlich Telemedien. Gleiches gilt für EPGs, die trotz ihrer Meinungsbildungsrelevanz als Orientierungshilfe¹⁹⁸, überwiegend auf textlichen Elementen beruhen.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 27 der AVMD-Richtlinie; *DLM*, Überarbeitung des dritten Strukturpapiers / Internet-Radio und IP-TV, 6; *Ring/Gummer*, ZUM 2007, 433 (435). Den berechtigten Bedenken von *Spindler*, CR 2007, 239 (241) zu privaten Live-Streams trägt § 2 Abs. 3 Nr. 3 RStV Rechnung. Die differenzierende Ansicht von *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 423 (424) zu Teleshopping-Programmen ist nicht mehr vertretbar.

¹⁹⁷ Vgl. *Spindler*, CR 2007, 239 (240), unter Verweis auf BT-Dr. 16/3078, 21. Die daraus folgende Zulassungspflichtigkeit lässt sich praktisch kaum durchsetzen, vgl. *Bullinger*, ZUM 2007, 337 (340 f.).

¹⁹⁸ Vgl. *Grewenig*, ZUM 2009, 15 (20); *Dörr/Janik/Zorn*, Zugang, 17 f.

¹⁹⁹ Ebenso *Sjurts*, MW 2010, 32 (39).

Kapitel 2: Die Vorgaben für die Kabelnutzung durch das Wettbewerbsrecht

Lag dem vorangegangenen Kapitel eine inhaltezentrierte Perspektive zugrunde, erfolgt nun ein Wechsel zu einer primär übertragungstechnischen Betrachtungsweise. Denn sowohl in diesem als auch im nachfolgenden Kapitel soll es nicht um die rechtliche Qualifikation bestimmter Angebote gehen. Gegenstand dieser Kapitel sollen vielmehr die Vorgaben sein, die sich aus verschiedenen Regulierungsregimen für die Belegung des Kabelnetzes ergeben.

A. Doppelte Relevanz der Kabelbelegung in rechtlicher Hinsicht

Die Belegung des Breitbandkabelnetzes mit Rundfunk und sonstigen Diensten weist die Besonderheit auf, dass sie Gegenstand mehrerer Regulierungsregime ist. Während die Kabelbelegung einerseits als rundfunkrechtlich relevanter Vorgang betrachtet wird, der einer spezifisch medienrechtlichen Regulierung bedarf²⁰⁰, sind daneben Vorgaben des sektorspezifischen und allgemeinen Wettbewerbsrechts zu beachten, namentlich das TKG und das GWB.²⁰¹ Die Fragestellungen rund um die Einspeisung und Übertragung von Rundfunk und Telemedien in Breitbandkabelanlagen betreffen damit einen „doppelt-relevanten“ Bereich, der gleichsam als „Schnittstelle von Rundfunk-, Telekommunikations- und Kartellrecht“²⁰² bezeichnet werden kann.²⁰³ Präzise gesprochen sind damit nicht nur zwei, sondern drei Regulierungsregime einschlägig. Gleichwohl verfolgen TKG und GWB ein weitgehend kongruente Zielsetzung: die Gewährleistung wirtschaftlichen Wettbewerbs, wobei das TKG speziell den vormals staatsmonopolistisch geprägten Telekommunikationsmarkt im Blick hat, auf dem funktionierender Wettbewerb nicht nur gesichert sondern überhaupt erst etabliert werden muss.²⁰⁴ Davon unterscheidet sich das Medienrecht, namentlich der RStV, der bei der Kabelbelegung nur reflexartig den wirtschaftlichen Wettbewerb im Blick hat. Primär geht es um die Gewährleistung von Meinungsvielfalt; diesem Zweck und nicht der freien wirtschaftlichen Entfaltung der Rundfunkveranstalter oder gar der Netzbetreiber „dient“ nach Auffassung des Bundesverfas-

²⁰⁰ Vgl. hierzu ausführlich Kap. 3.

²⁰¹ Zur parallelen Anwendbarkeit des Kartell- und Rundfunkrechts vgl. *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 285 f.; *ders.*, Chancengleicher Zugang, 51 f.

²⁰² *Hahne*, Kabelbelegung, 4.

²⁰³ In diesem Zusammenhang wird ferner der Begriff der „hybriden Dienstleistung“ verwendet, der den Umstand beschreibt, dass es sich bei der Einspeise- und Übertragungsdienstleistung der Netzbetreiber um eine Leistung handelt, die weder rein telekommunikationsrechtlich noch rein medienrechtlicher Natur ist (vgl. *Ladeur*, ZUM 2002, 252 [253 f.]).

²⁰⁴ Vgl. zum Telekommunikationsrecht: §§ 1, 2 TKG und hierzu *Schuster*, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz, TKG, §§ 1, 2, Rn. 10 ff; zum Kartellrecht: *Meessen*, in: Loewenheim/Ders./Riesenkampff, Kartellrecht, Bd.1, Rn. 1 (5); *Wiedemann*, in: *ders.*, Hdb. Kartellrecht, § 1, Rn.1; *Hoffmann-Riem*, Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, 21, bezeichnet das Wirtschaftsrecht als „wettbewerbsicherndes Recht“; vgl. für den vorliegenden Zusammenhang auch *Christmann*, ZUM 2009, 7 (8) sowie *Grewenig*, ZUM 2009, 15 (16).

sungsgerichts die verfassungsrechtliche Rundfunkfreiheit.²⁰⁵ Die u.a. im RStV verkörperte „positive Ordnung“ enthält daher neben Vorgaben gegenüber Programmveranstaltern Regelungen, die Kabelnetzbetreiber betreffen.²⁰⁶ Vor dem Hintergrund dieser divergierenden Rechtsregime gilt es zu untersuchen, inwieweit diese zu unterschiedlichen Ergebnissen für die Frage führen, in welchem Verhältnis die über das Breitbandkabel übertragbaren Dienste bei der Kabelbelegung zu berücksichtigen sind. Zunächst sollen daher die Vorgaben des sektorspezifischen TKG für die Nutzung des Breitbandkabels untersucht werden; anschließend soll sich eine Betrachtung des GWB.

B. Nutzungsvorgaben für das Breitbandkabelnetz durch das TKG?

Rundfunk und andere kommunikationstechnologische Dienste sind zu ihrer Verbreitung auf Übertragungsinfrastrukturen angewiesen. Umgekehrt sind die Infrastrukturen bzw. deren Betreiber auf die Nachfrage nach einer Nutzung ihrer Netze angewiesen. Folglich besteht eine wechselseitige Abhängigkeit zwischen den Übertragungsnetzen und den darüber verbreiteten Diensten; gleiches gilt für die beide Lebensbereiche betreffenden Rechtsregime.²⁰⁷ Aufgrund der technischen Konvergenz, die zu einer Überwindung der ursprünglichen Prädeterminierung des Breitbandkabels zur Verbreitung klassischer Rundfunkdienste geführt hat, stellt sich die Frage, ob das Telekommunikationsrecht im Rahmen der dort geregelten Frequenzverwaltung Vorgaben enthält, die Auswirkungen auf das Verhältnis von klassischem Rundfunk und sonstigen über das Breitbandkabelnetz zur Verbreitung anstehenden Diensten enthält. Vor einer Untersuchung der einfachgesetzlichen Frequenzordnung des TKG sind jedoch einige grundlegende Anmerkungen zum verfassungsrechtlichen Verhältnis zwischen der Regulierung der Übertragungsinfrastruktur (Telekommunikation) und den Übertragungsinhalten (insbesondere Rundfunk) angezeigt.

²⁰⁵ Vgl. zur Forderung des BVerfG nach einem Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt im Gesamtprogramm BVerfGE 12, 205 (262 ff.); 31, 314 (325 ff.); zur Bedeutung der Kabelbelegungsvorgaben nach dem RStV für die Pluralismussicherung vgl. *Hahne*, Kabelbelegung, 78 f.; zum Pluralismusschutz als Grundprinzip des europäischen Medienrechts vgl. *Hesse*, in: *Schwarze/ Hesse*, Rundfunk und Fernsehen im digitalen Zeitalter, 45 (54); ausführlich zum Ganzen unten (Kap. 4, A.III.1).

²⁰⁶ Bei diesen handelt es sich nach neuer rundfunkrechtlicher Diktion um einen Unterfall eines Plattformanbieters; vgl. hierzu unten (Kap. 3, A.).

²⁰⁷ Vgl. nur *Gersdorf*, AfP 1997, 424; *Thierfelder*, Zugangsfragen, 60.

I. Die Überwindung der „dienenden“ Funktion unter Beibehaltung rundfunkrechtlicher Neutralität der Telekommunikation

Ausgangspunkt für die rechtliche Rollenverteilung zwischen der Übertragungsinfrastruktur und den übertragenen Inhalten ist die durch das Bundesverfassungsgericht festgestellte „dienende“ Funktion der Telekommunikation betreffend des sendetechnischen gegenüber dem inhaltlichen Aspekt der Rundfunkübertragung.²⁰⁸ Ersteres betrifft die Übertragungsnetze, letzteres die übertragenen Inhalte. Dem lag die Überlegung zugrunde, dass dem Rundfunkrecht aufgrund der überragenden Bedeutung des Rundfunks für den Prozess der Meinungsbildung und damit für eine funktionsfähige demokratische Ordnung der Vorrang gegenüber der Telekommunikation zukommen müsse. Es dürften im Ergebnis nicht sendetechnisch konnotierte Regelungen über den Zugang der Rundfunkinhalte zu den Übertragungsinfrastrukturen entscheiden, hierfür bedürfe es vielmehr auf den Übertragungsinhalt abstellender Vorschriften. Im Interesse der Staatsfreiheit sollte ein durch die Bundespost vermittelter Einfluss des Bundes auf rundfunkpolitische Entwicklungen unterbunden werden.²⁰⁹

Betrachtet man die tatsächlichen Verhältnisse zu Zeiten dieses verfassungsgerichtlichen Judikats und kontrastiert sie im Lichte der zwischenzeitlich eingetretenen Veränderungen mit der heutigen Situation, wird deutlich, dass ein solches Verständnis einer einseitigen Abhängigkeit des Rundfunks von der Telekommunikation allen voran in Bezug auf das Breitbandkabel überholt ist.²¹⁰ Denn während anfänglich nur eine geringe Anzahl ausschließlich öffentlich-rechtlicher Sender Platz innerhalb des sich in staatlicher Trägerschaft befindlichen Breitbandkabels beanspruchte, veränderte sich dies bereits mit der Einführung der dualen Rundfunkordnung, die private Rundfunkanbieter als zusätzliche Konkurrenten um die, seit der Liberalisierung des Telekommunikationssektors privatrechtlich unterhaltenen (Art. 87f Abs. 2 GG), Übertragungskapazitäten auftreten ließ. Im Zuge der Digitalisierung sind schließlich technisch zuvor nicht zu realisierende Möglichkeiten entstanden, die das Breitbandkabel für völlig neue Nutzungsmöglichkeiten wie Kabeltelefonie und die Internetzugangsvermittlung sowie weitere kommunikative Dienste geöffnet haben. Es ist demnach keineswegs mehr so, dass das Breitbandkabel quasi naturgesetzlich der Übertragung klassischen Rundfunks dedi-

²⁰⁸ BVerfGE 12, 205 (226 f.); vgl. auch *Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87f, Rn. 31; *Schulz/Wasner*, ZUM 1999, 513 (515 f.).

²⁰⁹ Ausführlich dazu *Aschenbrenner*, Deregulierungszwang, 57 ff.

²¹⁰ So auch *Bullinger*, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 193 (205); *Hoffmann-Riem/Wieddekind*, in: Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte, FS Hoppe, 745 (756 f.); *Holznagel*, MMR 2008, 207 (209); *Ladeur*, MMR 1999, 266 (268); *ders.*, ZUM 1998, 261 (266); *Weisser/Meinking*, WUW 1998, 831 (833); *Schumacher*, Kabelregulierung, 100 f.; aA Thierfelder, Zugangsfragen, 16.

ziert ist.²¹¹ Würde man diesen technischen Umstand der Multifunktionalität negieren, indem man das Breitbandkabel rechtlich auf seine dienende Funktion als Transporteur von Rundfunkinhalten limitiert, drohte diese Indienststellung der Telekommunikation in den alleinigen Nutzen des Rundfunks im Ergebnis die Wirkung eines Innovationshemmnisses zu entfalten.

Gleichwohl folgt aus der entlang der Grenze „Inhalt vs. Technik“ verlaufenden Kompetenzabgrenzung zwischen bundegesetzlichem Telekommunikations- und landesrechtlichem Medienrecht eine Pflicht des Telekommunikationsrechts zu rundfunkrechtlicher Neutralität.²¹² In kompetenzieller Hinsicht gewendet: Der Bund hat bei der Regelung der Telekommunikation die Rundfunkkompetenz der Länder im Zuge bundesfreundlichen Verhaltens zu berücksichtigen.²¹³ Demnach darf der Rundfunk nicht einseitig durch das Telekommunikationsrecht benachteiligt werden, indem seine Belange im Rahmen der Frequenzordnung bewusst missachtet werden. Der Bund hätte es andererseits in der Hand, durch die Implementierung einer entsprechenden Frequenzordnung die (rundfunkrechtliche) Kulturkompetenz der Länder zumindest in Bezug auf den Verbreitungsaspekt leer laufen zu lassen. Es bedarf daher im Konfliktfall einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz, wobei sich bei dieser Abwägung – anders als unter dem Primat der dienenden Funktion der Telekommunikation – die sendetechnischen Belange (Frequenzeffizienz, Wettbewerb) und die Belange des Rundfunks (Pluralismus) grundsätzlich gleichwertig gegenüberstehen.²¹⁴

II. Nutzungsvorgaben durch die Frequenzverwaltung nach dem TKG

Regelungszweck des TKG ist ausweislich dessen § 1 „den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten“. Dieses Vorhaben soll mittels einer „*technologieneutralen Regulierung*“ erreicht werden. Hintergrund des technologieneutralen Regulierungskonzepts ist die zuvor beschriebene technische Konvergenz, also die Möglichkeit der Übertragung verschiedenster elektronischer Kommunikationsdienste über unterschiedlichste Übertragungsnetze.²¹⁵ Zwar enthält die heutige Fassung

²¹¹ Hierauf hinweisend *Vesting*, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 219 (235 f.).

²¹² *Hoffmann-Riem/Wiedekind*, in: Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte, FS Hoppe, 745 (757); *Holznel*, MMR 2008, 207 (209 f.).

²¹³ Vgl. *Schulz/Kühlers*, Zugangsregulierung, 16.

²¹⁴ *Holznel*, MMR 2008, 207 (209 f.).

²¹⁵ Vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 5 der Rahmenrichtlinie.

des TKG keine Legaldefinition des Regulierungsbegriffs mehr, gleichwohl lässt sich weiterhin auf die in der ursprünglichen Fassung enthaltene Begriffsbestimmung zurückgreifen.²¹⁶ Regulierung bedeutete nach § 3 Nr. 13 a. F. „*alle Maßnahmen, die zur Erreichung der in § 2 Abs. 2 genannten Ziele ergriffen werden und durch die das Verhalten von Telekommunikationsunternehmen beim Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen, von Endeinrichtungen oder von Funkanlagen geregelt wird, sowie die Maßnahmen, die zur Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen getroffen werden*“. Während zunächst festzustellen ist, dass die Betreiber von Breitbandkabelnetzen dieser technologieneutralen Regulierung unterfallen, ist sodann zu erhellern, ob das TKG Vorgaben für die Aufteilung der verfügbaren Übertragungskapazitäten zwischen Rundfunk, Telemedien und sonstigen Diensten beinhaltet.

1. Anwendbarkeit des TKG auf Breitbandkabelnetze

Das Regulierungsregime des TKG findet Anwendung auch auf das Breitbandkabel. Denn die Verbreitung von Signalen über diese Infrastruktur stellt „Telekommunikation“ im Sinne des § 3 Nr. 22 TKG dar.²¹⁷ Telekommunikation ist danach „*der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen*“. Schon nach dem Wortlaut dieser Definition wird deutlich, dass das TKG lediglich die technischen, nicht hingegen die inhaltlichen Aspekte der Signalübertragung betrifft. Insofern ist das TKG inhalteneutral; es betrifft ausschließlich die Regulierung der Übertragungswege, nicht hingegen die Regulierung der darüber transportierten Inhalte.²¹⁸ Letzteres unterfällt insbesondere TMG und RStV.

Handelt es sich bei der Verbreitung von Signalen über Breitbandkabelnetze um Telekommunikation, so stellen diese Netze ihrerseits Telekommunikationsnetze im Sinne von § 3 Nr. 27 TKG dar.²¹⁹ Dies stellt die Legaldefinition mittlerweile explizit klar („*sowie Kabelfernsehtetzen*“). Nach der zweigliedrigen Begriffsbestimmung des Telekommunikationsnetzbe-

²¹⁶ Schuster, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz, § 1, Rn. 5.

²¹⁷ Vgl. Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, TKG, § 3, R. 51.

²¹⁸ Vgl. Holznagel/Ricke, in: Spindler/Schuster, Elektronische Medien, TKG, § 3, Rn. 33; Piepenbrock/Schuster, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz, TKG, § 3, Rn. 45. Dies entspricht der Kompetenzverteilung zwischen Bund (Sendetechnik) und Ländern (Inhalte).

²¹⁹ Christmann/Enßlin/Wachs, MMR 2005, 291 (292); so auch für die Vorgängerregelung des § 3 Nr. 16 TKG 1996 Dörr/Janik/Zorn, Zugang, 146; Ricke, Triple Play, 12; Weisser/Meinking, WuW 1998, 831 (831 f.); Schütz, MMR-Beil. 2/2001, 20 (25 f.); Gersdorf, Kabeleinspeisung, 78 ff.; Irion/Schirnbacher, CR 2002, 61 (66); Ladeur, K&R 2001, 496 (501); aA Bullinger, ZUM 1997, 281 (289 f.); eine mit Blick auf die dienende Funktion der Breitbandkabelnetze für die Rundfunkübertragung teleologische Reduktion der Anwendbarkeit des TKG befürwortend Bartosch, CR 1997, 517 (523); diese Auffassung erweist sich indes jedenfalls in Zeiten konvergierender Übertragungsnetze als überholt.

griffs²²⁰ muss es sich bei diesen einerseits um eine technische Einrichtung, die andererseits eine Signalübertragung ermöglicht, handeln; die Art der übertragenen Information spielt demgegenüber keine Rolle. Notwendiger Bestandteil eines Telekommunikationsnetzes sind Übertragungswege. Bei Übertragungswegen wiederum handelt es sich ausweislich des § 3 Nr. 28 TKG um „*Telekommunikationsanlagen in Form von Kabel- oder Funkverbindungen mit ihren übertragungstechnischen Einrichtungen als Punkt-zu-Punkt- oder Punkt-zu-Mehrpunktverbindungen mit einem bestimmten Informationsdurchsatzvermögen (Bandbreite oder Bitrate) einschließlich ihrer Abschlusseinrichtungen*“. Hierzu gehören auch die in Rede stehenden Breitbandkabelnetze, wie die sprachlichen Anknüpfungspunkte „*Kabelverbindung*“ und „*Punkt-zu-Mehrpunktverbindung*“ deutlich machen.²²¹ Schließlich handelt es sich bei der Einspeisung in und der Durchleitung der Rundfunksignale durch die Breitbandkabelnetze um Telekommunikationsdienste im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG, da insofern die Transportdienstleistung im Vordergrund steht.²²² Wie die Legaldefinition klarstellt, schließt der Begriff des Telekommunikationsdienstes Übertragungsdienste in Rundfunknetzen explizit ein. Entsprechende entgeltliche Übertragungsdienste innerhalb von Rundfunknetzen erbringt auch der Breitbandkabelnetzbetreiber.²²³ Allerdings erfasst das TKG auch diesbezüglich ausschließlich den technischen Vorgang der Signalübertragung, während der inhaltliche Aspekt nicht Gegenstand des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts ist. Hierbei handelt es sich um eine unmittelbare Konsequenz der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern, die mit der Telekommunikationskompetenz des Bundes diesem die Regulierung der Sendetechnik überantwortet. Die danach notwendige Abgrenzung zwischen technischem und inhaltlichem Aspekt hat aufgrund einer funktionalen Betrachtung zu erfolgen. Danach ist nicht auszuschließen, dass ein Breitbandkabelnetzbetreiber sowohl dem TKG (technischer Aspekt) als auch dem TMG (inhaltlicher Aspekt) unterfällt.²²⁴

Festzuhalten bleibt insoweit, dass das TKG jedenfalls grundsätzlich auf die Breitbandkabelnetze Anwendung findet, sachlich jedoch auf den technischen Aspekt der Signaldistribution limitiert ist.

²²⁰ Dazu vgl. *Schütz/Piepenbrock/Attendorn*, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz, TKG, § 3, Rn. 56.

²²¹ Vgl. *Bock/Ehmer*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 3, Rn. 61.

²²² Zu diesem Erfordernis vgl. *Wittern/Schuster*, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz, TKG, § 3, Rn. 48; vgl. auch *Hahne*, Kabelbelegung, 99 f. (für § 3 Nr. 18 TKG a. F.).

²²³ *Holznagel/Ricke*, in: Spindler/Schuster, Elektronische Medien, TKG, § 3, Rn. 35; *Ladeur*, ZUM 2005, 1 (2); *Rhein*, MMR-Beil. 2/2001, 3 (12).

²²⁴ Vgl. *Wittern/Schuster*, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz, TKG, § 3, Rn. 49, die als Beispiel das Angebot eines Internetzugangs (TKG, da [technischer] Telekommunikationsdienst) in Verbindung mit dem Angebot einer netzbetreibereigenen Suchmaschine auf der Internet-Eingangsseite des Netzbetreibers (TMG, da inhaltlicher Aspekt) nennen.

2. Frequenznutzungsvorgaben für Breitbandkabelnetzbetreiber

Findet das TKG grundsätzlich Anwendung auf den Betrieb von Breitbandkabelnetzen ist weiter zu erhellen, ob sich daraus Vorgaben für die Belegung des Netzes mit Rundfunk und Telemedien ableiten lassen. Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die §§ 52 ff. TKG Regelungen zur Frequenzordnung beinhalten. Bei der Ordnung des Frequenzwesens handelt es sich um eine staatliche Angelegenheit.²²⁵ Die dreistufig aufgebaute Frequenzordnung dient nach § 52 Abs. 1 TKG der „Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien“ Frequenznutzung. Zu diesem Zweck werden ein Frequenzbereichszuweisungsplan sowie ein Frequenznutzungsplan aufgestellt;²²⁶ ferner können Frequenzen direkt zugeteilt werden.

Zum Erlass eines Frequenzbereichszuweisungsplans ist nach § 53 Abs. 1 TKG die Bundesregierung ermächtigt; sie kann hierzu eine entsprechende Rechtsverordnung erlassen. Von dieser Ermächtigung hat die Bundesregierung mit Erlass der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung²²⁷ (FreqBZPV) Gebrauch gemacht. Gegenstand dieser Verordnung ist die Zuweisung²²⁸ der verfügbaren Frequenzbereiche an Funkdienste und andere Anwendungen elektromagnetischer Wellen. Die Verordnung kann auch die Zuweisung von Frequenzen an den Rundfunk enthalten. Dieser Umstand folgt aus § 53 Abs. 1 Satz 2 TKG, der den grundsätzlich ohne Zustimmung des Bundesrates möglichen Erlass der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung ausnahmsweise dann von der Zustimmung des Bundesrates abhängig macht, wenn darin eine Frequenzzuweisung auch gegenüber dem Rundfunk erfolgt.²²⁹ Nicht zum Inhalt der FreqBZPV gehört demgegenüber die Zuweisung einzelner Frequenzbereiche an konkrete Nutzer, sie beschränkt sich vielmehr auf die Oberverteilung der Frequenzen.

Auf der Grundlage des Frequenzbereichszuweisungsplans erlässt die Bundesnetzagentur (BNetzA) sodann einen Frequenznutzungsplan, § 54 TKG. Dieser enthält die weitere Aufteilung der Frequenzbereiche auf die Frequenznutzungen; er stellt damit eine wesentliche Grundlage der Frequenzzuteilung dar.²³⁰ Die Frequenzzuteilung im Sinne von § 55 TKG wiederum ist die gesonderte Erteilung der eigentlichen Erlaubnis zur Nutzung einer bestimmten Frequenz unter festgelegten Bedingungen, vgl. § 55 Abs. 1 Satz 2 TKG. Die Bundesregierung

²²⁵ Zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen vgl. die Nachweise bei *Holznagel*, MMR 2008, 207 (208 f.).

²²⁶ Zur Frequenzplanung als staatlicher Aufgabe vgl. *Hoffmann-Riem/Wiedekind*, in: *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, FS Hoppe, 745 (746 f.).

²²⁷ Derzeit gilt die FreqBZPV vom 28.09.2004 (BGBl. I 2499), zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 22.04.2010 (BGBl. I 446); zur nationalen Funkkoordinierung vgl. auch *Ladeur/Gostomzyk*, *Konfliktbewältigung durch Frequenzplanungsrecht*, 11 f.; *Holznagel/Enaux/Nienhaus*, *Telekommunikationsrecht*, 149 ff.

²²⁸ Unter „Zuweisung“ eines Frequenzbereichs wird „die Eintragung desselben in den Frequenzbereichszuweisungsplan zum Zwecke der Benutzung dieses Bereichs durch einen oder mehrere Funkdienste oder durch andere Anwendungen elektromagnetischer Wellen“ verstanden, § 2 Abs. 2 FreqBZPV.

²²⁹ In der Praxis ist der Frequenzzuweisungsplan daher in der Regel von der Zustimmung des Bundesrates abhängig; vgl. *Hahn/Hartl*, in: *Scheurle/Mayen*, TKG, § 53, Rn. 6.

²³⁰ Vgl. *Hahn/Hartl*, in: *Scheurle/Mayen*, TKG, § 54, Rn. 2.

hat von der, ihr nach § 54 Abs. 3 Satz 2 TKG zustehenden, Ermächtigung Gebrauch gemacht und eine Frequenznutzungsplanaufstellungsverordnung²³¹ (FreqNPAV) erlassen, die einzelne Vorgaben für die Erstellung des Frequenznutzungsplans enthält.

a. Anwendbarkeit der Frequenzordnung auf Breitbandkabelnetze

i. Anwendbarkeit der Frequenzbereichszuweisung

Die telekommunikationsrechtlichen Vorgaben der Frequenzordnung finden grundsätzlich auf Breitbandkabelnetze Anwendung. So enthielt § 53 Abs. 2 Satz 3 TKG a.F. die Klarstellung, dass die Vorgaben der FreqBZPV Bestimmungen über „*Frequenznutzungen in und längs von Leitern*“ zu enthalten haben. Obwohl sich die Eigentumsverhältnisse an Funkfrequenzen (im freien Raum) von denen im Breitbandkabel (in geschirmten und ungeschirmten Leitern) deutlich unterscheiden, es sich bei ersteren um eine öffentliche Sache im Sondergebrauch, bei letzteren um Privateigentum handelt, unterfallen beide der Frequenzbereichszuweisungsordnung des TKG.²³² Hintergrund des Erfordernisses einer Erstreckung des telekommunikationsrechtlichen Frequenzordnungsregimes auch auf die Kabelkommunikation ist der tatsächlich-technische Umstand der im Ergebnis nicht in unendlicher Menge verfügbaren Frequenzen. Denn zwischen Funk- und Kabelfrequenzen kann es zu wechselseitigen Beeinträchtigungen kommen.²³³ Diese Störungen resultieren aus der fehlenden oder fehlerhaften Isolierung des Leiters, die ein Austreten von Teilen der übertragenen Energie und ein Einwirken dieser Energie in den freien Raum ermöglicht.²³⁴ Da vielfach dieselben Frequenzen sowohl von Funk- als auch von Kabelanwendungen verwendet werden, einfache Abschirmmaßnahmen sich als nicht immer ausreichend erwiesen haben und nicht genügend Frequenzen vorhanden sind, um diese exklusiv einer der beiden Übertragungstechnologien (Funk oder Kabel) vorzubehalten, bedarf es entsprechender Vorkehrungen für die Frequenznutzung auch bei der Kabelnutzung.²³⁵

²³¹ Derzeit gilt die FreqNPAV vom 26.04.2001 (BGBl. I 827), zuletzt geändert durch die 9. Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 31.10.2006.

²³² Vgl. *Gersdorf*, Zugang zu Kabelnetzen, 264; *Hahn/Hartl*, in: Scheurle/Mayen, TKG, § 53, Rn. 19; *Jüngling*, Fernsehkabelnetz, 82. Die für Breitbandkabelnetze kaum relevanten internationalen Vorgaben sollen hier außen vor bleiben; vgl. zu diesen etwa *Hahn/Hartl*, in: Scheurle/Mayen, TKG, Vor § 52, Rn. 5 ff.; *Korehnke/Tewes*, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz, Vor § 52, Rn. 65 ff.

²³³ Amtl. Begründung zu § 2 FreqBZPV, BR-Dr. 145/04, 88. Zu den wirtschaftlichen Erwägungen, die zu einer Knappheit leitungsgebundener Frequenzen auf der NE 4 führen vgl. *Jüngling*, Fernsehkabelnetz, 80 f.

²³⁴ Amtl. Begründung zu § 2 FreqBZPV, BR-Dr. 145/04, 90. Diese Gefahr von Interferenzen reduziert sich indes durch die Verwendung von Glasfaserkabeln.

²³⁵ Vgl. *Korehnke*, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz, TKG, § 53, Rn. 28.

ii. Anwendbarkeit des Frequenznutzungsplans

Die zweite Stufe des Frequenzordnungsregimes stellt der durch die BNetzA gemäß § 54 TKG aufzustellende Frequenznutzungsplan dar. Dieser dient der weiteren Aufteilung der Zuweisungen der Frequenzbereiche auf die einzelnen Funkdienste durch die FreqBZPV. Bei der Planaufstellung hat die BNetzA u. a. die „*Verträglichkeit von Frequenznutzungen in den Übertragungsmedien*“ zu berücksichtigen. Dies bezieht sich ausweislich der amtlichen Begründung sowohl auf Frequenzanwendungen im Freiraum untereinander als auch auf die Verträglichkeit zwischen Frequenzanwendungen im Freiraum und solchen innerhalb und längs von elektrischen Leitern wie z. B. Kabelnetzen.²³⁶ Auch hierbei handelt es sich um eine Konsequenz aus dem Umstand, dass eine vollständige Entkoppelung der Frequenznutzung in den unterschiedlichen Übertragungsmedien nicht möglich ist.²³⁷ Dementsprechend fällt das Breitbandkabel grundsätzlich auch in den Anwendungsbereich des Frequenznutzungsplans.

iii. Anwendbarkeit der Frequenzzuteilung

Gegenstand der dritten Stufe des Frequenzordnungsregimes, der Frequenzzuteilung, ist die Ausgestaltung des konkreten Frequenznutzungsrechts. Nach § 55 Abs. 1 Satz 1 TKG bedarf grundsätzlich jede Frequenznutzung einer vorherigen Zuteilung. Regelungstechnisch ist die Frequenznutzung als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Nach § 3 Nr. 9 TKG wird unter Frequenznutzung „*jede gewollte Aussendung oder Abstrahlung elektromagnetischer Wellen zwischen 9 kHz und 3.000 GHz zur Nutzung durch Funkdienste und andere Anwendungen elektromagnetischer Wellen*“ verstanden, einschließlich der Führung elektromagnetischer Wellen in und längs von Leitern.²³⁸

Nach diesem an die Signalübermittlung durch elektromagnetische Wellen anknüpfenden Begriffsverständnis fallen jedenfalls solche Breitbandkabelnetze nicht in den Anwendungsbereich der Frequenzzuteilung, die ausschließlich mit Glasfaserkabeln ausgestattet sind. Denn bei diesen erfolgt die Signalübermittlung nicht mittels elektromagnetischer Wellen sondern durch Lichtwellenleiter.²³⁹ Sofern innerhalb der Breitbandkabelnetze weiterhin nicht optische

²³⁶ Amtl. Begründung zu § 52 TKG, BT-Dr. 15/2316, 76.

²³⁷ Vgl. *Hahn/Hartl*, in: Scheurle/Mayen, TKG, § 54, Rn. 8.

²³⁸ Insoweit übereinstimmende Begriffsbestimmungen finden sich in § 2 der Frequenzzuteilungsverordnung (FreqZutV) v. 26.04.2001 (BGBl. I 829). Adressat der Frequenzzuteilungsentscheidung sind damit grundsätzlich die Netzbetreiber und nicht die Rundfunkveranstalter oder Diensteanbieter, vgl. *Gersdorf*, Internet über Rundfunkfrequenzen, 46; *ders.*, Vergabe terrestrischer Frequenzen, 29 f.

²³⁹ Vgl. *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 109. Zum grundsätzlichen Erfordernis der Frequenzzuteilung auch bei leitergebundener Signalübertragung vgl. auch BR-Dr. 145/04, 86.

sondern elektrische Signale zur Datenübertragung genutzt werden, unterfallen diese Netze grundsätzlich auch dem Anwendungsbereich der Frequenzuteilung.

iv. Zwischenergebnis

Damit finden grundsätzlich sämtliche Stufen des telekommunikationsrechtlichen Frequenzordnungsregimes Anwendung auf die Nutzung des Breitbandkabelnetzes. Lediglich für die Frequenzuteilung nach § 55 TKG in Verbindung mit der FreqZutV gilt die Besonderheit, dass ihr die Nutzung solcher Breitbandkabelnetze per se nicht unterfällt, innerhalb derer die Signalübertragung alleine über optische Leiter erfolgt.

b. Vorgaben der Frequenzordnung für das Verhältnis Rundfunk/Telemedien?

Unterfallen demnach auch die Breitbandkabelnetze grundsätzlich dem Frequenzordnungsregime steht weiter zu fragen, ob sich diesem Regime Vorgaben entnehmen lassen, die eine Belegung der Netze mit Rundfunk und Telemedien, also die Aufteilung der Nutzungszwecke in dienstebezogener Hinsicht betreffen. Solche Vorgaben könnten sich zunächst mittelbar aus dem telekommunikationsrechtlichen Rundfunkbegriff ergeben. Auch wenn sich daraus grundsätzlich eine Privilegierung des klassischen, linearen Rundfunks ergibt, ist indes im Ergebnis festzustellen, dass diese Wertung keine Bedeutung für die Nutzung des Breitbandkabels entfaltet, da dort das Prinzip der freizügigen Nutzung gilt.

i. Telekommunikationsrechtliches Rundfunkprivileg?

Das TKG selbst enthält keine Begriffsbestimmung für Rundfunk, obgleich der Begriff wie gesehen an mehreren Stellen des Gesetzes Verwendung findet. Demgegenüber findet sich eine solche Begriffsbestimmung in § 4 Nr. 33 FreqBZPV. Danach ist Rundfunk ein

„a) Funkdienst, dessen Aussendungen zum unmittelbaren Empfang durch die Allgemeinheit bestimmt sind und der Tonsendungen, Fernsehsendungen oder andere Arten von Sendungen umfassen kann, sowie b) Funkdienst, dessen Funknutzungen die wesentlichen technischen Merkmale der Funknutzungen unter Buchstabe a besitzen. Die Funknutzungen unter Buchstabe a genießen Priorität“²⁴⁰.

²⁴⁰ Vgl. auch die ähnlichen Begriffsbestimmungen („Fernseh-Rundfunk“ und „Ton-Rundfunk“) im Entwurf des aktualisierten Frequenznutzungsplans von März 2011.

Damit weicht die derzeit gültige Begriffsbestimmung von ihrer ursprünglichen Fassung ab, indem sie eine offene telekommunikationsrechtliche Definition enthält. Auf diese Weise soll der technischen Weiterentwicklung, vor allem der Digitalisierung Rechnung getragen werden.²⁴¹ In der Konsequenz umfasst diese Frequenznutzung nicht nur den Rundfunk im klassischen Sinne, vielmehr werden auch über das Breitbandkabel verbreitete Telemedien hiervon erfasst.²⁴² Zwar ist zu berücksichtigen, dass sich Telemedien neuerdings über ihre fehlende Linearität definieren, mithin nur Abrufangebote als Telemedien im rundfunkrechtlichen Sinn gelten, während die telekommunikationsrechtliche Begriffsbestimmung auf den Verteilcharakter der Angebote abstellt. Gleichwohl kann dieses Merkmal – gerade in Verteilnetzen wie dem Breitbandkabelnetz – auch durch Abrufangebote erfüllt werden.²⁴³ Damit weicht das telekommunikationsrechtliche Verständnis von Rundfunk von demjenigen des Rundfunkrechts, welches nur den linearen Programmrundfunk erfasst, ab, es geht über dieses hinaus. Weitgehende Übereinstimmung besteht demgegenüber zwischen telekommunikationsrechtlichem und verfassungsrechtlichem Rundfunkbegriff.²⁴⁴

Gleichwohl statuiert lit. b) einen Vorrang der Nutzung durch Rundfunk im klassischen Sinne gegenüber sonstigen Diensten. Denn der so verstandene Rundfunk zeichnet sich durch zwei prägende Merkmale aus:²⁴⁵ Zum einen handelt es sich dabei um Verteilkommunikation im Wege einer Punkt-zu-Multipunkt-Verbindung, zum anderen muss es sich um die Übertragung von Sendungen aller Art in Wort, Ton oder Bild bzw. sonstige Funknutzungen handeln. Durch letzteres kommt die inhaltliche Neutralität des telekommunikationsrechtlichen Rundfunkbegriffs zum Ausdruck; maßgebend ist demnach der Verteilcharakter des Dienstes, nicht dessen Inhalt. Somit wird der lineare Rundfunk gegenüber Telemedien, die sich wie gesehen durch ihren Abrufcharakter auszeichnen, telekommunikationsrechtlich privilegiert.²⁴⁶ Folglich könnte dem Telekommunikationsrecht die Grundentscheidung entnommen werden, dass auch das Breitbandkabel primär dem klassischen (Verteil-)Rundfunk dediziert ist.

²⁴¹ Amtliche Begründung zu § 4 FreqBZPV, BR-Dr. 145/04, 89.

²⁴² Vgl. *Hahn/Hartl*, in: Scheuerle/Mayen, TKG, § 53, Rn. 16. Die amtliche Begründung spricht noch von Medien- und Telediensten.

²⁴³ *Gersdorf*, Internet über Rundfunkfrequenzen, 55.

²⁴⁴ Vgl. dazu *Schulz/Wasner*, ZUM 1999, 513 (521 f.); *Hoffmann-Riem/Wieddekind*, in: *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, FS Hoppe, 745 (757); *Jüngling*, Fernsehkabelnetze, 84;

²⁴⁵ Vgl. *Gersdorf*, ZUM 2007, 104 (105); *ders.*, Vergabe terrestrischer Frequenzen, 27; *ders.*, Internet über Rundfunkfrequenzen, 36 ff., der sich für einen „kompetenzbezogenen Begriff“ des Rundfunkdienstes ausspricht, der Verteil-, Zugriffs- und Abrufdienste erfasst.

²⁴⁶ Kritisch zu dieser Privilegierung *Gersdorf*, ZUM 2007, 104 (107 f.).

ii. Sonderfall Breitbandkabelnetze: Das Prinzip freizügiger Nutzung

Eine solche Sichtweise würde jedoch außer Acht lassen, dass es sich bei den in § 4 FreqBZPV aufgezählten Diensten in Übereinstimmung mit § 53 Abs. 2 Satz 1 TKG um „Funkdienste“ handeln muss. Ein Funkdienst ist die Gesamtheit der Funknutzungen, deren Verwendungszweck ein wesentliches gemeinsames Merkmal besitzt.²⁴⁷ Funknutzungen wiederum sind Nutzungen elektromagnetischer Energie *im Freiraum* zum Zwecke der Übertragung von Nachrichten.²⁴⁸ Durch das Anknüpfen an den freien Raum wird die das Breitbandkabel charakterisierende Nachrichtenübertragung in umschlossenen Leitern grundsätzlich von den Vorgaben des FreqBZPV ausgeschlossen.

(1) Nebenbestimmung 30 (NB 30)

Maßgebend für die Verwendung des Breitbandkabels war demgegenüber bislang die Nutzungsbestimmung 30 (NB 30) des Teils B der Anlage zur FreqBZPV. Diese ermöglichte eine freizügige Frequenznutzung in und längs von Leitern für Telekommunikationsanlagen und Telekommunikationsnetze im Frequenzbereich von 9 KHz bis 3 GHz. Das Prinzip freizügiger Nutzung entspricht der Vorgabe des § 53 Abs. 2 TKG, wonach eine freizügige Nutzung der Kabelfrequenzen zulässig ist, soweit räumliche, zeitliche und sachliche Festlegungen existieren, die aus Gründen einer störungsfreien und effizienten Frequenznutzung erforderlich sind. Unter freizügiger Nutzung lässt sich somit verstehen, dass es – die Einhaltung der vorstehenden Festlegungen vorausgesetzt – weiterer Regelungen für die Frequenznutzung im Einzelfall nicht bedarf.²⁴⁹ Zwar lässt sich der Verwendungseinschränkung aus Gründen effizienter Frequenznutzung Relevanz auch für die Frage zusprechen,²⁵⁰ welche Inhalte über die verfügbaren Frequenzen verbreitet werden, gleichwohl ist Frequenzplanung primär Technikregulierung.²⁵¹ Denn der Schutzzweck der Frequenzordnung besteht im Schutz des Funkfrequenzspektrums gegenüber technischen Störungen, auch und gerade durch die Verwendung leitergebundener Frequenzen.²⁵²

Das Prinzip der freizügigen Nutzung im Kabel fand seine Grenzen folglich bislang darin, dass keine Frequenzen von Diensten mit Sicherheitsrelevanz verwendet werden durften sowie

²⁴⁷ Hahn/Hartl, in: Scheuerle/Mayen, TKG, § 53, Rn. 12.

²⁴⁸ Vgl. Amtliche Begründung zu § 2 FreqBZPV, BR-Dr. 145/04, 88.

²⁴⁹ Vgl. Amtliche Begründung zur NB 30, BR-Dr. 145/04, 90.

²⁵⁰ Vgl. dazu Wichmann, Vielfaltssicherung, 96 ff.

²⁵¹ Hoffmann-Riem/Wiedekind, in: Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte, FS Hoppe, 745 (747).

²⁵² So auch Jüngling, Fernsehkabelnetz, 85; aA Hahn/Hartl, in: Scheuerle/Mayen, TKG, § 53, Rn. 19, die von einem wechselseitigen Schutz ausgehen.

bestimmte technische Grenzwerte einzuhalten waren.²⁵³ Außerhalb dieser Grenzen spielte es aus telekommunikationsrechtlicher Sicht keine Rolle, für die Übertragung welcher Art von Diensten – Rundfunk, Telemedien, Kabeltelefonie, Internetzugang – die Breitbandkabelnetze fungierten. Anders als für nicht leitungsgebundene Funkdienste aufgrund von § 4 Nr. 33 FreqBZPV existierte demnach insbesondere auch kein telekommunikationsrechtliches Privilegierungsgebot zugunsten des Rundfunks. Gleiches galt für die Entscheidung über die verwendete Übertragungstechnik (analog/digital).²⁵⁴ Es oblag alleine dem Netzbetreiber zu entscheiden, für welche Art von Diensten, in welchem Verhältnis zueinander und in welcher Übertragungstechnik er sein Netz dedizieren wollte.²⁵⁵

Das in der FreqBZPV niedergelegte Prinzip freizügiger Nutzung war sodann auch im Rahmen des nach § 54 TKG durch die Bundesnetzagentur zu erlassenden Frequenznutzungsplans zu berücksichtigen. Denn dieser ist „auf der Grundlage des Frequenzbereichszuweisungsplans“ zu entwickeln und hat lediglich die „weitere Aufteilung der Frequenzbereiche“²⁵⁶ zum Gegenstand; er darf somit den Festlegungen des Bereichszuweisungsplans nicht widersprechen.²⁵⁷ Einen solchen Widerspruch würden Planvorgaben für die Nutzung des Breitbandkabels darstellen, da diese dem in § 53 Abs. 2 Satz 3 TKG niedergelegten Prinzip der freizügigen Nutzung leitungsgebundener Frequenzen zuwider liefen. Dem trägt die Bundesregierung in der von ihr erlassenen Frequenznutzungsplanaufstellungsverordnung (FreqNPAV)²⁵⁸ Rechnung.

Schließlich folgte eine Abweichung vom Grundsatz freizügiger Nutzung auch nicht aus der grundsätzlich auf Breitbandkabelnetze anwendbaren Frequenzzuteilung des § 55 TKG in Verbindung mit der FreqZutV. Denn insoweit ist zu beachten, dass eine Frequenznutzung in und längs von Leitern nach § 3 Nr. 9 TKG nur vorliegt, wenn für diese keine Freizügigkeit nach § 53 Abs. 2 Satz 3 TKG a.F. gegeben ist.²⁵⁹ Übereinstimmend damit knüpft § 2 Abs. 3 FreqZutV für das Vorliegen einer Frequenznutzung innerhalb eines Leiters daran an, ob diese bestimmungsgemäß betriebene Funkdienste o. ä. beeinträchtigen könnte. Die Zuteilung einer

²⁵³ BR-Dr. 145/04, 90; vgl. auch *Gersdorf*, Zugang zu Kabelnetzen, 265; *Hahn/Hartl*, in: Scheuerle/Mayen, TKG, § 53, Rn. 21; *Irion/Schirmbacher*, CR 2002, 61 (63).

²⁵⁴ Vgl. *Jüngling*, Fernsehkabelnetz, 85.

²⁵⁵ Anders noch die Erwartung von *Knothe/Bialek*, K&R 1999, 18 (20), wonach es sich bei der Frage der Verteilung von Kabelkapazität auf Rundfunk und sonstige Dienste um eine Sachmaterie der telekommunikationsrechtlichen Frequenzordnung handeln sollte.

²⁵⁶ Hervorhebungen d. Verf.

²⁵⁷ Vgl. *Hahn/Hartl*, in: Scheuerle/Mayen, TKG, § 53, Rn. 3.

²⁵⁸ Vom 26.04.2001 (BGBl. I 827), zuletzt geändert durch Art. 464 der Verordnung vom 31.10.2006 (BGBl. I, 2407). Sie ergeht auf Grundlage von § 54 Abs. 3 S. 2 TKG. Zu kompetenzrechtlichen Bedenken bezüglich der FreqNPAV vgl. *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 107.

²⁵⁹ Hierauf kommt es nur für Breitbandkabelanlagen an, in denen noch elektromagnetische Wellen verwendet werden; die Verwendung von Glasfaserkabeln stellt demgegenüber keine Frequenznutzung dar.

Kabelfrequenznutzung ist demnach nur dann erforderlich, wenn mit dieser Nutzung Interferenzen mit der gleichen Frequenz im Funkbereich einhergehen können.²⁶⁰

Auf der Grundlage der NB 30 sowie der übrigen Stufen der telekommunikationsrechtlichen Frequenzordnung war der Betreiber eines Kabelnetzes mithin grundsätzlich in der Nutzung seiner Frequenzen frei. Bestätigt wird dieses Ergebnis durch eine Rückbesinnung auf den Zweck Frequenzordnung. Dieser bestand ausweislich des § 52 Abs. 1 Satz 2 TKG in der Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Frequenznutzung. Zu dessen Erreichung ist es unerheblich, welche Arten kommunikativer Dienste über die in den Breitbandkabelnetzen vorhandenen Frequenzen übertragen werden.²⁶¹

(2) SchuTSEV

Durch eine Änderung der FreqBZPV im Jahre 2009²⁶² sind die einschränkenden Bestimmungen der FreqBZPV zur Frequenznutzung in und längs von Leitern einschließlich der NB 30 entfallen. Hintergrund der Änderung war, dass die aus der NB 30 folgenden Nutzungsbeschränkungen von der EU als ein zu beseitigendes Handelshemmnis betrachtet wurden. Aus diesem Grund wurde die Regulierung der Frequenznutzung in und längs von Leitern vollständig aus der FreqBZPV entfernt.

Schon vor der Änderung der FreqBZPV erließ der Bund die Verordnung zum Schutz von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und Sende- und Empfangsfunkanlagen, die in definierten Frequenzbereichen zu Sicherheitszwecken betrieben werden.²⁶³ Er stützte sich dafür auf § 6 Abs. 3 EMVG²⁶⁴. Das EMVG gilt ausweislich seines § 1 Abs. 1 für Geräte, die elektromagnetische Störungen verursachen können oder deren Betrieb durch diese Störungen beeinträchtigt werden kann. Hierzu zählen auch Breitbandkabelnetze, bei denen es sich in der Diktion des EMVG (§ 2 Nr. 7) um „Netze“, also Zusammenfassungen von mehreren Übertragungstrecken, die an einzelnen Punkten elektrisch oder optisch mittels einer Anlage, eines Systems, eines Apparates oder eines Bauteils verbunden sind, handelt, die wiederum einen Unterfall des „Gerätes“ im Sinne von § 2 Abs. 3 EMVG darstellen. Telos des EMVG ist der

²⁶⁰ Amtl. Begründung zu § 2 FreqZutV, BR-Dr. 116/01, 11.

²⁶¹ Vgl. *Gersdorf*, Zugang zu Kabelnetzen, 266; *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 96.

²⁶² Zweite Verordnung zur Änderung der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung, in Kraft getreten am 21.07.2009, BGBl. I, 1809.

²⁶³ Sicherheitsfunk-Schutzverordnung („SchuTSEV“) v. 13.05.2009, BGBl. I, 1060.

²⁶⁴ Gesetz über die elektromagnetische Verträglichkeit von Geräten v. 18.09.1998, BGBl. I, 2882. Die Verordnungsermächtigung beruht wiederum auf Art. 4 Abs. 2 b der Richtlinie 2004/108/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.12.2004 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die elektromagnetische Verträglichkeit und zur Aufhebung der Richtlinie 89/336/EWG, ABl. EU Nr. L 390, 24 v. 15.12.2004.

Schutz von Geräten vor Beeinträchtigungen ihrer bestimmungsgemäßen Funktionsfähigkeit durch elektromagnetische Störungen. Breitbandkabelnetze haben daher so beschaffen zu sein, dass die von ihnen erzeugten elektromagnetischen Störungen den bestimmungsgemäßen Betrieb von Funk- und Telekommunikationsgeräten wie auch anderen Geräten nicht beeinträchtigen, § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EMVG. Damit dient das EMVG jedenfalls mittelbar auch dem Schutz von Funkdiensten.²⁶⁵

Angesichts des unklaren Verhältnisses zwischen der telekommunikationsrechtlichen Frequenzregulierung und den diesbezüglichen Vorschriften des EMVG²⁶⁶ dient die SchuTSEV durch ihre Ersetzung der NB 30 der Verbesserung der Rechtssicherheit.²⁶⁷ Inhaltlich – insofern mit der NB 30 übereinstimmend – geht indes auch die SchuTSEV grundsätzlich von einer freizügigen Nutzung von Frequenzen in leitergebundenen Telekommunikationsnetzen aus. Einschränkungen dieses Grundsatzes sind durch räumliche, sachliche und zeitliche Festlegungen zu konkretisieren und auf ein Minimum zu beschränken. Doch auch diese Einschränkungen, so etwa die Festlegung besonderer Grenzwerte für Störaussendungen, sind wiederum auf die Vermeidung der Beeinträchtigung sicherheitsrelevanter Sende- und Empfangsfunkanlagen durch elektromagnetische Interferenzen limitiert, ohne dass sie inhaltliche Nutzungsvorgaben enthielten.²⁶⁸ Damit enthält auch die SchuTSEV keine verpflichtenden Vorgaben gegenüber dem Betreiber eines Breitbandkabelnetzes, welcher inhaltlichen Nutzung er seine Frequenzen zuzuführen hat.

(3) Kein Widmungszwang für den Bund qua Art. 87f GG

Das für das Breitbandkabel demnach telekommunikationsrechtlich grundsätzlich bestehende Privileg freizügiger Frequenznutzung führt auch nicht zu Friktionen mit dem Gewährleistungsauftrag des Art. 87f Abs. 1 GG.²⁶⁹ Durch diesen Gewährleistungsauftrag wird die durch Art. 87f Abs. 2 GG der Privatwirtschaft überlassene Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen, auch solchen über Breitbandkabelnetze²⁷⁰, flankiert, wonach es dem Bund untersagt ist, selbst Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation zu erbringen. Die sog. Universaldienstgewährleistungspflicht des Bundes umfasst dabei einen flächendeckenden

²⁶⁵ Vgl. *Tschentscher/Pegatzky/Bosch*, K&R Beil. 1 zu Heft 8/2000, 9 f.; *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 114.

²⁶⁶ Für Spezialität des TKG gegenüber dem EMVG *Tschentscher/Pegatzky/Bosch*, K&R Beil. 1 zu Heft 8/2000, 9 f.; für eine parallele Anwendbarkeit *Wichmann*, Vielfaltssicherung in digitalisierten Breitbandkabelnetze, 115.

²⁶⁷ Vgl. Amtliche Begründung zur SchuTSEV, 1.

²⁶⁸ Vgl. Amtliche Begründung zur SchuTSEV, 2.

²⁶⁹ Zur Entstehungsgeschichte instruktiv *Jarass*, MMR 2009, 223.

²⁷⁰ Vgl. zur Geltung des Art. 87 f GG für Kabelnetze *Bullinger*, ZUM SH 1997, 281 (289 ff.).

Bestand von angemessenen und ausreichenden²⁷¹ Post- und Telekommunikationsdienstleistungen. Es handelt sich um Infrastrukturverantwortung des Bundes im Sinne einer „Regulierungsverantwortung“²⁷². Dem Bund obliegt ein Infrastruktursicherungsauftrag, da er zwar nicht mehr selbst die TK-Infrastruktur in Eigenregie nach den Grundsätzen der Daseinsvorsorge betreibt, gleichwohl aber verpflichtet ist, die privatwirtschaftlich tätigen Netzbetreiber durch Schrankenregelungen mit einer gewissen Gemeinwohlbindung zu belegen.²⁷³ Bei der Erfüllung dieser Verpflichtung genießt der Bund zwar einen weiten Gestaltungsspielraum; geboten sind jedoch insbesondere telekommunikationsrechtliche Zugangsregelungen.²⁷⁴

Vergleichbar des Aufgabenumfanges der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, wird auch die verfassungsrechtliche Gewährleistungspflicht des Bundes im Bereich der Telekommunikation teilweise mit dem Terminus der Grundversorgung umrissen.²⁷⁵ Andere sprechen von einem Universaldienst als einem sozial und ökonomisch für notwendig erachteten Angebot an TK-Dienstleistungen.²⁷⁶ Insbesondere der Begriff der *Grundversorgung* erhellt dabei, dass der Bund keine optimale Telekommunikationsinfrastruktur zu gewährleisten hat.²⁷⁷ Gegenständlich umfasst der Grundversorgungsgewährleistungsauftrag des Bundes die Sicherstellung des Zugangs für sämtliche Personen zu TK-Dienstleistungen, ohne die eine Teilnahme am gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben nicht möglich wäre.

Käme man nun zu dem Ergebnis, dass hierzu auch die Erbringung von Telefonie- und Internetzugangsdienstleistungen über das digitale Breitbandkabel gehörten, könnte dies eine Einschränkung des Prinzips der freizügigen Netznutzung dahingehend erfordern, dass beide Dienste zwingend über die in Rede stehende Infrastruktur zu erbringen wären. Allerdings

²⁷¹ Gemeint sind die Beschaffenheit im Sinne einer bestimmten Qualität der zu gewährleistenden Dienstleistungen („angemessen“) sowie die Menge im Sinne einer bestimmten Quantität der zu gewährenden Dienstleistungen („ausreichende“), vgl. *Cannivé*, Infrastrukturgewährleistung, 63 ff.

²⁷² *Schoch*, VVDStRL 57 (1998), 158 (198 f.).

²⁷³ Vgl. *Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, Art. 87f Abs. 1, Rn. 32; *Trute*, VVDStRL 57 (1998), 216 (226 f.).

²⁷⁴ Vgl. *Remmert*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 87f, Rn. 9; zum Universaldienstkonzept vgl. *Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87f, Rn. 80 ff.

²⁷⁵ *Badura*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, GG, Art. 87 f, Rn. 29; *Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87f, Rn. 62; *Jarass*, MMR 2009, 223 (223 f.); *Gersdorf*, Zugang zu Kabelnetzen, 278; *ders.*, Kabeleinspeisung von Programmbouquets, 49. Dabei darf nicht übersehen, dass sich die Bezugspunkte des Grundversorgungsbegriffs im Kontext von Art. 87f GG einerseits und Art. 5 GG andererseits deutlich unterscheiden; vgl. auch *Mecklenburg*, ZUM 1997, 531 (532).

²⁷⁶ *Bauer*, Netz und Nutzung, 58.

²⁷⁷ BVerfGE 108, 169 (183); vgl. auch *Badura*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, GG, Art. 87f, Rn. 29; *Gersdorf*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 87f, Rn. 43; gegen ein Reduzierung des Gewährleistungsauftrags auf eine Mindestversorgung spricht sich *Mecklenburg*, ZUM 1997, 531 (533) aus. Indes würden zu hohe Anforderungen an das zu gewährleistende Universaldienstniveau die Gefahr einer verdeckten Rückverstaatlichung und damit einen Verstoß gegen die Privatisierungsentscheidung des Art. 87f Abs. 1 GG bedeuten; vgl. *Stern*, DVBl. 1997, 309 (311).

unterfällt auch die technische – nicht hingegen die inhaltliche²⁷⁸ – Seite der Rundfunkübertragung dem Gewährleistungsauftrag des Art. 87 f GG,²⁷⁹ gleiches gilt für das Breitbandkabel,²⁸⁰ woraus sich auch eine Pflicht zur Dedizierung dessen zugunsten von Rundfunkdiensten ergeben könnte.²⁸¹ Maßgebend für den Umfang der Grundversorgung ist die aus Nutzersicht²⁸² anzustellende Betrachtung, ob die Nutzer zur Wahrnehmung ihrer grundrechtlichen Freiheiten auf den entsprechenden Dienst angewiesen sind.²⁸³

Die Sprachtelefonie wird danach zwar nach allgemeiner Auffassung vom Grundversorgungsauftrag erfasst. Da über das schmalbandige Telefonnetz jedoch bereits eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung gewährleistet ist, bedarf es des zwingenden Aufbaus einer zusätzlichen Infrastruktur jedenfalls qua Art. 87f Abs. 2 GG nicht.²⁸⁴ Gleiches gilt für die Internetzugangsvermittlung, da auch insoweit mit der DSL-Technik eine flächendeckend verfügbare Infrastruktur zur Verfügung steht.²⁸⁵ Für den Rundfunkempfang stellt das Breitbandkabel zwar aufgrund seines Verbreitungsgrades einen, wenn nicht gar den wichtigsten Übertragungsweg dar, was dafür spricht, zumindest einen Teil seiner Nutzung zwingend dem Rundfunk vorzubehalten. Auch erweist sich ein Zugang der Bevölkerung zum Rundfunk angesichts seiner überragenden Bedeutung sowohl in subjektiver (Informationsfreiheit) als auch in objektiver Hinsicht (staatstragende Bedeutung des Rundfunks)²⁸⁶ als unerlässlich. Allerdings existiert hier mit DVB-T ebenfalls ein ergänzender Übertragungsweg für Rundfunkinhalte, der in seinem Funktionsspektrum zwar hinter dem Breitbandkabel zurückbleibt, gleichwohl aber den Empfang jedenfalls derjenigen Programme erlaubt, die zur Teilnahme am gesellschaftlichen Leben erforderlich sind. Aufgrund dessen überschreitet der Bundesgesetzgeber seine Einschätzungsprärogative in negativer Hinsicht nicht, wenn er es trotz des ihm obliegenden infrastrukturellen Grundversorgungsauftrags unterlässt, bestimmte Bereiche des Breitbandkabels ausdrücklich dem Rundfunk zu dedizieren.²⁸⁷ Hierfür spricht auch,

²⁷⁸ Vgl. *Trute*, VVDStRL 57 (1998), 216 (253).

²⁷⁹ Vgl. *Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87f, Rn. 31; *Remmert*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 87f, Rn. 9; *Bauer*, Netz und Nutzung, 65; a.A. *Gersdorf*, Zugang zu Kabelnetzen, 281; *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 67 ff.

²⁸⁰ BVerwGE 77, 128 (131)

²⁸¹ So etwa *Jüngling*, Fernseekabelnetz, 119 ff.; *Windthorst*, Universaldienst, 291, der daraus den Schluss zieht, im Breitbandkabelnetz ginge die Rundfunkverbreitung der Verbreitung sonstiger Dienste grundsätzlich vor; zum auf die Grundversorgungsprogramme (vgl. zu deren Umfang de lege lata [...] und nach hier vertretener Auffassung de lege feranda [...]) beschränkten Umfang der Universaldienstverpflichtung zugunsten des Rundfunks vgl. *Bauer*, Netz und Nutzung, 68.

²⁸² Vgl. BT-Dr. 12/7269, 5.

²⁸³ Indikatoren sind dabei die Nachfrage sowie der Verbreitungsgrad und—zeitraum, vgl. *Gersdorf*, Zugang zu Kabelnetzen, 280.

²⁸⁴ *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 77.

²⁸⁵ *Gersdorf*, Zugang zu Kabelnetzen, 282.

²⁸⁶ Vgl. dazu ausführlich unten (Kap. 4, A.I.).

²⁸⁷ Vgl. die diesbezügliche (verneinende) Einschätzung der Bundesregierung zur Notwendigkeit eines Widmungszwangs zugunsten der Rundfunkverbreitung im Breitbandkabel, BT-Dr. 14/7021, 4; kritisch *Iri-*

dass die Kabelnetzbetreiber schon wirtschaftlich gehalten sind, Rundfunkdienste in ihre Netze einzuspeisen, da diese zu einem Großteil die Attraktivität dieses Übertragungsweges ausmachen.

(4) Zwischenergebnis

Den telekommunikationsrechtlichen Vorgaben zur Frequenznutzung innerhalb der Frequenzordnung des TKG lassen sich somit keinerlei regulative Vorgaben für das Verhältnis von Rundfunk und Telemedien bei der Belegung des Breitbandkabels entnehmen. Dies gilt erst recht für das Verhältnis einzelner Diensteanbieter zueinander. Der Netzbetreiber ist telekommunikationsrechtlich, in Übereinstimmung mit dem Erfordernis rundfunkrechtlicher Neutralität der Telekommunikation, vielmehr – innerhalb sicherheitsrelevanter Grenzen – zur freizügigen Nutzung seines Netzes befugt. Hieran hat auch die Abschaffung der NB 30 und der Erlass der SchuTSEV nichts geändert, da auch diese von einer im Grundsatz freizügigen Nutzung der Frequenzen innerhalb von Breitbandkabelnetzen ausgeht. Einen Verstoß gegen den Infrastrukturgewährleistungsauftrag des Bundes aus Art. 87f Abs. 1 GG stellt der Grundsatz freizügiger Nutzung nicht dar.

III. Relevanz der Dienstekategorien im Rahmen von Zugangsansprüchen?

Schließlich lassen sich auch aus etwaigen telekommunikationsrechtlichen Zugangsansprüchen von Dienst- und Inhaltenanbietern gegenüber Kabelnetzbetreibern keinerlei Rückschlüsse für die Aufteilung der Übertragungskapazitäten auf Rundfunk und sonstige Dienste ziehen. Zugangsansprüche können im vorliegenden Zusammenhang relevant werden, wenn ein Netzbetreiber von vornherein die Einspeisung eines bestimmten Angebots oder gar einer Angebotskategorie verweigert. Diese Gefahr droht einerseits aufgrund der zunehmenden Bestrebungen der Netzbetreiber, ihre Infrastrukturen möglichst lukrativ zu vermarkten, sodass weniger attraktive Dienste von einer Abschlussverweigerung betroffen sein könnten. Zudem könnten vertikal integrierte Netzbetreiber bestrebt sein, Kapazitäten vorwiegend zugunsten eigener Angebote vorzuhalten, sodass sich netzbetreiberfremde Anbieter mit einer netzbetreiberseitigen Abschlussverweigerung konfrontiert sehen könnten.²⁸⁸ Zugangsansprüche unterscheiden sich von den soeben untersuchten Vorschriften zur Frequenzordnung dadurch, dass

on/Schirnbacher, CR 2002, 61 (68). Für eine Universaldienstverpflichtung zugunsten von Rundfunk im Breitbandkabel spricht sich *Jüngling*, Fernsehkabelnetz, 122, aus; wie hier *Bauer*, Netz und Nutzung, 69.

²⁸⁸ Vgl. *Gersdorf*, Zugang zu Kabelnetzen, 318.

sie nicht der Schaffung einer regulativen Struktur dienen, sondern vielmehr eine Benachteiligung solcher Marktteilnehmer verhindern sollen, die aufgrund ihrer schwächeren Verhandlungsposition gegenüber bestimmten Netzbetreibern ohne gesetzliche Absicherung keinen Infrastrukturzugang erhalten würden.²⁸⁹ Dieser Unterschied wird insbesondere durch den Kreis der Passivlegitimierten deutlich: Während sich die Vorgaben der Frequenzordnung an sämtliche Netzbetreiber richten, knüpfen die Zugangsansprüche der §§ 19 ff., 42 TKG an die „*beträchtliche Marktmacht*“ eines Netzbetreibers an. Aus dieser überlegenen Marktposition resultiert die Gefährdung funktionsfähigen Wettbewerbs. Gleichwohl kann dahinstehen, ob den Breitbandkabelnetzbetreibern der Netzebenen 3 und 4 „*beträchtliche Marktmacht*“ im Sinne der telekommunikationsrechtlichen Zugangsansprüche zukommt und sie damit passivlegitimiert wären²⁹⁰, denn zum einen gehören reine Inhalteanbieter schon nicht zu den Aktivlegitimierten eines telekommunikationsrechtlichen Netzzugangsanspruchs und zum anderen steht das TKG einer ausschließlich an kaufmännischen Gesichtspunkten orientierten Belegungsentscheidung nicht entgegen, sodass sich eine dienstespezifische Differenzierung grundsätzlich nicht als diskriminierend darstellt.

1. Einspeisemärkte als Gegenstand der TK-Regulierung

Nach § 21 Abs. 1 TKG können einem Telekommunikationsnetzbetreiber, wozu auch die Betreiber der Breitbandkabelnetze gehören,²⁹¹ von Seiten der BNetzA Zugangsverpflichtungen, also die Ermöglichung des Netzzugangs für andere Unternehmen auferlegt werden. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Netzbetreiber über beträchtliche Macht auf einem Markt verfügt, für den eine Marktanalyse nach §§ 10, 11 TKG ergeben hat, dass kein wirksamer Wettbewerb herrscht, vgl. § 9 TKG.

In Betracht kommt insoweit der Markt für Rundfunkübertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer (Markt 18) der Empfehlung 2003/311/EG²⁹² der Kommissi-

²⁸⁹ Bei der Einspeisung von Programmen und Diensten in das Kabelnetz handelt es sich um Zugang im Sinne von § 3 Nr. 32 TKG; zur Vorgängerregelung § 3 Nr. 9 TKG vgl. *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 135 m. w. N. zum Streitstand; instruktiv zum System tk-rechtlicher Zugangsverpflichtungen *Neitzel/Müller*, CR 2004, 655 ff.

²⁹⁰ Bislang ist die überwiegende Auffassung von einer marktbeherrschenden Position der einzelnen Kabelnetzbetreiber ausgegangen, vgl. BGH, GRUR 1996, 808 ff.; *Ladeur*, K&R 2001, 496 (498); *Irion/Schirmbacher*, CR 2002, 61 (67); *Ladeur*, K&R 2001, 496 (502); ausführlich dazu *Hahne*, Kabelbelegung, 104 ff.; aA *Engel*, ZUM SH 1997, 309 (313).

²⁹¹ Für die Betreibereigenschaft kommt es maßgeblich auf die Funktionsherrschaft an, vgl. *Mayen*, in: Scheuerle/Mayen, TKG, § 21, Rn. 6.

²⁹² Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. EU Nr. L 114 v. 8. Mai 2003, 45.

on.²⁹³ Auf diesem Vorleistungsmarkt seien neben den Anbietern von Telekommunikationsdiensten²⁹⁴ als Nachfrager nach Transportleistungen auch sonstige Unternehmen wie Inhalteanbieter als Nachfrager gegenüber den Betreibern der Übertragungsinfrastrukturen zu betrachten. Allerdings erwähnt die Kommission in ihrer überarbeiteten Empfehlung aus dem Jahre 2007, der Empfehlung 2007/879/EG²⁹⁵, den Markt 18 nicht mehr.²⁹⁶ Gleichwohl existiert ein *Explanatory Note*²⁹⁷ zum Entwurf der Empfehlung 2007/879/EG, in der sich die Kommission ausführlich auch mit der Situation auf dem Rundfunkmarkt auseinandersetzt. Darin gelangt die Kommission zu der Auffassung, dass Digitalisierung und Konvergenz der Übertragungsnetze dazu geführt haben, dass der Vorleistungsmarkt für Rundfunkdienste einer weiteren Regulierung nicht bedürfe. Durch die Austauschbarkeit der Netzinfrastrukturen intensiviere sich der Wettbewerb zwischen den Übertragungswegen, ferner würden zusätzlich frei werdende Übertragungskapazitäten zu einer Verbesserung der Situation auf dem Markt für Rundfunkübertragungsdienste führen.²⁹⁸ Daneben hätten die Mitgliedsstaaten über die Implementierung von Must-Carry-Vorgaben auf Grundlage von Art. 31 UDRL²⁹⁹ die Möglichkeit, Zugangsproblemen für Inhalteanbieter aufgrund der Marktmacht eines Netzbetreibers entgegenzutreten.

Noch auf der Grundlage der Empfehlung 2003/311/EG erstellte die BNetzA eine erste Marktanalyse für den Markt 18 bezogen auf Deutschland. Dabei identifizierte sie sechs Kabelmärkte sowie einen terrestrischen Markt als solche, auf denen wirksamer Wettbewerb fehle. Von besonderer Bedeutung sind dabei die Feststellungen der BNetzA hinsichtlich des Marktes für die Einspeisung von Rundfunksignalen in Breitbandkabelnetze der NE-3. Denn auf diesem Markt realisiert sich die Konkurrenzsituation zwischen den unterschiedlichen Diensteanbietern um einen Platz im Kabel. Hier gelangte die BNetzA zu der Einschätzung, dass die drei großen NE-3-Betreiber Kabel BW, Unity Media sowie Kabel Deutschland bezo-

²⁹³ Zweifelnd *Ricke*, Triple Play, 10.

²⁹⁴ Etwa ein NE-4-Betreiber im Hinblick auf die Signallieferung durch einen NE-3-Betreiber.

²⁹⁵ Zweite überarbeitete Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. EU Nr. L 311 v. 28. Dezember 2007, 65.

²⁹⁶ Für eine Beibehaltung der telekommunikationsrechtlichen Regulierungsbedürftigkeit des Marktes 18 *Grewenig*, ZUM 2007, 96 (100 ff.)

²⁹⁷ Commission staff working document, Explanatory Note, SEC(2007) 1483 final. Dieses enthält auch die Feststellung, dass Rundfunkinhalte grundsätzlich nicht Gegenstand des europäischen TK-Rechtsrahmens sind, demgegenüber die Übertragung dieser Inhalte sowie die dazu verwendeten Netze sehr wohl, vgl. ebd., 47.

²⁹⁸ Commission staff working document, Explanatory Note, SEC(2007) 1483 final, 49; vgl. auch die Zusammenfassung in BNetzA, BK1-09/005, 4 ff.

²⁹⁹ Vgl. dazu ausführlich unten (Kap. 4, B.I.2.b).

gen auf ihr Netzgebiet über beträchtliche Marktmacht verfügen.³⁰⁰ An diese Feststellung knüpfte die BNetzA anlässlich einer erneuten Analyse des Marktes für Rundfunkübertragungsdienste im Jahre 2009 an.³⁰¹ Dabei bezog sie nur diejenigen Teilmärkte in die Betrachtung mit ein, auf denen sie im Zuge der ersten Analyse Wettbewerbsdefizite festgestellt hatte. Ausgehend von einer auf dem Bedarfsmarktkonzept beruhenden Marktabgrenzung definierte die BNetzA den hier vor allem interessierenden Markt für die analoge und digitale Einspeisung von Rundfunksignalen in einzelne Breitbandkabelnetze, den sog. Einspeisemarkt.³⁰² Sie hob hierbei zu recht hervor, dass dieser Markt netzbezogen abzugrenzen sei, eine gemeinsame Betrachtung verschiedener Übertragungswege mithin auszuschließen habe.³⁰³ Denn aus der für die Marktabgrenzung maßgeblichen Perspektive der Nachfrager nach der Einspeiseleistung – den Inhalte- und Diensteanbietern, nicht den Rezipienten³⁰⁴ – und unter Zugrundelegung des hierbei entscheidenden Kriteriums des wirtschaftlichen Verwendungszwecks stehen die verschiedenen Übertragungswege nicht in einem Verhältnis der Substitution sondern einem der Komplementarität zueinander. Dies mag auf den ersten Blick den im vorangegangenen Kapitel getätigten Ausführungen zur technischen Annäherung der Übertragungswege entgegenstehen, die zumindest die Annahme deren technischer Substituierbarkeit nahe legt. Gleichwohl ist entscheidend, dass grundsätzlich sämtliche Inhalte- und Diensteanbieter zum wirtschaftlichen Überleben auf möglichst hohe Reichweiten angewiesen sind. Dies gilt für Free-TV-Anbieter ebenso wie für die Anbieter von Pay-TV sowie Telemedien und sonstigen kommunikativen Diensten.³⁰⁵ Aus diesem Grund stellen die Regionalnetze der jeweiligen NE-3-

³⁰⁰ Daraufhin erließ die BNetzA entsprechende Regulierungsverfügungen gegenüber den betroffenen NE-3-Betreibern, vgl. Beschlüsse BK 3 v. 17.04.2007, BK3b-06/013 bis /015, vgl. dazu *Christmann*, ZUM 2009, 7 (12). *Engel*, ZUM SH 1997, 309 (312 f.), nimmt eine räumliche Marktabgrenzung hingegen auf das gesamte Bundesgebiet an, was er darauf stützt, dass Programmanbieter typischerweise ein bundesweit einheitliches Programm anbieten.

³⁰¹ BNetzA, BK1-09/005; zum prozeduralen Ansatz der BNetzA vgl. ebd., 1.

³⁰² Entsprechend der weiten Fassung des telekommunikationsrechtlichen Rundfunkbegriffs unterfallen diesem Markt auch die Anbieter von nicht-linearen Telemedien als Nachfrager der Signalübertragungsleistung.

³⁰³ BK1-09/005, 56 ff.; ebenso das Bundeskartellamt, B7-66/11 (*Liberty/Kabel BW*), 81; B7-205/00 (*Calahan/NetCologne*); B7-22/05 (*Iesy/Ish*), Rn. 35; B7-200/07 (KDG/Orion), Rn. 43 ff.; RegTP, BK3b-99/01; Kommission, Entscheidung v. 09.11.2005, C 25/2004, Rn. 81; vgl. auch das Commission staff working document, Explanatory Note, SEC(2007) 1483 final, 47.; unklar BGH GRUR 1996, 808 (810); ihm folgend OLG Naumburg, ZUM 1999, 944 (946), die von einer Nachfrage der Inhalteanbieter nach der Durchleitung „mittels Kabeln oder anderen technischen Vorrichtungen, die denselben Erfolg gewährleisten“ (Hervorhebung d. Verf.) ausgehen; vgl. dazu *Bauer*, Netz und Nutzung, 202 f.; *Raisch/Gudera*, ZUM 1999, 904 (906); wie hier auch *Grewenig*, ZUM 2007, 96 (100 f.).

³⁰⁴ Diese legt *Engel*, ZUM SH 1997, 309 (311 ff.) unzutreffender Weise seiner Marktabgrenzung zugrunde; vgl. überzeugend dagegen *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 99 f.; *ders.*, Zugang zu Kabelnetzen, 314. Für eine Austauschbarkeit der Übertragungswege bezogen auf den Endkundenmarkt spricht sich die Kommission aus, vgl. Entscheidung v. 09.11.2005, Rn. 81; zurückhaltend BNetzA, BK1-09/005, 62 f.

³⁰⁵ Zur Komplementarität der Verbreitungswege vgl. auch BKartA, B7-66/11 (*Liberty/Kabel BW*), 81 ff. Mit *Hahne*, Kabelbelegung, 113 ff., ist anzunehmen, dass auch zwischen BK- und DSL-Netz und bezogen auf Telemedien- und VoIP-Dienste keine Austauschbarkeit aus Sicht der Diensteanbieter besteht. Dies folgt zum einen

Betreiber auch jeweils eigenständige Märkte dar, da die Inhalte- und Diensteanbieter darauf angewiesen sind, möglichst in jedes Netz eingespeist zu werden, sodass den Netzbetreibern eine marktbeherrschende Stellung im Sinne eines natürlichen Monopols zukommt.³⁰⁶ Da auf diesen Märkten aufgrund der für Netzwirtschaften typischen Rahmenbedingungen strukturbedingte Zugangshindernisse³⁰⁷ weiterhin bestehen, kommt die BNetzA zu dem Schluss, dass sie nach wie vor für eine Regulierung nach dem TKG in Betracht kommen. Gleichwohl könne die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs auf den Einspeisemärkten dem allgemeinen Wettbewerbsrecht überlassen werden.³⁰⁸ Hierfür seien, neben der geringen Eingriffsintensität der bisherigen Regulierungsverfügung, vor allem die rundfunkstaatsvertraglichen Must-Carry-Vorgaben verantwortlich, die eine Verfügbarkeit überragend wichtiger Rundfunkinhalte für die Allgemeinheit sicherstellen. Letzteres entspricht dem in der Empfehlung 2007/879/EG geäußerten Standpunkt der Kommission.

2. Fehlende Aktivlegitimation von Inhalteanbietern im Rahmen von § 21 TKG

Vorstehendes kann indes zumindest für einen Zugangsanspruch gemäß § 21 TKG ebenso dahinstehen wie die Frage der Marktmacht einzelner Netzbetreiber, da es sich bei Inhalteanbietern wie Rundfunk- und Telemedienveranstaltern nicht um „andere Unternehmen“ im Sinne der Vorschrift handelt. Denn wie sich aus § 3 Nr. 32 TKG schließen lässt, sind nur solche Unternehmen zugangsberechtigt im Sinne von § 21 TKG, die Zugang begehren, um ihrerseits Telekommunikationsdienste zu erbringen. Damit knüpft das TKG an den Zugangsbegriff des § 2 lit. a) der Zugangsrichtlinie an, wonach unter Zugang nur der Zugang zu einer Übertragungsinfrastruktur zur Bereitstellung eigener Kommunikationsdienste verstanden wird.³⁰⁹ Programmanbieter, die lediglich Transportdienstleistungen des Breitbandnetzbetreibers nachfragen, ohne solche selbst zu erbringen, fallen folglich nicht in den Kreis der Zugangsberechtigten.³¹⁰ Mithin können sich Inhalteanbieter nicht auf § 21 TKG berufen, um im Rahmen der Belegungsentscheidung eines Kabelnetzbetreibers Berücksichtigung zu finden.

aus den unterschiedlichen Leistungsmerkmalen beider Netze sowie zum anderen aus dem gesteigerten Interesse an Triple-Play-Lösungen; ähnlich *Schütz*, MMR-Beil. 2/2001, 20 (25); aA *Jüngling*, Fernseh kabelnetz, 211 ff.

³⁰⁶ BNetzA, BK1-09/005, 70 ff; ebenso BGH, GRUR 1996, 808; BKartA, B7-66/11, 87; vgl. auch *Schütz*, MMR-Beil. 2/2001, 20 (25); kritisch *Raisch/Gudera*, ZUM 1999, 904 (907).

³⁰⁷ Vgl. dazu allgemein *Heise*, WuW 2009, 1024 (1024 f.).

³⁰⁸ BNetzA, BK1-09/005, 95 ff.

³⁰⁹ *Schütz*, Kommunikationsrecht, Rn. 462.

³¹⁰ Vgl. *Mayen*, in: Scheuerle/Mayen, TKG, § 21, Rn. 8; *Piepenbrock/Attendorn*, in: Gerpert/Piepenbrock/Schütz, TKG, § 21, Rn. 29; *Schütz*, Kommunikationsrecht, 220; *Christmann/Enßlin/Wachs*, MMR 2005, 291 (293); *Neitzel/Müller*, CR 2004, 655 (657); *Ladeur*, ZUM 2005, 1; *Ricke*, Triple Play, 13. Zum Netzzugangsanspruch aus § 35 TKG 1996 vgl. *Hahne*, Kabelbelegung, 99 ff.; *Weisser/Meinking*, WuW 1998,

3. Schutzzweck des TKG: Funktionierender Wettbewerb

Schließlich widerspräche eine Ungleichbehandlung – solange sich diese nicht als willkürlich darstellt³¹¹ – zwischen Rundfunk- und Telemedienanbietern auch nicht dem Schutzzweck des TKG, sodass sie kein missbräuchliches Verhalten im Sinne des § 42 Abs. 1 TKG darstellen würde.³¹² Die in § 42 TKG normierte besondere Missbrauchsaufsicht geht in ihrem persönlichen Anwendungsbereich zwar über die Zugangsregelungen der §§ 19 ff. TKG hinaus, sodass sich hierauf auch reine Inhalteanbieter stützen können.³¹³ Auch ist § 42 TKG nach überwiegender Auffassung neben den §§ 19 ff. TKG anwendbar.³¹⁴ Gleichwohl lässt sich dem Missbrauchstatbestand nichts darüber entnehmen, in welchem Verhältnis Rundfunk und sonstige Dienste bei der Kabelbelegung zu berücksichtigen sind. Vielmehr ließe er alleine dann Rückschlüsse auf eine Limitierung der Nutzungsbefugnis des Netzbetreibers zu, wenn eine Differenzierung zwischen Dienstekategorien eine unbillige Behinderung oder ein anderweitig missbräuchliches Verhalten darstellte.

a. Inhaltsneutrale Zielsetzungen des TKG

Sowohl eine unbillige Behinderung als auch ein anderweitig missbräuchliches Verhalten lassen sich nur dann feststellen, wenn das inkriminierte Verhalten des Netzbetreibers nicht auf einem sachlich gerechtfertigten Grund beruht, sondern Ausdruck der besonderen Marktmacht des Normadressaten ist. Das Vorliegen bzw. Fehlen eines sachlichen Grundes wiederum beurteilt sich anhand einer umfassenden Abwägung der Interessen des marktmächtigen sowie des vermeintlich benachteiligten Unternehmens, wobei diese Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Regulierungsziele des § 2 TKG zu erfolgen hat.³¹⁵

831 (832 ff.); ausdrücklich gegen die Anwendbarkeit der Zugangsregulierung auf Inhalteanbieter spricht sich auch die Entwurfsbegründung aus, vgl. BT-Dr. 15/2316, 64.

³¹¹ Hieran ist insbesondere zu denken, wenn ein Kapazitätsengpass nachweislich unter keinem technischen Gesichtspunkt bestehen kann.

³¹² Zur Bedeutung der Vorgängervorschrift (§ 33 TKG a. F.) im vorliegenden Zusammenhang vgl. *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 123 f.; *Hahne*, Kabelbelegung, 132 ff.

³¹³ Vgl. *Christmann/Enßlin/Wachs*, MMR 2005, 291 (293). Allerdings gewährt auch § 42 TKG keinen zivilrechtlichen Zugangsanspruch für Inhalteanbieter. Vielmehr bedarf es zur praktischen Durchsetzung des Missbrauchsverbots einer entsprechenden Entscheidung der BNetzA, vgl. § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG.

³¹⁴ AA *Ricke*, Triple Play, 10 ff.; unklar *Neitzel*, in: Spindler/Schuster, Elektronische Medien, TKG, Rn. 4; wie hier *Schütz*, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz, TKG, § 42, Rn. 48.

³¹⁵ Vgl. BVerwG, MMR 2008, 235 (239); *Neitzel*, in: Spindler/Schuster, Elektronische Medien, TKG, § 42, Rn. 23, 31; *Schütz*, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz, TKG, § 42, Rn. 41; *Roth*, in: Scheurle/Mayen, TKG, § 42, Rn. 19. Ebenfalls zu Rate gezogen werden können hierfür die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze zum kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot, vgl. *Gersdorf*, Zugang zu Kabelnetzen, 320 f.; *Weisser/Meinking*, WuW 1998, 831 (843); ferner die Begründung zum TKG 1998, BT-Dr. 13/3609, 31.

Maßgebend für die Konkretisierung des Missbrauchstatbestands sind daher die Ordnungsprinzipien einer Wettbewerbswirtschaft, wie sie den Zielsetzungen des TKG zugrunde liegen. Rekurrierend auf § 1 TKG bestehen diese primär in der Gewährleistung funktionierenden Wettbewerbs; der freie ökonomische Wettbewerb stellt ein wesentliches Strukturprinzip des Telekommunikationssektors dar.³¹⁶ Daneben ist nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG ein chancengleicher Wettbewerb sicherzustellen. Chancengleichheit bedeutet in diesem Sinne die Gewährleistung möglichst umfangreicher Zugangsfreiheit und Gleichheit der Anbieter bei größtmöglicher Auswahlfreiheit für die Nutzer.³¹⁷ Daraus folgt u. a., dass der Netzbetreiber die um Zugang ersuchenden, gleichartigen Inhaltenanbieter auch und gerade im Falle von Kapazitätsknappheit gleichmäßig zu behandeln hat.³¹⁸ Im Lichte des weiten telekommunikationsrechtlichen Rundfunkbegriffs, der sowohl lineare als auch nicht-lineare Angebote einschließt, folgt daraus, dass – in rundfunkrechtlicher Diktion – Rundfunk- und Telemedienanbietern grundsätzlich gleiche Zugangschancen einzuräumen sind.³¹⁹ Anderes gilt hingegen für das Verhältnis dieser Rundfunkdienste gegenüber Dienstangeboten wie Kabeltelefonie, VoIP oder der Interzugangsvermittlung über Kabel. Da es sich bei diesen Angeboten um andere Dienstkategorien als (telekommunikationsrechtlichen) Rundfunk handelt, lässt sich der Grundsatz der Chancengleichheit auf ihr Verhältnis zu Rundfunkdiensten nicht anwenden. Denn die zu gewährleistende Chancengleichheit bezieht sich nur auf die Anbieter innerhalb einer Dienstkategorie und gerade nicht auf die Konkurrenz von Anbietern unterschiedlicher Kategorien.

Demgegenüber dürfte es als missbräuchlich anzusehen sein, wenn der Netzbetreiber bestimmte Dienstkategorien vom Zugang zu seiner Infrastruktur ausschließt, weil er bislang ungenutzte Kapazitäten entsprechend eines von ihm erstellten Nutzungskonzepts für Angebote vorhalten will, die anderen Dienstkategorien zuzurechnen sind. Da bereits das grundsätzliche Zurückhalten freier Kapazitäten für den Fall eines später eintretenden Bedarfs als unzulässig erachtet wird³²⁰, kann nichts anderes für den Spezialfall gelten, dass die Zurückhaltung zu Gunsten bestimmter Dienstkategorien erfolgt. Diese Auffassung bestätigt eine Folgebetrachtung, da es andernfalls im Belieben des Netzbetreibers stünde durch Netznutzungskon-

³¹⁶ *Gersdorf*, ZUM 2007, 104 (106); vgl. auch *Schütz*, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz, TKG, § 42, Rn. 30 ff.

³¹⁷ *Ladeur*, K&R 2001, 496 (504).

³¹⁸ *Schütz*, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz, TKG, § 42, Rn. 62; *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 20, Rn. 169. Sofern ausreichende Kapazitäten für sämtliche Nachfrager vorhanden sein sollten, hat der Netzbetreiber grundsätzlich den Ansprüchen sämtlicher Zugangspetenten zu entsprechen, vgl. *Jüngling*, Fernsehkabelnetz, 243; *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 117; *ders.*, Zugang zu Kabelnetzen, 322 f.

³¹⁹ Aufgrund des Prinzips der Bundestreue gilt der Rundfunk- Telekommunikationsanbieter umfassende Gleichbehandlungsgrundsatz allerdings nur außerhalb der rundfunkrechtlichen Plattformregulierung; vgl. hierzu sogleich unten im Zusammenhang mit dem GWB.

³²⁰ Vgl. OVG Münster, CR 2000, 369 (373 f.) zu § 33 TKG a. F.; MMR 1998, 98 (100); *Hahne*, Kabelbelegung, 129; *Gersdorf*, Zugang zum digitalen Kabel, 323; *ders.*, Kabeleinspeisung von Programmbouquets, 117; *ders.*, Zugang zu Kabelnetzen, 323; *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 163.

zepte eine willkürliche Kapazitätsknappheit und sich damit einen Rechtfertigungsgrund für Zugangsverweigerungen zu schaffen.³²¹ Das von *Schütz*³²² in diesem Zusammenhang aufgrund des Grundsatzes der freizügigen Kabelfrequenznutzung vorgebrachte Argument eines Widmungsrechts des BK-Netzbetreibers hinsichtlich der Frequenzen seines Netzes kann daher nur insoweit anerkannt werden, als der Widmungsentscheidung eine tatsächliche Belegung mit entsprechenden Diensten zeitnah folgt. Hierbei handelt es sich auch nicht um einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Autonomie des Netzbetreibers, sofern man diesem das Recht zugesteht, die nach seinem Nutzungskonzept eigentlich anderweitig dedizierten Kapazitäten „zurückzuholen“, sobald ein tatsächlicher Bedarf hierfür besteht.³²³

Der das Rundfunkrecht prägende Schutz des publizistischen Wettbewerbs im Sinne der Gewährleistung von Meinungsvielfalt ist – schon aus kompetenziellen Gründen – hingegen kein Anliegen des TKG. Das Telekommunikationsrecht will dem Nutzer eine möglichst freie Auswahlentscheidung garantieren und diese Entscheidung – anders als das auf größtmögliche Meinungsvielfalt abzielende Rundfunkrecht – nicht für den Nutzer vornehmen.³²⁴ Aus diesem Grund ist der Kabelnetzbetreiber nicht gehindert, eine Auswahlentscheidung zwischen Rundfunk- und Telemedienanbietern zu treffen, deren Dienste er in sein Netz einspeist, sofern diese Auswahl objektiv und auf der Grundlage vernünftiger und nachvollziehbarer Kriterien erfolgt.³²⁵ Gleiches gilt für die Auswahlentscheidung zwischen Rundfunkdiensten im weiteren Sinne (unter Einschluss der Telemedien) und sonstigen kommunikativen Diensten wie Kabelinternet und –telefonie. Denn eine solche Auswahlentscheidung stellt nichts anderes dar, als die praktische Umsetzung der des ihm aufgrund des telekommunikationsrechtlichen Frequenzordnungsregimes zustehenden freizügigen Nutzung seiner Frequenzen. Nicht zu beanstanden ist danach auch eine an kaufmännischen Gesichtspunkten ausgerichtete Auswahlentscheidung, die sich maßgeblich etwa an der Attraktivität des Gesamtangebots innerhalb der Kabelanlage orientiert, indem sie unter akzentuierter Berücksichtigung des Zuschauerinteresses massenattraktiven Angeboten den Vorzug vor reichweitchenschwächeren Angeboten gewährt.³²⁶ Hierbei handelt es sich um eine den Gesetzen des Marktes folgende Maßnahme, die dem Handlungsmuster eines jeden vernünftigen Unternehmers entspricht. Gegen solche er-

³²¹ Hierauf hinweisend *Jüngling*, Fernsehkabelnetz, 243 f.

³²² MMR-Beil. 2/2001, 20 (26).

³²³ Vgl. *Jüngling*, Fernsehkabelnetz, 244.

³²⁴ Vgl. *Ladour*, K&R 2001, 496 (504); *ders.*, ZUM 2002, 252 (257); *Weisser/Meinking*, WuW 1998, 842 (846); für eine Berücksichtigung inhaltsbezogener medienrechtlicher Belange im Falle von Knappheitssituationen spricht sich *Schütz*, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz, TKG, § 42, Rn. 65, aus.

³²⁵ Vgl. *Schütz*, MMR-Beil. 2/2001, 20 (26); *Gersdorf*, Zugang zu Kabelnetzen, 324.

³²⁶ Vgl. *Roßnagel/Hilger*, MMR 2002, 445 (448, 452); *Hahne*, Kabelbelegung, 130; *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 116 ff.; *ders.*, Chancengleicher Zugang, 58 f.; *ders.*, Zugang zu Kabelnetzen, 287; *ders.*, Zugang zu Kabelnetzen, 322 ff.; deutlich auch BGH, GRUR 1996, 808 (810 f.); *Weisser/Meinking*, WuW 1998, 831 (844).

hebt das Wettbewerbsrecht keine Einwände; sie entspricht dem Ergebnis des „freien Spiels der Kräfte“.³²⁷ Ergebnisse, die sich alleine aufgrund dieses freien Spiels der Marktkräfte auf dem Boden marktkonformer Entscheidungsrationalität der Akteure nicht einzustellen vermögen, können folglich auch nicht mit den Mitteln des (sektorspezifischen) Wettbewerbsrechts erzwungen werden. Demnach wäre ein Netzbetreiber auch nicht gehindert, sämtliche seiner Übertragungskapazitäten alleine der Sprachtelefonie oder der Internetzugangsvermittlung zu widmen, sofern sich dieses Vorgehen als wirtschaftlich betrachtet besonders ertragreich darstellen würde.³²⁸ Denn auch hierbei handelte es sich um wirtschaftlich vernünftige und damit wettbewerbsrechtlich zulässige Entscheidung.

b. Begegnung von Missbrauchsgefahren aufgrund vertikaler Integration

Lässt sich dem Zugangsregime des TKG folglich für das Verhältnis der verschiedenen Dienstekategorien nicht mehr entnehmen, als dass Dienste innerhalb einer Kategorie grundsätzlich gleich zu behandeln sind, fragt sich weiter, ob sie Vorkehrungen gegen missbräuchliches Verhalten vertikal integrierter Netzbetreiber enthalten. Vertikal integrierte Netzbetreiber zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht nur auf dem von ihnen beherrschten Markt für die Einspeisung von Rundfunksignalen tätig sind, sondern zusätzlich auf diesem Markt vor- bzw. nachgelagerten Märkten.³²⁹ So könnten Netzbetreiber aus wirtschaftlichen Gründen geneigt sein, ihre Kapazitäten für eigene Inhalteangebote und Dienste zu nutzen. Ein Vorhalten freier Frequenzen für zukünftige Bedarfsfälle kommt nach dem Vorstehenden nicht in Betracht.³³⁰ Bei ausreichenden Übertragungskapazitäten erwiese es sich auch als missbräuchlich, wenn ein vertikal integrierter Netzbetreiber die Einspeisung fremder Angebote und Dienste verweigert, um auf diese Weise die von ihm selbst oder einem mit ihm verflochtenen Unternehmen zu protegieren.³³¹ Gleichwohl ist fraglich, ob Netzbetreiber im Falle nach wie vor nicht auszuschließender Kapazitätsengpässe legitimiert sind, eigene Inhalte vorrangig in ihre Netze einzuspeisen. Einigkeit besteht insoweit, dass auf der Grundlage eines etwaigen Netzzugangsanspruchs im Falle von Kapazitätsknappheit kein Netzausbau verlangt werden kann.³³² Über-

³²⁷ Gersdorf, Kabeleinspeisung, 118; ders., Chancengleicher Zugang, 59; ders. Zugang zu Kabelnetzen, 324; einen zu weitgehenden Entscheidungsspielraum des Netzbetreibers annehmend Weisser/Meinking, WuW 1998, 831 (844): „jedes tatsächlich vorhandene Interesse“.

³²⁸ Vgl. Gersdorf, Zugang zu Kabelnetzen, 325.

³²⁹ Instrukтив zur vertikalen Integration im Kommunikations- und Medienbereich Mestmäcker/Schweitzer, EG-WbR, § 25, Rn. 60 ff.

³³⁰ AA Engel, ZUM SH 1997, 309 (322); missverständlich Jüngling, Fernsehkabelnetz, 245.

³³¹ Vgl. Gersdorf, Zugang zu Kabelnetzen, 323.

³³² Vgl. BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1406); OVG Münster, MMR 2002, 566 (567); MMR 2003, 355 (356); Roth, in: Scheurle/Mayen, TKG, § 42, Rn. 31; einen anderen Eindruck erweckt die Begründung des TKG 2004

wiegend wird zudem vertreten, die Befriedigung des eigenen Bedarfs des Netzbetreibers habe grundsätzlich Vorrang.³³³ Demnach dürfte der Netzbetreiber grundsätzlich seine eigenen Inhalte und Dienste bei der Einspeisung in sein Netz privilegieren. Eine Grenze sei erst dort erreicht, wo die Privilegierung eigener Inhalte dazu führt, dass andere Inhalteanbieter vollends vom Zugang ausgeschlossen werden.³³⁴ Andere wiederum sprechen sich dafür aus, die verfügbaren Kapazitäten gleichmäßig zwischen den Angeboten des Netzbetreibers und netzbetreiberfremden Angeboten aufzuteilen.³³⁵ Dieser Auffassung lässt sich indes ihre unter Umständen investitionsfeindliche Wirkung entgegenhalten, da Netzbetreiber von einem kostspieligen Ausbau ihrer Netze absehen könnten, wenn sie die dadurch hinzugewonnenen Kapazitäten umgehend hälftig mit ihren Konkurrenten bei der Programmvermarktung teilen müssten. Es ist allerdings nicht von der Hand zu weisen, dass dieses Innovationsargument durchaus ambivalenter Natur ist. Denn es ist der Gegenansicht zu konzedieren, dass der Netzbetreiber auch nicht unbedingt zum Netzausbau motiviert wird, wenn er zumindest die verfügbaren – wenn auch knappen – Kapazitäten vollständig in den Dienst seiner eigenen Angebote stellen kann.³³⁶ Wiederum zugunsten einer umfassenden Verfügungsbefugnis des Netzbetreibers lässt sich dessen grundrechtlich durch Art. 14 GG geschütztes Recht zur freien Nutzung seines Netzeigentums einwenden.³³⁷ Demgegenüber bezweckt das TKG anders als das GWB nicht nur eine Sicherung des Wettbewerbs, sondern, dem insoweit vorgelagert, eine Deregulierung des Telekommunikationssektors durch die Ermöglichung des Marktzutritts neuer Akteure. Akteure in diesem Sinne sind bezogen auf die Kabelnetzbetreiber zwar in erster Linie andere Anbieter von TK-Dienstleistungen, also unmittelbare Wettbewerber, woran es jedenfalls bei reinen Inhalteanbietern fehlt. Gleichwohl erschwert eine Verstärkung der Marktposition der etablierten Kabelnetzbetreiber durch die Möglichkeit unwidersprochener vertikaler Integration auch den Marktzutritt unmittelbarer Wettbewerber, sodass ihr angesichts des Regelungsziels der Deregulierung der TK-Monopole entgegenzutreten ist.

Zu diesem Zweck kommt eine vermittelnde Auffassung dergestalt in Betracht, dass der Kabelnetzbetreiber im Falle von Kapazitätsengpässen die Hälfte der verfügbaren Kapazitäten

(BT-Dr. 5/2316, 64 f.), wonach eine Verpflichtung zum Kapazitätsausbau ausnahmsweise in Betracht kommt, die dadurch entstehenden Investitionsrisiken jedoch vollständig durch den Nachfrager übernommen werden müssen; vgl. dazu *Lünenbürger*, in: Scheurle/Mayen, TKG, § 3, Rn. 87; *Neitzel/Müller*, MMR 2004, 655 (658).

³³³ BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1406); OVG Münster, MMR 1998, 98 (100); *Roth*, in: Scheurle/Mayen, TKG, § 42, Rn. 31; *Schütz*, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz, TKG, § 42, Rn. 66; *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 157 ff.; *Bauer*, Netz und Nutzung, 250 ff. ähnlich auch die Kommission, KOM(2000) 237 end., 10.

³³⁴ *Jüngling*, Fernseekabelnetz, 244 f.

³³⁵ So etwa das Bundeskartellamt für den Fall der Stromdurchleitung, vgl. B8-40100 – T – 99/99, 14; *Gersdorf*, Zugang zum digitalen Kabel, 326 f.; zurückhaltender allerdings *ders.*, Zugang zu Kabelnetzen, 325 ff.

³³⁶ Hierauf weist das BKartA, B8-40100 – T – 99/99, 16 f. hin.

³³⁷ Dies hervorhebend *Bauer*, Netz und Nutzung, 253; zur Bedeutung von Art. 14 GG im Rahmen der Kabelbelegung vgl. ferner unten (Kap. 3, B.II.1.a.ii.).

mit seinen eigenen Angeboten belegen darf, während er die restlichen Kapazitäten für ihm nicht zurechenbare Anbieter zu nutzen hat.³³⁸ Innerhalb dieser Hälfte hat er sodann bei einem Überhang von Nachfragern anhand objektiver und im Einklang mit dem TKG stehenden Kriterien – u.a. der Attraktivität des jeweiligen Angebots aus Rezipientensicht – auszuwählen.

IV. Fazit

Der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung lassen sich keine Vorgaben für das Verhältnis von Rundfunk, Telemedien und sonstigen Diensten bei der Belegung von Breitbandkabelnetzen entnehmen. Zwar unterfallen die Breitbandkabelnetze grundsätzlich sowohl dem TKG als auch dem Frequenzordnungsregime, ihre Verwendung durch den Betreiber wird jedoch durch das Prinzip der freizügigen Nutzung gekennzeichnet. Danach ist der Netzbetreiber in seiner Entscheidung frei, welche Dienste und in welchem Verhältnis er diese in sein Netz einspeist. Nichts anderes folgt – innerhalb der Grenzen einer Willkürlichkeitskontrolle – aufgrund telekommunikationsrechtlicher Zugangsansprüche. Allerdings hat der Netzbetreiber im Rahmen der telekommunikationsrechtlichen Missbrauchsaufsicht sämtlichen Zugangspetenten ein und derselben Dienstekategorie gleichmäßige Zugangschancen einzuräumen. Im Falle von Kapazitätsknappheit darf der Netzbetreiber lediglich die Hälfte der ihm gehörenden Übertragungskapazitäten für eigene oder ihm zurechenbare Angebote verwenden; die andere Hälfte hat er zur Verbreitung der Angebote von ihm unabhängiger Veranstalter zu nutzen.

C. Nutzungsvorgaben für das Breitbandkabelnetz durch das GWB?

Lassen sich dem Telekommunikationsgesetz im Wesentlichen keine Vorgaben für die Nutzung des Breitbandkabels durch dessen Belegung mit Rundfunk und sonstigen Kommunikationsdiensten entnehmen fragt sich, ob sich solche Vorgaben dem allgemeinen Wettbewerbsrecht, dem GWB³³⁹, entnehmen lassen, das ausweislich der Wertung dessen § 38 Abs. 3 auch auf den Rundfunksektor anwendbar ist.³⁴⁰ So lassen sich zwar auch dem GWB Zugangsansprüche entnehmen, die mittelbar auch für das Verhältnis verschiedener Dienste im Kampf um die Verteilung der Übertragungskapazitäten fruchtbar gemacht werden könnten (hierzu

³³⁸ OVG Münster, MMR 1998, 98 (100); *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 162 f.

³³⁹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in der Fassung vom 15.07.2005 (BGBl. I 2114, ber. 2009 I 3850), zuletzt geändert mit Wirkung vom 22.12.2011 (BGBl. I 3044).

³⁴⁰ Allg. Ansicht, vgl. etwa BVerfGE 73, 118 (174); *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Vor § 35, Rn. 66;

nachfolgend unter I.). Gleichwohl lassen diese Zugangsansprüche des GWB aufgrund dessen fehlenden kommunikationspolitischen Steuerungspotenzials keine Rückschlüsse darauf zu, in welchem Verhältnis der Rundfunk und andere Dienste bei der Nutzung des Breitbandkabels zu berücksichtigen sind (hierzu nachfolgend unter II.).

I. Die relevanten Zugangsansprüche des GWB

Da, wie sogleich unter II. zu zeigen ist, den kartellrechtlichen Zugangsansprüchen jedes kommunikative Steuerungspotenzial fehlt, sie sich vielmehr darin erschöpfen, aus wirtschaftlicher Perspektive unbillige Zugangsbeschränkungen zu verhindern, sollen die infrage kommenden Ansprüche nur im Hinblick auf ihre Bedeutung im Kontext dieser Arbeit angegriffen werden.³⁴¹ Dabei soll im Folgenden unterstellt werden, dass der Kabelnetzbetreiber sowohl auf dem Einspeisemarkt³⁴² als auch auf dem Endkundenmarkt, auf dem der Netzbetreiber dem einzelnen Rezipienten, der von ihm die Bereitstellung eines Anschlusses an das Kabelnetz sowie die Lieferung von Rundfunksignalen nachfragt, gegenübersteht, eine marktbeherrschende Stellung einnimmt.³⁴³ Auf dem Einspeisemarkt treten die Netzbetreiber sogar als Monopolisten auf. Neben dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des § 20 GWB ist dabei insbesondere ein etwaiger Zugangsanspruch auf der Grundlage von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB in Betracht zu ziehen.

1. Zugangsanspruch nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

Vergegenwärtigt man sich nochmals, dass es sich bei dem wesentlichen Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit, dem Breitbandkabelnetz, um eine Netzindustrie handelt, auf die Dienste- und Inhaltenanbieter zum Absatz ihrer Angebote nahezu zwingend angewiesen sind, gerät zunächst der kartellrechtliche Zugangsanspruch des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB in den Fokus des Interesses. Bei diesem, die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB konkretisierenden Spezialfall („insbesondere“) des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, handelt es sich nämlich um eine Umsetzung der dem amerikanischen Recht entlehnten „essential-

³⁴¹ Ausführlich zu GWB-Zugangsansprüchen *Bauer*, Netz und Nutzung, 192 ff.; *Ricke*, Triple Play, 26 ff.

³⁴² Vgl. dazu Ausführungen oben (Kap. 3, B.III.1.).

³⁴³ Vgl. dazu BKartA, B7-66/11 (*Liberty/Kabel BW*), 78, das für den NE-3-Betreiber Unitymedia zu diesem Ergebnis gelangt, obwohl es hinsichtlich des Endkundenmarktes nun von einer Austauschbarkeit der Übertragungswege Breitbandkabel und DSL ausgeht (97); anders noch in B7-22/05 (*Iesy/Ish*), 73 f.; B7-38/05 (*BC Partners/Ish*), 63 f.; noch zurückhaltend hinsichtlich einer solchen Austauschbarkeit *Bauer*, Netz und Nutzung, 200 f.; *Ricke*, Triple Play, 21 f.; vgl. aber auch schon *Weisser/Meinking*, WuW 1998, 831 (839).

*facility-doctrine*³⁴⁴. Damit soll den Gefahren begegnet werden, die aus dem Zusammentreffen dauerhaft verfestigter Strukturen auf einem Markt mit der vertikalen Integration des diesen Markt beherrschenden Unternehmens resultieren, die wiederum darin besteht, dass das den sog. Schlüsselmarkt beherrschende Unternehmen ihre dortige Machtstellung ausnutzen, um auch den davon abgeleiteten, vor- oder nachgelagerten Markt zu kontrollieren.³⁴⁵ Eine verfestigte Marktstruktur ergibt sich im Falle des Breitbandkabelnetzes, wie gesehen, grundsätzlich aus dessen Charakter als materiellem Netz, wobei es sich um den klassischen Anwendungsfall eines natürlichen Monopols handelt. Rundfunkanbieter und Anbieter sonstiger kommunikativer Dienste sind auf den Zugang zum Breitbandkabelnetz angewiesen („*bottleneck-resource*“). Ist der Netzbetreiber nun dergestalt vertikal integriert, dass auch er Rundfunk oder sonstige Dienste selbst oder über Tochterunternehmen anbietet, erwächst ihm die Möglichkeit, seine Marktstellung gegenüber Wettbewerbern auf dem abgeleiteten Markt – z. B. dem Fernsehwerbemarkt oder dem Pay-TV-Markt – dadurch zu stärken, dass er reine Inhalteanbieter vom Zugang zu seinem Netz ausschließt.³⁴⁶

Angesichts der Mehrdimensionalität des Tatbestands, der sowohl einen Schlüssel- als auch einen vor- bzw. nachgelagerten Markt verlangt, ist umstritten, auf welchem der Märkte der Normadressat des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB marktbeherrschend sein muss. Überwiegend wird die marktbeherrschende Stellung für den abgeleiteten Markt verlangt.³⁴⁷ Konsens herrscht demgegenüber, dass es sich beim Breitbandkabelnetz um ein „Netz“ im Sinne der Vorschrift als Unterfall einer „Infrastruktureinrichtung“ handelt.³⁴⁸

Um einen Zugangsanspruch nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB zu begründen, müsste das Breitbandkabelnetz zudem eine aus Sicht der Zugangspetenten essentielle Infrastruktureinrichtung darstellen. Während eine Duplizierung des Breitbandkabelnetzes, also der Aufbau einer zweiten, parallelen Breitbandkabelinfrastruktur, jedenfalls betriebswirtschaftlich nicht in Betracht kommt³⁴⁹, stellt sich die Frage, ob nicht die Substitution des Kabelnetzes durch eine alternative Übertragungsinfrastruktur in Betracht kommt. Denn nur dann, wenn ein Zutritt des Zugangspetenten auf dem abgeleiteten Markt ohne die konkrete Infrastruktur objektiv ausge-

³⁴⁴ Vgl. dazu *Klimisch/Lange*, WuW 1998, 15 (18 ff.); *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, GWB, § 19, Rn. 86 ff.; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19, Rn. 179 ff.

³⁴⁵ *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19, Rn. 184.

³⁴⁶ Vgl. *Raisch/Gudera*, ZUM 1999, 904 (905); *Bauer*, Netz und Nutzung, 210; *Hahne*, Kabelbelegung, 136.

³⁴⁷ Dafür spricht insbesondere der Zweck des Missbrauchstatbestands, der im Schutze des Wettbewerbs gerade auf dem abgeleiteten Markt besteht; vgl. *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19, Rn. 193; *Bauer*, Netz und Nutzung, 211; aA (Marktbeherrschung auf Schlüsselmarkt ausreichend) *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, GWB, § 19, Rn. 91.

³⁴⁸ *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, GWB, § 19, Rn. 89; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19, Rn. 198.

³⁴⁹ Dieser Umstand genügt für die Annahme eines tatsächlichen Duplizierungshindernisses, vgl. *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19, Rn. 200.

geschlossen ist, kommt ein Zugangsanspruch in Betracht. Lässt sich demgegenüber ein Marktzutritt auf dem abgeleiteten Markt für die Inhalte- und Diensteanbieter im Falle des Breitbandkabels mittels eines alternativen Übertragungsweges erreichen, wäre ein Zugangsanspruch unter dem Gesichtspunkt der Substituierbarkeit ausgeschlossen.³⁵⁰ Legt man die im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB angezeigte prognostische Betrachtungsweise zugrunde³⁵¹, die insbesondere technische Fortentwicklungen in Rechnung stellt, ist festzustellen, dass sich das Breitbandkabel angesichts der unter der Bezeichnung der Konvergenz der Netze zusammengefassten, bereits eingetretenen und weiter zu erwartenden Entwicklungen sowohl aus Sicht der klassischen Rundfunkveranstalter als auch aus Sicht der Anbieter von neuartigen Kommunikationsdiensten als substituierbar darstellt.³⁵² Für Anbieter klassischen Rundfunks stehen dabei mit Satellit und Terrestrik alternative Verbreitungswege offen, mit denen etwa die Hälfte aller deutschen Rundfunkhaushalte erreichbar ist. Zudem bedeutet die Zugangsverweigerung eines Netzbetreibers nicht per se, dass auch andere Netzbetreiber eine Einspeisung ablehnen werden. Für Anbieter sonstiger kommunikativer Dienste steht mit dem DSL eine in ihren technischen Leistungsmerkmalen dem Breitbandkabel weitgehend entsprechende Infrastruktur zur Verfügung, die im Hinblick auf solche Dienste auch über den notwendigen Verbreitungsgrad verfügt.

Folglich lässt sich ein Anspruch von Inhalteanbietern auf Zugang zum Breitbandkabelnetz bereits heute kaum und bei fortschreitender Infrastrukturkonvergenz noch weniger auf § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB stützen.

2. Zugangsanspruch nach § 20 GWB

Neben dem Marktmissbrauchsverbot des § 19 GWB können sich Zugangsansprüche von Inhalte- und Diensteanbietern auch auf das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 20 GWB stützen, wobei zwischen dessen beiden ersten Absätzen zu differenzieren ist. Dabei schränkt auch § 20 GWB ähnlich wie § 19 GWB die Privatautonomie des Normadressaten ein, begrenzt dies jedoch auf die beiden inkriminierten Verhaltensweisen der Behinderung

³⁵⁰ Die oben erwähnte fehlende Austauschbarkeit der Übertragungswegen im Rahmen der Marktabgrenzung auf dem Einspeisemarkt präjudiziert die Substitutionsmöglichkeit zur Feststellung der Wesentlichkeit des Breitbandkabelnetzes nicht. Für letztere genügt es, wenn mit den verbleibenden Übertragungswegen zumindest ein Markteintritt möglich erscheint. Zu den Anforderungen an Marktzutrittschranken für die Presse aus europarechtlicher Sicht vgl. EuGH v. 26.11.1998, Rs. C-7/97, Slg. I-07791.

³⁵¹ Vgl. hierzu *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19, Rn. 201.

³⁵² Wie hier *Bauer*, Netz und Nutzung, 212 f.; unter dem Gesichtspunkt der Marktbeherrschung auch *Raisch/Gudera*, ZUM 1999, 904 (907).

und Diskriminierung.³⁵³ Demgegenüber ist der Kreis der Normadressaten des § 20 GWB weiter als derjenige des allgemeinen Missbrauchstatbestands, da über § 20 Abs. 2 GWB auch relativ – „marktstarke“ – Unternehmen der Verhaltenskontrolle unterliegen.

a. § 20 Abs. 1 GWB

Der Tatbestand des § 20 Abs. 1 GWB enthält ein Diskriminierungs- und ein Behinderungsverbot, von denen das erste primär die Beziehung des Normadressaten zu Unternehmen auf vor- und nachgelagerten Märkten (Vertikalverhältnis) im Blick hat, während sich das Behinderungsverbot auf das Verhalten des Normadressaten gegenüber seinen Wettbewerbern und damit auf das Horizontalverhältnis bezieht. Gleichwohl werden beide Verbote in der Praxis im Sinne eines einheitlichen Diskriminierungsverbotes behandelt.³⁵⁴ Für die Beziehung zwischen Inhalteanbietern und Netzbetreibern im Rahmen der Einspeisung entfaltet das vertikal wirkende Diskriminierungsverbot besondere Bedeutung. Dieses richtet sich zunächst wiederum an marktbeherrschende Unternehmen, was wie oben gesehen grundsätzlich auf die Kabelnetzbetreiber zutrifft. Daneben muss es sich bei der Einspeisung um einen Geschäftsbereich handeln, „*der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist*“. Diese Voraussetzung hat die Rechtsprechung³⁵⁵ für die Durchleitung der Signale eines Rundfunkveranstalters angenommen. Der Geschäftsverkehr ist typischerweise grundsätzlich sämtlichen Anbietern eröffnet, deren Programme eingespeist und zu den Empfängern weitergeleitet werden. An die Gleichartigkeit dieser Anbieter dürfen dabei keine zu hohen Anforderungen gestellt werden; das Merkmal dient lediglich einer „*groben Sichtung*“, wozu ausreichend ist, dass die zu vergleichenden Unternehmen „*im wesentlichen gleiche Funktionen ausführen*“. ³⁵⁶ Dies trifft auf sämtliche Unternehmen zu, deren Geschäftsgegenstand die Bereitstellung von Inhalten für Endverbraucher über Kommunikationsnetze darstellt.³⁵⁷ Auf die Art des Inhalts (Voll- oder Spartenprogramm), dessen Finanzierung (Free-TV oder Pay-TV) sowie die Organisationsform des Veranstalters (öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich) soll es dabei nicht ankommen.³⁵⁸ Während diese Grundsätze seitens der Rechtsprechung ausdrücklich auf „Fernsehprogramme“ mithin klassischen Rundfunk im engeren Sinne bezogen waren, fragt sich, ob – ge-

³⁵³ Zur Bedeutung der Vorschrift vgl. *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 20, Rn. 1.

³⁵⁴ Vgl. zu § 26 a. F. BGH, NJW 1998, 3778.

³⁵⁵ BGH GRUR 1998, 808 (810) für einen Pay-TV-Anbieter auf Nachfragerseite; ihm folgend OLG Naumburg, ZUM 1999, 944 (946 f.) für einen Lokalrundfunksender.

³⁵⁶ *Loewenheim*, in: Ders./Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, GWB, § 20, Rn. 61; vgl. auch *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 20, Rn. 99 f.

³⁵⁷ OLG Naumburg, ZUM 1999, 944 (946 f.) unter Verweis auf BGH GRUR 1996, 808 (810).

³⁵⁸ *Bauer*, Netz und Nutzung, 217.

genüber Rundfunkveranstaltern – gleichartige Unternehmen auch solche sind, die nicht-lineare Telemedien und individualkommunikativ geprägte Dienste anbieten. Dagegen könnte sprechen, dass letztere sich ja gerade durch ihre fehlende Linearität von den nach einem festen Programmschema ablaufenden Fernsehprogrammen unterscheiden. Da es aber für die Gleichartigkeit ausreichen soll, dass die zu vergleichenden Unternehmen auf derselben Wirtschaftsstufe tätig sind³⁵⁹, dürfte auch insoweit von gleichartigen Unternehmen gesprochen werden können. Verweigert der Netzbetreiber die Einspeisung der Angebote eines der im vorstehenden Sinne gleichartigen Unternehmen, liegt grundsätzlich eine Diskriminierung vor.³⁶⁰

b. § 20 Abs. 2 GWB

In Absatz 2 wird der Schutz vor Diskriminierung und Behinderung auf „*kleine oder mittlere Unternehmen*“ ausgedehnt, die sich nicht nur gegenüber marktbeherrschenden sondern auch gegenüber marktstarken Unternehmen, von denen sie abhängig sind, auf wettbewerbsrechtlichen Schutz berufen können. Letztere werden aufgrund ihrer „*relativen Marktmacht*“ in den Kreis der Normadressaten erhoben.³⁶¹ Obgleich unterschiedlich beurteilt wird, ob eine an Umsatzgrößen orientierte Bestimmung der Normbegünstigten zweckmäßig ist³⁶², lässt sich doch festhalten, dass jedenfalls die großen Rundfunkveranstalter nicht hierunter subsumiert werden können. Damit verbleibt zwar ein großer Kreis an potenziellen Normbegünstigten, die dann jedoch wiederum von dem Netzbetreiber abhängig sein müssten. Hierbei ist ausgehend von der Unterscheidung zwischen nachfragebedingter Abhängigkeit (als Anbieter) und der Abhängigkeit als Nachfrager in Anlehnung an *Bauer*³⁶³ zwischen den verschiedenen Geschäftsmodellen der Kabelnetzbetreiber³⁶⁴ zu differenzieren. Während eine nachfragebedingte Abhängigkeit eines Inhalteanbieters von einem Kabelnetzbetreiber dabei eher die Ausnahme sein dürfte, ist eine Abhängigkeit als Nachfrager nach der Einspeiseleistung durchaus typisch. Allerdings ist auch hier, wie im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, von entscheidender

³⁵⁹ Vgl. dazu *Loewenheim*, in: Ders./Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, GWB, § 20, Rn. 61.

³⁶⁰ Hieran fehlt es im Falle von Tochterunternehmen des Normadressaten. Da der Diskriminierungstatbestand von einem Dreipersonenverhältnis ausgeht („*anderes Unternehmen*“), wonach dem Normadressaten zwei andere, gemeint sind unabhängige Unternehmen gegenüberstehen, ist er nicht einschlägig, wenn der Normadressat und eines der Vergleichsunternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden; vgl. BGH NJW 1982, 2775 (2776). Demnach scheidet § 20 GWB dann aus, wenn die vertikale Integration eines Kabelnetzbetreibers über enge gesellschaftsrechtliche Verflechtungen erfolgt ist, vgl. *Bauer*, Netz und Nutzung, 218.

³⁶¹ Vgl. dazu *Loewenheim*, in: Ders./Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, GWB, § 20, Rn. 16.

³⁶² Dafür etwa *Bauer*, Netz und Nutzung, 224 (Orientierung an Umsatzschwelle von § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB); dagegen etwa *Loewenheim*, in: Ders./Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, GWB, § 20, Rn. 20.

³⁶³ Netz und Nutzung, 225 f.

³⁶⁴ Vgl. dazu unten (Kap. 3, A.I.2.b.).

Bedeutung, ob der Inhalteanbieter als Nachfrager auf alternative Übertragungswege ausweichen kann; auf die obigen Ausführungen kann verwiesen werden.

II. Fehlendes kommunikatives Steuerungspotenzial

Obgleich die vorstehend erwähnten Zugangsansprüche auch den Inhalte- und Diensteanbietern bei ihrer Nachfrage nach Übertragungskapazitäten beistehen, fehlt ihnen jegliches kommunikatives Steuerungspotenzial, sodass ihnen nichts dafür entnommen werden kann, ob und in welchem Umfang ein Kabelnetzbetreiber seine Infrastruktur zugunsten welcher Dienste und Dienstekategorien zu dedizieren hat. Dieses fehlende kommunikative Steuerungspotenzial manifestiert sich zum einen im Verhältnis des GWB zum Rundfunkrecht einerseits und zum TKG andererseits. Folglich erweist sich eine unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Kategorien von Diensteanbietern durch den Netzbetreiber jedenfalls grundsätzlich nicht als marktmachtmissbräuchliches Verhalten.

1. Verhältnis des GWB zum Rundfunk- und Telekommunikationsrecht

Das fehlende Steuerungspotenzial des GWB für die Auflösung des dieser Arbeit zugrunde liegenden Zugangskonflikts lässt sich bereits anhand eines Blickes auf die divergierenden Zielsetzungen des GWB einerseits sowie des Rundfunkrechts, aber auch des Telekommunikationsgesetzes andererseits vergegenwärtigen. Während das GWB die Entfaltung des „freien Spiels der Marktkräfte“ sichern soll, dient das Rundfunkrecht der Verfolgung kommunikativer Zielsetzungen, die entweder nicht nur inkongruent mit den Folgen an ökonomischen Prämissen ausgerichteten Marktverhaltens sind, sondern diesem gegebenenfalls diametral entgegenstehen. Das Telekommunikationsrecht wiederum dient nicht nur der Flankierung funktionsfähigen Wettbewerbs im Bereich des Telekommunikationssektors; aufgrund der ursprünglich durch ein staatliches Telekommunikationsmonopol geprägten Ausgangslage, deren Veränderung erst die im Zuge der Postreform II eingeführte Regelung des Art. 87f Abs. 2 GG bewirkte, liegt dem TKG vielmehr der Gedanke zugrunde, dass es auf diesem Markt überhaupt erst der Herstellung funktionsfähigen Wettbewerbs bedarf.

a. Verhältnis zum Rundfunkrecht

Ausgehend von dem Umstand, dass ein und derselbe Sachverhalt sowohl einer rundfunkrechtlichen als auch einer wettbewerbsrechtlichen Bewertung zugänglich sein kann, kommt

der Frage nach einem Rangverhältnis der mit den jeweiligen Regulierungsregimen verfolgten Anliegen zueinander besondere Bedeutung zu. Denn durch ihre Zieldivergenz – Meinungs- vielfalt einerseits, funktionierender wirtschaftlicher Wettbewerb andererseits – können beide Regelungsmaterien denselben Zugangskonflikt gänzlich unterschiedlich auflösen.³⁶⁵ Während das Wettbewerbsrecht einen diskriminierungsfreien Zugang der Nachfrager zu den Übertra- gungskapazitäten sicherzustellen versucht, protegirt das Rundfunkrecht bestimmte Angebote mit Blick auf deren schützenswerte Inhalte aus Gründen der Meinungsvielfalt; rundfunkrecht- lich gilt gerade keine absolute Gleichheit der Zugangschancen.

Hierbei handelt es sich nur auf den ersten Blick um ein einfachgesetzliches Problem, wel- ches sich bei näherer Betrachtung aber als ein grundgesetzliches Problem mit einer materiel- len und formellen Komponente darstellt. Der materiellen Komponente liegt die Frage zugrun- de, inwieweit die aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgenden Anforderungen als Teil der durch das Grundgesetz statuierten objektiven Werteordnung im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Tatbestände auf Verwirklichung drängen. Formell ist das grundgesetzliche Kompetenzgefüge zwischen Bund und Ländern betroffen. Erlässt der Bund, gestützt auf den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG, wettbewerbsrechtliche Normen, die Anwendung auch auf die im Kern den Ländern zustehende Rundfunkkompetenz finden, darf er diese Länderkompetenz hierdurch nicht unterminieren. Vielmehr folgt bereits aus dem föderalverfassungsrechtlichen Gebot der Bundestreue, dass der Bundesgesetzgeber dort Rücksicht gegenüber den Landesge- setzgebern zu walten hat, wo andernfalls eine empfindliche Beeinträchtigung der Länderkom- petenzen drohen würde.³⁶⁶ Dies leuchtet umso mehr im Falle der landesgesetzlichen Rund- funkgesetzgebung ein, bei der es sich um einen unmittelbar Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu ent- nehmenden Gesetzgebungsauftrag handelt.³⁶⁷

³⁶⁵ Als Beispiel sei hier die Einspeisung sog. Offener Kanäle angeführt (vgl. dazu unten, Kap. 3, B.IV.4.a.iii.): Diese sind nach § 52b RStV Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. c) RStV zwingend durch den Netzbetreiber einzuspeisen, da sie im Interesse der Meinungsvielfalt als (medienrechtlich) wünschenswert betrachtet werden. Wettbewerbsrechtlich ist ihre Nichtberücksichtigung durch den Netzbetreiber demgegenüber als marktkonform zu bewerten, da sie nur über kleinste Reichweiten verfügen und ihre Einspeisung daher betriebswirtschaftlich unsinnig ist. AA *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, § 19, Rn. 227, der annimmt, Wettbewerbsrecht und Rundfunkrecht ergänzten und überschritten einander; wie hier *Bauer*, *Netz und Nutzung*, 194.

³⁶⁶ Zum Grundsatz der Bundestreue: *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, *GG*, Art. 20, Rn. 118 ff.; *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber, *GG*, Art. 20, Rn. 31 ff.; *Schulz/Wasner*, *ZUM* 1999, 513 (515 f.).

³⁶⁷ *Jarass*, *Kartellrecht und Landesrundfunkrecht*, 51 f.; ihm folgend *Bauer*, *Netz und Nutzung*, 194 f., der zu- dem darauf hinweist, dass sich dieses Ergebnis auch unter Rekurs auf das rechtsstaatliche Gebot widerspruchs- freier Normgebung finden lässt; ferner *Binder*, in: Hahn/Vesting (2. Aufl.), *Rundfunkrecht*, RStV, § 50, Rn. 32. Nach aA (vgl. etwa *Jüngling*, *Fernsehkabelnetz*, 232; *Gersdorf*, *Zugang zu Kabelnetzen*, 321 f.; wohl auch BGH GRUR 1996, 808 [811]) sollen rundfunkrechtliche Wertungen bei der Interessenabwägung im Rahmen der kar- tellrechtlichen Missbrauchstatbestände Berücksichtigung finden; überzeugend dagegen *Bauer*, *Netz und Nut- zung*, 194.

Konsequenz dieses föderalen Rücksichtnahmegebots im Falle von Überwirkungen zwischen Rundfunk- und Wettbewerbsrecht ist, dass rundfunkrechtliche Wertungen nicht durch eine Anwendung des Wettbewerbsrechts umgangen werden dürfen. Danach lässt sich etwa der Grundsatz aufstellen, ein rundfunkrechtlich untersagtes Verhalten des Normadressaten des GWB darf sich wettbewerbsrechtlich nicht als sachlich gerechtfertigt darstellen.³⁶⁸ Umgekehrt darf das Wettbewerbsrecht von seinen Normadressaten kein Verhalten verlangen, welches sich als rundfunkrechtlich rechtswidrig darstellen würde. Für die Belegung des Breitbandkabels bedeutet dies, dass Zugangsansprüche von Diensteanbietern auf der Grundlage des GWB den Netzbetreiber nicht zu einem Verhalten verpflichten dürfen, das zu einer Missachtung der rundfunkrechtlichen Belegungsvorgaben führt.³⁶⁹ Mit anderen Worten: Dort, wo das Rundfunkrecht abschließende Regelungen zur Belegung des Breitbandkabels mit bestimmten Diensten bzw. Angeboten getroffen hat, darf eine Anwendung der Zugangsansprüche des GWB die durch diese Regelungen zum Ausdruck gelangenden Wertentscheidungen nicht infrage stellen. Demnach kann der wettbewerbsrechtliche Grundsatz diskriminierungsfreien Zugangs weder im Rahmen des Must-Carry- noch des Can-Carry-Bereichs Wirkung entfalten.³⁷⁰ Außerhalb dieser rundfunkrechtlich definierten Bereiche findet das GWB zwar Anwendung, erschöpft sein Steuerungspotenzial indes in der inhaltlich neutralen Gewährleistung eines grundsätzlich diskriminierungsfreien Zugangs.

b. Verhältnis zum Telekommunikationsrecht

Obgleich § 2 Abs. 3 TKG ausdrücklich festschreibt³⁷¹, dass das GWB neben dem Telekommunikationsrecht anwendbar bleibt sofern letzteres keine ausdrückliche Regelung festschreibt, stehen die beiden Regelungskomplexe doch in einem Spezialitätsverhältnis zueinander. Dieses Spezialitätsverhältnis zeigt sich nicht nur in dem engeren Anwendungsbereich des TKG, welches aufgrund seiner Fokussierung auf den Telekommunikationssektor auch als „Sonderkartellrecht“³⁷² bezeichnet wird, sondern auch in dessen weiterem Regulierungsziel. Denn wie bereits angeklungen ging es dem Gesetzgeber mit dem Erlass des TKG nicht nur darum schon bestehenden Wettbewerb zu flankieren und abzusichern, vielmehr sollten

³⁶⁸ Vgl. Engel, ZUM SH 1997, 309 (325 f.); Raisch/Gudera, ZUM 1999, 904 (909).

³⁶⁹ Irion/Schirmbacher, CR 2002, 61 (62); Engel, ZUM SH 1997, 309 (318 f.).

³⁷⁰ Zur rundfunkrechtlichen Zugangs- bzw. Plattformbelegungsregulierung vgl. unten (Kap. 3, B.IV.). Sprechen indes die im ersten Kapitel beschriebenen medientatsächlichen Entwicklungen im Ergebnis dafür, die rundfunkrechtliche Regulierung des Zugangs zurückzufahren, lebt im Gegenzug im selben Maße die wettbewerbsrechtliche Regulierung auf, s. dazu unten (Kap. 5, B.).

³⁷¹ Vgl. hierzu nur Schuster, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz, TKG, § 2, Rn. 38 ff.; Holznagel/Ricke, in: Spindler/Schuster, Elektronische Medien, TKG, § 2, Rn. 18.

³⁷² Weisser, ZUM 1997, 877 (890, Fn. 106).

dadurch überhaupt erst die Voraussetzungen eines funktionsfähigen Wettbewerbs, der sodann einer bloßen Verhaltenskontrolle unterworfen werden kann, geschaffen werden. Zu diesem Zweck sollten die sektorspezifischen Regelungen das allgemeine Wettbewerbsrecht, namentlich das GWB, ergänzen, da dessen, von einer Ex-post-Missbrauchskontrolle gekennzeichnete Regelungssystematik, als nicht ausreichend erachtet worden ist, die Umwandlung des traditionell monopolistisch geprägten Telekommunikationsmarktes zu gewährleisten.³⁷³

Aus dem Vorstehenden sowie Teilen der Gesetzesmaterialien³⁷⁴ wird von einigen Vertretern in der Literatur³⁷⁵ geschlossen, das TKG verdränge in seinem Anwendungsbereich das GWB. Nach dieser Auffassung ließen sich von vornherein keine Rückschlüsse auf das Diensteverhältnis bei der Nutzung des Breitbandkabels ziehen. Demgegenüber vertritt eine gegenteilige Auffassung, TKG und GWB seien grundsätzlich nebeneinander anwendbar.³⁷⁶ Für diese Position lässt sich, neben dem eindeutigen Wortlaut des § 2 Abs. 3 TKG, vor allem eine teleologische Überlegung fruchtbar machen. Denn wenn Sinn und Zweck des TKG darin bestehen, als sektorspezifisches Wettbewerbsrecht das allgemeine Wettbewerbsrecht zu *ergänzen*, bedeutet dies gerade nicht, dass es dieses *ersetzen* bzw. *verdrängen* soll. Im vorliegenden Zusammenhang kann der Streit allerdings unentschieden bleiben, da sich auch bei (unterstellter) Anwendbarkeit des GWB auf den Zugangskonflikt zwischen Inhalte- bzw. Diensteanbietern und Netzbetreibern keine Rückschlüsse ziehen lassen, die über diejenigen des TKG – Gewährleistung eines grundsätzlich chancengleichen Zugangs der Nachfrager bei gleichzeitiger Akzentuierung der ökonomischen Entscheidungsrationalität der Netzbetreiber – ziehen lassen.

Im Lichte der vorstehenden Erwägungen zu den Zielen des TKG – Deregulierung des TK-Sektors, strenge Missbrauchskontrolle – erhellt nämlich, dass dem TKG im Vergleich zum GWB jedenfalls ein strengerer Kontrollmaßstab zugrunde liegt.³⁷⁷ Lassen sich nun aber bereits dem strengeren Kontrollmaßstab des TKG keine nennenswerten Vorgaben für die Nutzung des Breitbandkabels entnehmen, so legt dies den Erst-Recht-Schluss nahe, dass sich ent-

³⁷³ Vgl. die Begründung zum TKG-Entwurf, BT-Dr. 13/3609, 33 f.; ferner BNetzA, BK1-09/005, 94 f.

³⁷⁴ Insbesondere der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 2 Abs. 3 TKG 1998 (BT-Dr. 13/3609, 36) sowie der Begründung zu § 19 GWB (BT-Dr. 13/9720, 37).

³⁷⁵ *Bartosch*, CR 1997, 517 (524); *Zimmer/Büchner*, CR 2001, 164 (168); jedenfalls für das hier einzig interessierende Rechtsverhältnis zwischen Inhalteanbietern und (marktbeherrschenden) Breitbandkabelnetzbetreibern auch *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 161 f.; ihm folgend auch *Dörr/Janik/Zorn*, Zugang, 147; *Hahne*, Kabelbelegung, 135 f.

³⁷⁶ So etwa *Irion/Schirmbacher*, CR 2002, 61 (67); *Weisser/Meinking*, WuW 1998, 831 (847); *Bauer*, Netz und Nutzung, 196 f.; *Klimisch/Lange*, WuW 1998, 15 (20 ff.); *Lampert*, WuW 1998, 27 (34 ff.); *Thierfelder*, Zugangsfragen, 75 ff.; vgl. auch *Ricke*, Triple Play, 13 f., der allerdings zuvor die Anwendbarkeit des TKG auf den Kabelnetzzugang abgelehnt hat.

³⁷⁷ *Weisser/Meinking*, WuW 1998, 831 (845); *Hahne*, Kabelbelegung, 128 f.; *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 115; *ders.*, Zugang zu Kabelnetzen, 321; *Bauer*, Netz und Nutzung, 249; vgl. auch OLG Düsseldorf, MMR 1998, 258 (260).

sprechende Vorgaben dann auch nicht im vergleichsweise liberaleren GWB finden lassen dürften. Demnach wären die oben zur inhaltsneutralen Zwecksetzung des TKG sowie dessen fehlender Begegnung vertikaler Integration gefundenen Ergebnisse der Maßstab auch der Betrachtung nach allgemeinem Kartellrecht.

c. Zwischenergebnis

Bereits aus dem Verhältnis des allgemeinen Wettbewerbsrechts zum Rundfunkrecht einerseits und zum sektorspezifischen Wettbewerbsrecht des TKG andererseits wird dessen wenn überhaupt geringes Steuerungspotenzial für den im Fokus stehenden Zugangskampf um das Breitbandkabel deutlich. Aus dem Grundsatz der Bundestreue folgt, dass das GWB die Wertungen landesrechtlicher Vorgaben bei der Kabelbelegung nicht konterkarieren darf. Außerhalb dieser Vorgaben ist das GWB zwar einschlägig, erschöpft sich jedoch entsprechend seines Regulierungsziels in der Gewährleistung eines grundsätzlich chancengleichen Zugangs, der unabhängig von der Kategorie des jeweils angebotenen Dienstes auf alle Anbieter Anwendung findet. Auch gegenüber dem TKG kommt dem GWB, seine – nicht unbestrittene – parallele Anwendbarkeit unterstellt, kein weitergehendes Steuerungspotenzial zu.

2. Dienstespezifische Differenzierung als Marktmachtmissbrauch?

Ist Gegenstand dieser Arbeit die Untersuchung des Verhältnisses zwischen verschiedenen Dienstekategorien bei der Belegung des Breitbandkabels, so lässt sich die Untersuchung des Steuerungspotenzials des allgemeinen Kartellrechts darauf reduzieren, ob eine Bevorzugung der einen Kategorie von Diensten (z. B. Telemedien) durch den Netzbetreiber gegenüber einer anderen Dienstekategorie (z. B. Rundfunk) ein sachlich nicht gerechtfertigtes und damit missbräuchliches Verhalten darstellt, welches der Netzbetreiber nur aufgrund seiner Marktmacht aufrechtzuerhalten vermag.

Dabei gilt es sich zunächst nochmals zu vergegenwärtigen, dass insbesondere die Unterscheidung zwischen Rundfunk und Telemedien eine solche des Medienrechts (RStV, TMG) ist, die sich zunächst einmal alleine auf diese Regelungsmaterie beschränkt. Ferner beruht diese Unterscheidung – im Ergebnis – auf der Annahme unterschiedlicher Meinungsbildungsrelevanz dieser Angebote, betrifft mithin publizistisch-wettbewerbliche bzw. medienwirkungswissenschaftliche Erwägungen, nicht hingegen wirtschaftlich-wettbewerbliche Gründe, sodass sie grundsätzlich vom Fokus des Wettbewerbsrechts nicht erfasst wird. Demnach verfolgt das Wettbewerbsrecht einen medienübergreifenden bzw. inhalteneutralen Ansatz, was

bereits dadurch deutlich wird, dass es sich bei den Anbietern sowohl von Rundfunk als auch von Telemedien um gleichartige Unternehmen im Sinne des § 20 GWB handelt. Mit einem Unwerturteil lassen sich daher auch im Anwendungsbereich des GWB nur solche Verhaltensweisen eines marktstarken Unternehmens belegen, die gegen wettbewerbsrechtliche Zielsetzungen verstoßen.

a. Nichtbestehen eines Kapazitätsengpass

Sofern tatsächlich ausreichende Kapazitäten zur Befriedigung der Ansprüche sämtlicher Zugangspetenten vorhanden sein sollten, hat der Netzbetreiber in Übereinstimmung mit den Erwägungen zum TKG auch sämtlichen Zugangsbegehren zu entsprechen. Etwas anderes kann nur dort gelten, wo sich eine Einspeisung der Inhalte eines konkreten Anbieters als unzumutbar für den Netzbetreiber darstellt.³⁷⁸ Aufgrund der Überwirkungen des Rundfunkrechts auf das GWB kommt dabei auch die Konstellation in Betracht, in welchem etwa ein nicht mit einer rundfunkrechtlichen Zulassung ausgestatteter Veranstalter Einspeisung begehrt.

b. Bestehen eines Kapazitätsengpasses

Sind hingegen die Kapazitäten des Netzbetreibers nachweislich ausgeschöpft bedarf es zwingend einer Auswahlentscheidung. Diese hat sich wiederum primär an objektiven und vernünftigen Auswahlkriterien zu orientieren, die sich am Maßstab marktorientierter Entscheidungsrationalität auszurichten haben. Als nachvollziehbares und zulässiges Auswahlkriterium erweist sich dabei insbesondere die Attraktivität der einzuspeisenden Inhalte.³⁷⁹ Danach sind Netzbetreiber grundsätzlich nicht gehindert, solche Programme und Dienste vorrangig einzuspeisen, denen sie eine besondere Massenattraktivität zusprechen.

Demgegenüber wird teilweise vertreten, eine grundsätzlich vorrangige Einspeisung von Rundfunkprogrammen als vermeintlich attraktiveren Angeboten gegenüber sonstigen kommunikativen Diensten (z. B. Telemedien) sei wettbewerbswidrig.³⁸⁰ Es dürfe keinen Unterschied machen, ob ein einzuspeisendes Angebot eine Darbietung enthalte (Rundfunk nach alter Definition) oder nicht (die früheren Mediendienste) bzw. durch individualkommunikative Elemente geprägt sei (die früheren Teledienste). Ausschlaggebend müsse vielmehr sein, dass die nachgefragte Übertragungsleistung nicht danach variiert, welche Dienstekategorie

³⁷⁸ Vgl. dazu *Bauer*, Netz und Nutzung, 222.

³⁷⁹ Vgl. dazu bereits oben im Rahmen der Betrachtung nach dem TKG (Kap. 2, B.III.).

³⁸⁰ So *Schütz*, MMR 1998, 11 (17).

transportiert wird.³⁸¹ Andererseits macht es im Hinblick auf den Kapazitätsbedarf durchaus einen objektiven Unterschied, ob etwa ein kapazitätsintensives HD-TV-Programm eingespeist wird oder ein Telemediendienst. Daneben wird für eine zulässige Differenzierung zwischen verschiedenen Dienstekategorien abermals darauf hingewiesen, dass neben objektiven Interessen auch subjektive Geschäftsvorstellungen des Netzbetreibers abwägungsfähig sind, so dass gegen eine dienstespezifische Differenzierung aufgrund von Attraktivitätsgesichtspunkten nichts zu erinnern ist.³⁸² Dies entspricht auch der Ansicht in der Rechtsprechung. So stellt das OLG Naumburg³⁸³ fest: „Der Betroffene [ein Kabelnetzbetreiber – d. Verf.] bliebe es allerdings unbenommen, bei kapazitätsmäßigen Engpässen eine Auswahl nach allgemein gültigen Kriterien zwischen den verschiedenen Programmanbietern zu treffen. Hierbei käme ihr ein großer unternehmerischer Spielraum zu, der auch aus kartellrechtlicher Sicht zu beachten wäre. So könnten gegebenenfalls Programmveranstalter ‚vom Netz‘ genommen, und statt dessen mehr kommerziell orientierte Anbieter (‚Teleshopping‘) oder intermediale Dienste angeboten werden.“

Ebenso wenig ist der vertikal integrierte Kabelnetzbetreiber gehindert, vorrangig seinen eigenen Bedarf an Übertragungskapazitäten zu befriedigen. Zwar erweist sich im Falle von ausreichenden Kapazitäten eine gezielte Nichteinspeisung von Wettbewerbern auf dem von der Einspeisung abgeleiteten Markt zugunsten eigener Inhalte als missbräuchlich.³⁸⁴ Sind hingegen keine ausreichenden Kapazitäten vorhanden darf der Netzbetreiber seinen eigenen Kapazitätsbedarf jedenfalls insoweit decken, als dies zur Aufrechterhaltung seiner Wettbewerbsfähigkeit auf dem abgeleiteten Markt erforderlich ist.³⁸⁵ Auch ist kein Unternehmen zur Förderung der Konkurrenz verpflichtet.³⁸⁶ Schließlich besteht der wesentliche Unterschied zwischen dem TKG, welches wie vorstehend erläutert eine angemessene Repartierung erfordert, und dem GWB darin, dass letzteres – wie ebenfalls bereits erwähnt – einen weniger weiten Schutzzweck aufweist. Während das GWB den bestehenden Wettbewerb nur sichern soll, ist es Aufgabe des TKG, entsprechenden Wettbewerb im Telekommunikationssektor überhaupt erst herzustellen. Vor diesem Hintergrund erklärt sich das divergierende Ergebnis im Hinblick auf die Begegnung der Gefahren vertikaler Integration.

³⁸¹ Dies geben auch *Weisser/Meinking*, WuW 1998, 831 (846) zumindest für die Entgeltgestaltung zu Bedenken.

³⁸² Vgl. *Irion/Schirnbacher*, CR 2002, 61 (68); *Raisch/Gudera*, ZUM 1999, 904 (909 f.); *Weisser/Meinking*, WuW 1998, 831 (844); für die Entgeltdifferenzierung auch *Ladour*, K&R 2001, 496 (503).

³⁸³ ZUM 1999, 944 (947).

³⁸⁴ So auch *Weisser/Meinking*, WuW 1998, 831 (845); *Zimmer/Büchner*, CR 2001, 164 (169 f.); *Irion/Schirnbacher*, CR 2002, 61 (68).

³⁸⁵ *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 20, Rn. 170, allerdings mit der Einschränkung, dass der unternehmens- bzw. konzerninterne Bedarf nicht von vornherein bevorzugt werden darf (Rn. 169).

³⁸⁶ Vgl. *Bauer*, Netz und Nutzung, 223 unter Verweis auf BGH NJW 1992, 1827 (1828).

c. Zwischenergebnis

Nach hier vertretener Ansicht erweist sich eine Differenzierung zwischen einzelnen Diensten seitens des Netzbetreibers nur dann als kartellrechtlich unzulässig, wenn ausreichende Kapazitäten für sämtliche Zugangspetenten verfügbar sind. Im Engpassfall genießt der Netzbetreiber einen weiten Entscheidungs- und Auswahlspielraum, wobei er auch subjektiv-unternehmerischen Gesichtspunkten Beachtung schenken darf. Insbesondere kann er die Attraktivität des Gesamtkabelangebots zum Maßstab seiner Auswahlentscheidung machen und ist auch – anders als unter Geltung des TKG – nicht gehindert, vorrangig eigene Programme oder zurechenbare Programme einzuspeisen.

III. Fazit

Zwar können sich die Anbieter von Rundfunk, Telemedien und sonstigen kommunikativen Diensten grundsätzlich gegenüber den marktbeherrschenden Kabelnetzbetreibern auf die Zugangsansprüche des GWB (§§ 19, 20 GWB) stützen. Allerdings fehlt diesen Zugangsansprüchen – schon aus kompetenziellen Gründen – weitgehend jedes kommunikative Steuerungspotenzial. Die Sicherung von Meinungsvielfalt ist nicht das bewusstseinsdominante Regelungsmotiv des Wettbewerbsrechts. Geschützt wird der wirtschaftliche, allenfalls reflexhaft der publizistische Wettbewerb. Zwar bestehen gewisse Überwirkungen des Rundfunk- in das Wettbewerbsrecht, gleichwohl obliegt die Belegung einer Kabelanlage im Geltungsbereich des GWB grundsätzlich dem freien Spiel der Kräfte.

D. Zusammenfassung

Resümierend lässt sich konstatieren, dass weder das sektorspezifische TKG noch das allgemeinere GWB Vorgaben für die Belegung des Breitbandkabels mit Rundfunk, Telemedien und sonstigen kommunikativen Diensten enthalten. Telekommunikationsrechtlich gilt im Breitbandkabel das Prinzip der freizügigen Netznutzung; zudem gewähren sowohl das TKG als auch das GWB dem Kabelnetzbetreiber weitgehende Auswahl- und Entscheidungsspielräume, deren Grenzen erst dort erreicht sind, wo Motive handlungsleitend werden, die der wirtschaftlichen Entscheidungsrationalität widerstreben. Die Kabelbelegung wird folglich im Anwendungsbereich dieser beiden Regelungsregime durch das freie Spiel der Marktkräfte dominiert; Einspeiseprivilegien für einzelne Dienstekategorien existieren nicht.

Kapitel 3: Rundfunkrechtliche Vorgaben der Kabelbelegung – Die Plattformregulierung des RStV

Nähert man sich der Belegung von Kabelanlagen unter rundfunkrechtlichen Gesichtspunkten liegt die Norm des § 52 b RStV im Zentrum des Interesses. Die darin befindlichen Regelungen zur Plattformbelegung sind im Zuge des Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrages³⁸⁷ (RÄndStV) in den Rundfunkstaatsvertrag eingeführt worden. Erklärtes Ziel des Gesetzgebers war die Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit für Rundfunkanbieter und Plattformbetreiber.³⁸⁸ Zur Erreichung dieses Ziels wurden grundlegende Veränderungen unter anderem im fünften Abschnitt des RStV vorgenommen³⁸⁹, der nun in den §§ 52 ff. Regelungen für „Plattformen“ auf allen Übertragungskapazitäten³⁹⁰ enthält, die sich – in Form des § 52b RStV – auch auf die rundfunkrechtlichen Belegungsvorgaben für digitale Breitbandkabelanlagen erstrecken.³⁹¹ Diese Einführung einer technologieneutralen Plattformregulierung³⁹², die die bis dahin geltenden Regelungen zur Belegung digitaler Breitbandkabelanlagen substituiert und sich damit an das ebenfalls technologieneutrale TKG anlehnt³⁹³, ist die signifikanteste Änderung.³⁹⁴ Sie soll den Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen technischen Infrastrukturen befeuern.³⁹⁵

Der für die Plattformbelegung maßgebliche § 52b RStV richtet sich explizit an die Anbieter privater Plattformen. Damit hängt die Regelungsdichte bei der Verbreitung von Rundfunk und Telemedien, der sich ein Anbieter von Übertragungsdienstleistungen ausgesetzt sieht, maßgeblich von der Definition des Plattformbegriffs ab: Betreibt er eine Plattform, so gelten

³⁸⁷ Er änderte den Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (RStV) vom 31.8.1991. Die Rundfunkänderungsstaatsverträge dienen einer Anpassung des RStV an aktuelle medienpolitische und medientatsächliche Entwicklungen, vgl. *Fechner*, Medienrecht, 10. Kap., Rn. 119 ff. Zu Staatsverträgen zwischen Bundesländern als Aspekt des kooperativen Föderalismus: *Maurer*, Staatsrecht I, § 10, Rn. 62 ff. der dieses „Zwischen-Länder-Recht“ als eigene, mit dem Völkerrecht verwandte Rechtskategorie begreift (Rn. 66).

³⁸⁸ Vgl. amtliche Begründung zum 10. RÄndStV, 2.

³⁸⁹ *Becker*, ZUM 2009, 1.

³⁹⁰ Vgl. auch § 52 Abs. 1 S. 1 RStV, wonach die Regelungen zu Plattformen auf „*allen technischen Übertragungskapazitäten*“ Anwendung finden. AA wohl *Steinert*, Medienrecht, 60 f., der anzunehmen scheint, dass die „*Belegungsvorschriften*“, gemeint sind wohl schon diejenigen des § 52 Abs. 3 RStV a. F., alle Übertragungskapazitäten betreffen. Diesem Verständnis steht bereits der Wortlaut des damaligen § 52 Abs. 2 RStV entgegen, wonach sich die Belegungsvorgaben alleine auf digital genutzte Kapazitäten einer *Kabelanlage* bezogen. Zum Begriff der Übertragungskapazitäten vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 50, Rn. 9 ff. Einige Landesmediengesetze enthielten bereits zuvor technologieneutrale Belegungsregeln, z. B. § 21 LMedienG BW, vgl. hierzu *Birkert/Reiter/Scherer*, Landesmediengesetz BW, § 21, Rn. 1 ff.

³⁹¹ Vgl. amtliche Begründung zum 10. RÄndStV, 1.

³⁹² Hierzu vgl. *Christmann*, ZUM 2009, 7 (10 f.); *Janik*, in: Schwartmann, Praxis-HB Medienrecht, 132 (142 [Rn. 16], 148); *Ritlewski*, ZUM 2008, 403; den technologieneutralen Ansatz im RStV im Grundsatz begrüßend auch *Schütz*, MMR 9/2007, X sowie aus Sicht der privaten Rundfunkveranstalter *Grewenig*, ZUM 2009, 15 (17); zum europarechtlichen Grundsatz der Technologieneutralität siehe *Christmann/Enßlin/Wachs*, MMR 2005, 291 (292) und *Dörr/Janik/Zorn*, Zugang, 90.

³⁹³ Zur Technologieneutralität des TKG vgl. *Ladeur*, ZUM 2002, 252 (254) sowie bereits oben (Kap. 2, B.II.1).

³⁹⁴ Vgl. *Ritlewski*, ZUM 2008, 403 (403 f.); *Merkel/Roßnagel/Scheuer/Schweda*, Interoperabilität, 79.

³⁹⁵ Vgl. *Schütz*, MMR 9/2007, X.

nach § 52 Abs. 1 S. 1 RStV – vorbehaltlich der in Satz 2 geregelten Ausnahmen³⁹⁶ – die Grundsätze des § 52 b RStV; unterfällt seine Tätigkeit dagegen nicht der Plattformregulierung (oder landesrechtlichen Kabelbelegungsregimen), kann er die ihm zur Verfügung stehenden Übertragungskapazitäten – im Rahmen der allgemeinen – nach seinem Belieben vergeben. Schließlich besteht noch die Möglichkeit, dass eine Einordnung der Tätigkeit als Plattform im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV möglich ist und auch nach § 52 Abs. 1 S. 2 RStV keine Ausnahme einschlägig ist, die Belegungsregeln für Plattformen aber dennoch keine Anwendung finden.³⁹⁷

A. Der Anbieter einer Plattform als Regelungsadressat der §§ 52 ff. RStV

I. Die Legaldefinition des Plattformanbieters in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV

Dem Begriff der Plattform lassen sich sowohl im alltäglichen als auch im medienrechtlichen³⁹⁸ Sprachgebrauch verschiedenste Bedeutungen zusprechen. Im Rahmen des Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrages ist mit § 2 Abs. 2 Nr. 10 RStV – dem aktuellen § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV³⁹⁹ – nun erstmals⁴⁰⁰ eine Legaldefinition desjenigen aufgenommen worden, der unter rundfunkrechtlichen Gesichtspunkten Anbieter einer Plattform ist:

„(...) , wer auf digitalen Übertragungskapazitäten oder digitalen Datenströmen Rundfunk und vergleichbare Telemedien (Telemedien, die an die Allgemeinheit gerichtet sind) auch von Dritten mit dem Ziel zusammenfasst, diese Angebote als Gesamtangebot zugänglich zu machen oder wer über die Auswahl der Zusammenfassung entscheidet; Plattformanbieter ist nicht, wer Rundfunk oder Telemedien ausschließlich vermarktet.“

³⁹⁶ Vgl. dazu unten (Kap. 3., A.II.)

³⁹⁷ Vgl. § 52b Abs. 3 RStV; hierzu siehe unten (Kap. 3, A.IV.2.).

³⁹⁸ Vgl. Hamann, ZUM 2009, 2 (3) sowie Potthast, in Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, RStV, Bd. 2, Teil B 1 N Rn. 358, wonach der Plattformbegriff mit dem Bündeln und Paketieren von Programmen, der Programmauswahl und Navigation, den Set-Top-Boxen und Verschlüsselungssysteme sowie den Übertragungsnetzen in Verbindung gebracht wird. Einen Überblick über die mit „Plattform“ beschriebenen Tätigkeiten enthält die Stellungnahme von ARD und ZDF zum 10. RÄndStV v. 15. Juni 2007, 1.

³⁹⁹ In der Fassung des 12. RÄndStV v. 18. Dezember 2008, in Kraft getreten am 1. Juni 2009.

⁴⁰⁰ Vgl. amtliche Begründung zum 10. RÄndStV, 3. Eine Legaldefinition des Begriffs der „Plattform“ enthält der RStV demgegenüber nicht. Im Wettbewerbsrecht wird der, allerdings anders verstandene, Plattformbegriff bereits seit längerem verwendet, vgl. etwa BKartA v. 03. April 2008, Az. B7 – 200/07 (KDG/ Orion Cable), 13 ff., 29 ff. sowie Kommission, Entscheidung vom 09.11.1994, ABl. EG Nr. L 364/1 vom 31.12.1994 – *MSG Media Service*. Auch die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) hat der Begriffsfindung im RStV in gewisser Weise vorgegriffen: vgl. KEK, Elfter Jahresbericht (07/08), 309 ff.

Der Gesetzgeber hat sich im Lichte medialer Konvergenz mit der Einführung der Plattformformregulierung für einen technologieneutralen Regulierungsansatz entschieden, um auf diese Weise auf die im Bereich der Infrastrukturanbieter zu beobachtenden Veränderungen adäquat zu reagieren.⁴⁰¹

1. Angebotszusammenfassung auf digitalen Übertragungskapazitäten / Datenströmen

Die Legaldefinition in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV enthält im wesentlichen zwei Tatbestandsvoraussetzungen, die über die Einordnung als Plattformbetreiber entscheiden. Positiv sind die Zusammenfassung von Angeboten und Diensten auf digitalen Übertragungskapazitäten zu einem Gesamtangebot und dessen anschließende Zugänglichmachung erforderlich, während es sich nach der Negativabgrenzung am Ende von Nr. 13 nicht um eine bloße Programmvermarktungstätigkeit handeln darf. Der Terminus der „digitalen Übertragungskapazitäten“ ist dabei vor dem Hintergrund der technischen Bezüge der (digitalen) Rundfunkverbreitung zu sehen; gemeint sind technische Plattformen.⁴⁰² Erfolgt eine Darstellung dieser technischen Aspekte der Rundfunkverbreitung, ist terminologisch zwischen den Übertragungswegen und der Übertragungstechnik zu differenzieren.⁴⁰³ Während erstere die Frage betrifft, ob die Signale erdgebunden, satellitengestützt oder längs eines Leiters verbreitet werden, geht es bei der Frage der Übertragungstechnik um die Frage der analogen oder digitalen Signalverbreitung. Die Wahl eines Übertragungsweges hat nicht zwingend Auswirkungen auf die verwendete Übertragungstechnik, da nahezu alle gängigen Übertragungswege analoge und digitale Signale verbreiten können.⁴⁰⁴ Auch die Kombination verschiedener Übertragungswege miteinander ist möglich. Während die Begriffsbestimmung des Plattformanbieters explizit an die digitale Verbreitung anknüpft, ist sie im Hinblick auf die für diese Verbreitung verwendeten Übertragungswege technologieneutral ausgestaltet. Mithin kommen als technische Übertragungsplattform im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV sämtlichen zur digitalen Signalübertragung geeigneten Übertragungswege in Betracht.

⁴⁰¹ Vgl. die Begründung z. 10. RÄndStV, 26; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52, Rn. 1.

⁴⁰² Die amtliche Begründung des 10. RÄndStV, 4, erwähnt in diesem Zusammenhang kabelgebundene, terrestrische und satellitengestützte Plattformen. Auch § 52 Abs. 1 S. 1 RStV regelt die grundsätzliche Geltung der §§ 52 ff. RStV auf „allen technischen Übertragungskapazitäten“.

⁴⁰³ Vgl. hierzu auch den Überblick bei *Castendyk/Knop*, in: v. Hartlieb/Schwarz, HB Filmrecht, 620 ff.

⁴⁰⁴ Vgl. *Karstens*, Fernsehen digital, 66. Nur die Signaverbreitung via DSL erfolgt ausschließlich digital.

2. Zusammenfassung und Zugänglichmachung als Gesamtangebot

Nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV ist für die Klassifizierung als Plattformbetreiber weiter erforderlich, dass auf den digitalen Übertragungskapazitäten Rundfunk und vergleichbare Telemedien⁴⁰⁵ *zusammengefasst* werden, um diese dort *als Gesamtangebot* zugänglich zu machen. Die Zusammenfassung fremder und eigener Angebote zu einem Gesamtangebot, wie es die Legaldefinition des Plattformanbieters fordert, setzt eine Bündelungsleistung des Plattformanbieters voraus.⁴⁰⁶ Alternativ ist auch derjenige als Plattformbetreiber einzustufen, der zumindest über die Auswahl für die Zusammenstellung entscheidet. Nachdem zunächst Sinn und Zweck dieses einschränkenden Tatbestandsmerkmals ergründet werden soll, werden in einem zweiten Schritt die Geschäftsmodelle der Kabelnetzbetreiber untersucht, weil nicht auszuschließen ist, dass sich hieraus Konsequenzen für die Einordnung als Plattformanbieter ableiten lassen.

a. Regelungszweck

Die gesetzliche Umschreibung des Tätigkeitsfeldes des Plattformanbieters dient der Abgrenzung des Plattformbetreibers zu Telekommunikationsdiensteanbietern einerseits und Rundfunkveranstaltern andererseits. Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass ein und derselbe Anbieter alle drei Funktionen in sich vereint.⁴⁰⁷

i. Abgrenzung zum Telekommunikationsanbieter

Telekommunikationsanbieter im Sinne von § 3 Nr. 6 TKG erbringen ganz oder teilweise geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste⁴⁰⁸ (lit. a) oder wirken an ihrer Erbringung mit (lit. b). Hiervon unterscheidet sich der Plattformanbieter, der nicht bloß eine technische Transportleistung erbringt, sondern selbst Einfluss auf das den Endkunden zugängliche Ge-

⁴⁰⁵ Der Wortlaut von § 2 Abs. 2 Nr. 13 sowie § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 RStV sprechen dafür, dass Rundfunk sowie Telemedien gebündelt werden müssen. Dieser Befund, wonach der Gesetzgeber durch die Verwendung der Konjunktion „und“ zwischen beiden Dienstekategorien bewusst deren kumulatives Angebot voraussetzt, wird durch den zweiten Halbsatz der Legaldefinition gestützt, wonach Plattformanbieter nicht ist, wer „*Rundfunk oder Telemedien ausschließlich vermarktet*“ (Hervorhebung d. Verf.). Unter teleologischen Gesichtspunkten ist jedoch anzunehmen, dass Plattformanbieter auch ist, wer lediglich Rundfunk anbietet, da der (einfachgesetzliche) Rundfunk nach wie vor als signifikanter für den Meinungsbildungsprozess angesehen wird; die ausschließliche Zusammenfassung von Telemedien genügt demgegenüber nicht (so auch *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 139 f.; zur digitalen Kabelbelegung ferner *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 204 f.; differenzierend *Berger*, CR 2012, 306 [309]; *Broemel*, ZUM 2012, 866 (873); *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 49, Rn. 108 fordern zu Recht eine Klarstellung).

⁴⁰⁶ Vgl. *Christmann*, ZUM 2009, 7 (10).

⁴⁰⁷ Amtliche Begründung zum 10. RÄndStV, 3 f.

⁴⁰⁸ Zum Begriff vgl. oben Kap. 1 C.II.2. Ein Rückgriff auf die Begriffsbestimmungen des TKG ist angesichts des gesetzgeberischen Ziels der Annäherung von Rundfunk- und Telekommunikationsrecht sachgerecht.

samtangebot hat. Der TK-Anbieter entscheidet inhaltsneutral über das „Ob“ der Signalübertragung, der Plattformanbieter entscheidet (auch) darüber, „was“ übertragen wird. Abgrenzungskriterium ist demnach die Hoheit über die Zusammenstellung des *inhaltlichen* Angebotes auf der gesamten Übertragungskapazität.⁴⁰⁹ Der TKG-Anbieter kann schon deshalb nicht Regelungsadressat der landesrechtlichen Plattformregulierung sein, da seine dem sendetechnischen Bereich zuzuordnende Tätigkeit der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG unterfällt.

ii. Abgrenzung zum Rundfunkveranstalter

Zur Abgrenzung des Plattformanbieters von einem Rundfunkveranstalter lässt sich auf § 2 Abs. 2 Nr. 14 RStV rekurrieren. Danach ist Rundfunkveranstalter, „*wer ein Rundfunkprogramm unter eigener inhaltlicher Verantwortung anbietet*“.⁴¹⁰ Diese inhaltliche Verantwortung folgt aus der Möglichkeit, strukturellen Einfluss auf die Programmgestaltung nehmen zu können⁴¹¹; Eigenproduktion und –ausstrahlung sind nicht erforderlich. Danach gleichen sich Rundfunkveranstalter und Plattformanbieter insofern, als beide (anders als der reine Telekommunikationsanbieter) inhaltlichen Einfluss auf das dem Rezipienten verfügbare Angebot nehmen. Allerdings ist der Anknüpfungspunkt ein anderer: der Rundfunkveranstalter verantwortet ein oder mehrere konkrete Einzelprogramme; der Plattformanbieter verantwortet die Zusammenstellung dieser Einzelprogramme auf seiner Plattform („*Gesamtangebot*“). Der Plattformanbieter nimmt keinen Einfluss auf den Inhalt der Einzelangebote; sein kommunikatives Einflusspotential folgt aus der Auswahlhoheit unter den Einzelprogrammen.⁴¹² Ein bloßer Programmvermarkter ist mangels dieser Auswahlhoheit kein Plattformanbieter, wie der zweite Halbsatz des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV klarstellt.

Gleichwohl misst der Gesetzgeber dem Rundfunkveranstalter größere publizistische Bedeutung zu. Denn nur der Rundfunkveranstalter bedarf einer Zulassung (§ 20a RStV), den Plattformanbieter trifft nur eine Anzeigepflicht (§ 52 Abs. 3 RStV). Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Plattformanbieter selbst auch als Rundfunkveranstalter tätig wird, also eigene Programme veranstaltet; er unterliegt beiden Regulierungsregimen.⁴¹³

⁴⁰⁹ Amtl. Begr. z. 10. RÄndStV, 4. Vgl. auch *Merkel/Roßnagel/Scheuer/Schweda*, Interoperabilität, 79.

⁴¹⁰ Vgl. auch BVerfGE 97, 298 (310); zur Definition des Rundfunkprogramms vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1 RStV.

⁴¹¹ Amtl. Begr. z. 10. RÄndStV, 4.; vgl. auch BVerfGE 97, 298 (310).

⁴¹² So auch *Christmann*, ZUM 2009, 7 (10). Zum Terminus „*Programmbouquet*“ vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 12 RStV; vgl. auch *Bullinger*, ZUM 2007, 337 (339): Plattformanbieter als zusätzliche Instanz zwischen Rundfunkveranstalter und Rezipient, der über Bedingungen der Programmverbreitung entscheidet.

⁴¹³ Derzeit besitzen allerdings weder die KDG noch die PrimaCom AG eigene Zulassungen zur Veranstaltung von Fernsehprogrammen, vgl. *Ricke*, MMR 2011, 642 (643). Eine Gegenausnahme findet sich im in § 28 Abs. 2

b. Exkurs: Die Geschäftsmodelle der Kabelnetzbetreiber im digitalen Zeitalter

Ähnlich der Eigentümerstrukturen haben sich auch die Geschäftsmodelle der Kabelbetreiber⁴¹⁴ zwischenzeitlich gewandelt. Sie nutzen dabei ihre „digitale Dividende“ indem sie durch vertikale Integration über ihre Infrastrukturen Dienstleistungen anzubieten, die über das bloße Verteilen von Rundfunkprogrammen weit hinausgehen. Sie verharren nicht mehr in ihrer Rolle als Signaltransporteur, sondern werden auch auf vor- und nachgelagerten Märkten tätig. Sie erwerben selbst Inhalte und bieten diese sowie andere Dienste an. Gerade diesem Trend und dem daraus folgenden Diskriminierungs- und damit Gefährdungspotenzial für den Meinungsbildungsprozess sollte mit der Einführung der Plattformregulierung begegnet werden.⁴¹⁵ Als Anlass der Plattformregulierung ist nicht auszuschließen, dass die Geschäftsmodelle auch Rückschlüsse auf die Auslegung dieser Vorschriften zulassen.⁴¹⁶

i. Der Ursprung: Das Transportmodell

Das Transportmodell ist das traditionelle Geschäftsmodell der Kabelnetzbetreiber. Sie treten dabei als Anbieter einer Transportdienstleistung auf, der Einspeisung/Weiterleitung fremder Inhalte in/durch ihr Kabelnetz. Ihnen stehen mit Rundfunkveranstaltern und Rezipienten zwei Nachfragergruppen gegenüber, von denen beiden ein Entgelt zahlen: die Inhalteanbieter für die Einspeisungsleistung⁴¹⁷, die Rezipienten für die Zurverfügungstellung eines Kabelanschlusses⁴¹⁸; inhaltsbezogene Entgelte fallen nicht an.⁴¹⁹ Die RegTP/BNetzA hat diese historisch aus der ursprünglichen Trennung von Netz und Inhalt bei der Kabelverbreitung gewach-

RStV. Danach ist das Medienkonzentrationsrecht auch auf Plattformanbieter anwendbar, die selbst nicht Rundfunkveranstalter sind, jedoch einen einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung vergleichbaren Einfluss auf einen solchen haben; vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 2, Rn. 49.

⁴¹⁴ Zum Geschäftsmodell von IPTV-Anbietern, die ebenfalls Plattformanbieter im Sinne des RStV sind, vgl. *Arcor/HanseNet*, Gemeinsame Stellungnahme z. 10 RÄndStV, 2; *VATM*, Stellungnahme z. 10. RÄndStV, 3.

⁴¹⁵ Vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 2, Rn. 51; *Ricke*, MMR 2011, 642 (644).

⁴¹⁶ Zu urheberrechtlichen Aspekten vgl. etwa *Mand*, Recht der Kabelweitersendung, *passim*; *Gounalakis/Mand*, Kabelweiterleitung und urheberrechtliche Vergütung, *passim*; *Erhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 20 – 20b, Rn. 29 ff.; ferner zum Kontrahierungszwang des § 87 Abs. 4 UrhG *Weisser/Höppner*, ZUM 2003, 597 ff.

⁴¹⁷ Zu den damaligen Einspeisungsverträgen zwischen DTAG und Sendeunternehmen aus kartellrechtlicher Sicht *Wagner*, MMR-Beil. 2/2001, 28 (30 ff.); aus urheberrechtlicher Sicht *Hillig*, MMR-Beil. 2/2001, 34 (40); aA *Hein/Schmidt*, K&R 2002, 409 (412 ff.); zum „Kabelglobalvertrag“ vgl. BGH ZUM 2000, 749 ff. mit abl. Anm. *Ehlgen.*; zur Situation nach dessen Kündigung OLG Brandenburg MMR 2002, 612 u. kritisch dazu *Wimmer*, ZUM 2002, 534 (538) sowie *Spindler*, MMR-Beil. 2/2003, 1 (17).

⁴¹⁸ Die Beziehung zwischen Netzbetreiber und Endkunde ist typischerweise ein Gebrauchsüberlassungsvertrag mit mietrechtlichem Charakter; vgl. BGH NJW 1993, 1133 (1134).

⁴¹⁹ AA *Gounalakis*, NJW 1999, 545 (546). Ausf. zu den Vertragsbeziehungen *Wagner*, MMR-Beil. 2/2001, 28.

sene „doppelseitige“ Entgeltstruktur gebilligt.⁴²⁰ Praktikkabel ist das Transportmodell insbesondere bei der analogen Kabelnutzung zur Verteilung von Rundfunk. Denn dort fehlt es aufgrund der strengen Belegungsvorgaben an unternehmerischem Spielraum für den Kabelnetzbetreiber.⁴²¹ Es garantiert dem Netzbetreiber kalkulierbare Einnahmen, allerdings bei limitiertem Erlöspotenzial.⁴²²

ii. Übergang zum Vermarktungsmodell

Anlässlich eines hohen Investitionsaufwands für den Netzausbau entstand bei den nun privatwirtschaftlich organisierten Kabelnetzbetreibern das Bedürfnis, am kommerziellen Erfolg der über ihre Infrastrukturen verbreiteten Inhalte zu partizipieren.⁴²³ Dieser Gedanke liegt dem sog. Vermarktungsmodell zugrunde, bei dem der Netzbetreiber selbst Inhalte erwirbt, zu möglichst attraktiven Programmpaketen bündelt und gegenüber seinen Kunden vermarktet.⁴²⁴ Dadurch hat der Netzbetreiber zudem die Möglichkeit, eigene Werbeblöcke zu schalten.⁴²⁵ Er verlässt seine Rolle als reiner Signaltransporteur und nährt sich derjenigen eines Programm-anbieters an.⁴²⁶ In der Regel nimmt er jedoch keinen Einfluss auf die inhaltliche Gestaltung der eingekauften Programme, sodass er (noch) nicht in die Rolle eines Rundfunkveranstalters hineingewachsen ist. Dies passiert erst, wenn der Netzbetreiber nicht nur fremde Programme einkauft und diese – im Rahmen des technisch möglichen⁴²⁷ und des rechtlich zulässigen⁴²⁸ –

⁴²⁰ RegTP, MMR 1999, 299 (307). Vgl. in diesem Zusammenhang BGH GRUR 1996, 808 (811), wonach der Rechtsordnung kein allgemeines Verbot immanent ist, sich die Herbeiführung des gleichen Leistungserfolges von mehreren vergüten zu lassen; vgl. ferner *Hein/Schmidt*, K&R 2002, 409 (416). Die doppelseitige Entgeltstruktur besteht auch bei dazwischengeschaltetem NE-4-Betreiber, da dieser einerseits ein Entgelt an den NE-3-Betreiber für die Signalanlieferung am Hausübergabepunkt zahlt und andererseits vom Endkunden die Kabelanschlussgebühr kassiert, vgl. *Hein/Schmidt*, K&R 2002, 409 (410).

⁴²¹ *Hahne*, Kabelbelegung, 30. Zur urheberrechtlichen Verantwortlichkeit vgl. etwa *Mand*, UFITA 2005, 19 ff.

⁴²² Laut *Gersdorf*, MMR-Beil. 2012, 1 (12), kostet die bundesweite Verbreitung im SD-Standard weniger als EUR 600.000; vgl. auch *Wagner*, MMR-Beil. 2/2001, 28 (29, 32); *Hein/Schmidt*, K&R 2002, 409 (411).

⁴²³ Dieses Modell wird in den USA, wo die großen Netzbetreiber gleichzeitig die großen Medienunternehmen sind, seit langem in unterschiedlichen Spielarten praktiziert, vgl. *Rhein*, MMR-Beil. 2/2001, 2 (7) sowie *Hein/Schmidt*, K&R 2002, 409 (411).

⁴²⁴ Ein Überblick über Programmpakete der Kabelnetzbetreiber findet sich in *KEK*, 13. Jahresbericht, 309 f.

⁴²⁵ Hierzu *Spindler*, MMR-Beil. 2/2003, 1 (18); vgl. auch *Mand*, UFITA 2005, 19 (38, 46), der zutreffend darauf hinweist, dass die Höhe der Werbeeinnahmen maßgeblich durch die Programmreichweite bestimmt wird, wovon die Netzbetreiber aufgrund des hohen Verbreitungsgrades der Kabelinfrastruktur direkt profitieren können.

⁴²⁶ Zu den Spielarten dieses Modells (Revenue-Sharing, Reselling) vgl. *Wagner*, MMR-Beil. 2/2001, 28 (31 ff.).

⁴²⁷ Netzbetreiber mit eigenen Playout-Centern sind nicht an die Zusammensetzung der ihnen angelieferten Programmpakete gebunden, sondern können diese auf- („Un-“) und neu zusammenschüren („Re-Bundling“).

⁴²⁸ Nach der dispositiven Regelung des § 52a Abs. 3 RStV darf ein Plattformanbieter ohne Zustimmung des jeweiligen Rundfunk- oder Paketveranstalters dessen Angebote nicht in eigene Programmpakete aufnehmen. Bei der Bildung von Programmpaketen unter inhaltlichen Gesichtspunkten handelt es sich um eine der Programmfreiheit unterfallende Tätigkeit, unabhängig davon ob sie von einem Rundfunkveranstalter oder einem Dritten vorgenommen wird (vgl. *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang zum digitalen Fernsehen, 67; zur Paketbildung ferner *Bullinger*, ZUM 1997, 761 [762]). Es handelt sich um eine publizistische Leistung, die der Erstellung eines Gesamtprogramms gleichkommt (zum Gesamtprogramm vgl. BVerfG 97, 298 [310]).

in eigenen Paketen bzw. „Bouquets“⁴²⁹ zusammenfasst und anbietet, sondern eigene Programme inhaltlich veranstaltet.⁴³⁰ Den aus dieser vertikalen Integration der Netzbetreiber folgenden Gefahren für die Meinungsvielfalt innerhalb der jeweiligen Infrastruktur soll mit der Plattformregulierung begegnet werden. Da mittlerweile die Betreiber sämtlicher Übertragungsnetze – insbesondere Kabelnetzbetreiber, IPTV-Anbieter, Satellitenbetreiber – im Bereich digitaler Verbreitung Vermarktungsmodelle verfolgen, handelt es sich bei ihnen um den primären Regelungsadressaten der Plattformregulierung.⁴³¹

Beide Ausprägungen des Vermarktungsmodells berühren grundsätzlich nicht den Status des Netzbetreibers als Plattformanbieter, weil er jedenfalls über die Auswahl für die Zusammenfassung der Einzelangebote zu einem Gesamtangebot entscheidet. Darüber darf auch nicht die Negativklausel des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV hinwegtäuschen, wonach derjenige, der Rundfunk und Telemedien nur *vermarktet*, kein Plattformanbieter ist.

iii. Das Vergütungsmodell

Keine Anwendung können diese Varianten des Vermarktungsmodells hingegen im Falle all jener öffentlich-rechtlichen Programme finden, für die nach § 52 b Abs. 1 Nr. 1 RStV eine Einspeiseverpflichtung besteht. Hinsichtlich dieser Programme ist dem Netzbetreiber qua Rundfunkrecht jegliche Dispositionsbefugnis darüber, ob er diese Programme in sein Netz einspeist, entzogen. Eine „Vermarktung“ von Programmen setzt eine solche eigenverantwortliche Entscheidungsgewalt jedoch voraus. Zudem schreibt die Norm des § 52d S. 2 RStV für die Einspeisung dieser Must-Carry-Programme vor, dass diese „zu angemessenen Bedingungen“ zu erfolgen habe. Angemessen in diesem Sinne sind Verbreitungskosten, welche die Kosten einer effektiven Leistungserbringung nicht übersteigen, oder aber die üblicherweise am Markt erhobenen Kosten.⁴³² Auf diese Weise soll der rundfunkrechtliche Einspeisungsanspruch dahingehend abgesichert werden, dass er nicht durch eine nachteilige Entgeltstruktur

⁴²⁹ Der RStV verwendet beide Begriffe. Zur Kritik an der terminologischen Inkonsistenz im Hinblick auf § 2 Abs. 2 Nr. 12 RStV („*Programmbouquet*“) und § 52a Abs. 3 RStV („*Programmpaket*“) vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52a, Rn. 10.

⁴³⁰ Etwa im Rahmen netzbetreibereigener Pay-TV-Angebote (vgl. oben Kap. 1 C.I.). Daneben eignen sich vor allem Teleshopping-Programme für das Vermarktungsmodell, weil der Netzbetreiber etwa auch am Umsatz der dort beworbenen und abgesetzten Produkte partizipieren kann; vgl. *Dörr/Janik/Zorn*, Zugang, 41.

⁴³¹ Vgl. auch *Ricke*, MMR 2011, 642 (644).

⁴³² Vgl. die amtliche Begründung zum 10. RÄndStV, 34. Zur Problematik der Einspeisungsentgelte öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten vgl. unten Kap. 3 B. IV.4.c.

umgangen wird. Damit verbleibt es in diesem Bereich bei der Anwendung des Transportmodells.⁴³³

Auch von den Kabelkunden kann seitens der Netzbetreiber ein zusätzliches, inhaltsbezogenes Entgelt für den Empfang öffentlich-rechtlicher Programme nicht verlangt werden, weil die Kabelkunden hierfür bereits den Rundfunkbeitrag entrichten.⁴³⁴ Ähnlich ist die Situation im Falle der Free-TV-Programme, weil diese aufgrund ihrer Werbefinanzierung auf eine möglichst hohe Reichweite und damit auch auf eine Verbreitung via Satellit und Terrestrik angewiesen sind, so dass eine exklusive Vermarktung im Programmpaket eines Netzbetreibers nicht in Betracht kommt.⁴³⁵ Für diese Programme kommt neben dem herkömmlichen Transportmodell ein sog. Vergütungsmodell in Betracht, bei dem der Netzbetreiber die Kabelweitersenderechte entgeltlich erwirbt⁴³⁶ und diese Programme – in Anlehnung an das US-amerikanische „*basic service tier*“ – den Kabelkunden zwar grundverschlüsselt, jedoch gänzlich ohne oder gegen geringe Zusatzkosten zur Verfügung stellt.⁴³⁷ Durch diese Grundverschlüsselung nimmt der Netzbetreiber wiederum eine Angebotszusammenfassung auf seinen Übertragungskapazitäten vor, die ihn in den Rang eines Plattformanbieters aufrücken lässt.⁴³⁸

iv. Triple Play

Anders als die vorhergehenden Modelle betrifft das Geschäftsmodell „Triple Play“ nicht das Verhältnis Netzbetreiber/Inhalteanbieter, sondern Netzbetreiber/Endkunde. Dabei liefert der Netzbetreiber einen Kabelanschluss zum Rundfunkempfang samt Signalanleitung, sondern zusätzlich Telekommunikationsdienstleistungen wie Internetzugang und Telefonie.⁴³⁹ Die Netzbetreiber bieten diese Dienste in der Regel gegen ein festes, von den in Anspruch genommenen Datenraten unabhängiges, monatliches Entgelt an („*Flatrate*“). Es kommt damit

⁴³³ Anders die Situation in den USA. Dort zahlen die Sendeunternehmen der Programme mit Must-Carry-Status keine Einspeiseentgelte, erhalten aber auch kein Entgelt seitens des Netzbetreibers. Stattdessen stellt der Netzbetreiber die Must-Carry-Programme in ein Basisprogrammpaket („*basic service tier*“) ein, wofür die Kabelkunden ein staatlich reglementiertes Entgelt entrichten. Alternativ kann das Sendeunternehmen zum Transportmodell übergehen, indem es sich mit dem Netzbetreiber auf eine entgeltliche Einspeisung einigt („*retransmission consent*“). Vgl. hierzu *Hein/Schmidt*, K&R 2002, 409 (411); *Mand*, UFITA 2005, 19 (45) sowie die *Consumer Facts* der *Federal Communications Commission* (FCC), abrufbar unter www.fcc.gov.

⁴³⁴ Vgl. *Spindler*, MMR-Beil. 2/2003, 1 (4, 18).

⁴³⁵ Eine Möglichkeit bestünde darin, den Netzbetreiber zumindest an den Werbeeinnahmen der jeweiligen Free-TV-Programme partizipieren zu lassen; vgl. *Dörr/Janik/Zorn*, Zugang, 43.

⁴³⁶ Zum sog. ANGA-Gesamtvertrag, der den Erwerb der jeweiligen Urheberrechte durch die Netzbetreiber regelt, vgl. *Wagner*, MMR 2/2001, 28 (32).

⁴³⁷ Letzteres wird auch als „Pay-TV light“ bezeichnet, vgl. etwa *GSDZ/ALM*, Digitalisierungsbericht 2006, 25.

⁴³⁸ Vgl. *Christmann*, ZUM 2009, 7 (10).

⁴³⁹ Dieses Geschäftsmodell spielt neben dem Angebot audiovisueller Dienste eine immer bedeutendere Rolle für die Geschäftsentwicklung der Kabelnetzbetreiber, vgl. *Rhein*, MMR-Beil. 2/2001, 3 (10). KDG etwa verdient mehr als ein Viertel des Gewinns mit Internet- und Telefondiensten, Vgl. *ALM*, Jahrbuch 2010, 93.

quasi zu einer Umkehrung des Transportmodells: Der Kabelkunde zahlt ein Entgelt, damit der Netzbetreiber ihm hierfür einen Anteil an der Übertragungskapazität des Kabelnetzes einräumt und die Daten des Kunden darüber. Auf die rundfunkrechtliche Einordnung des Netzbetreibers hat „Triple Play“ keinen Einfluss; er wird jedoch zusätzlich als Telekommunikationsdiensteanbieter tätig, indem er entgeltlich die Signalübertragung innerhalb seines Netzes vornimmt. Rein praktisch verschärft dieses Geschäftsmodell den Verteilungskampf im Kabel, da die Kapazitäten nun zwischen Rundfunk, Telemedien und Telekommunikationsdiensten aufgeteilt werden müssen.

v. Zusammenfassung

Die Funktion der Kabelnetzbetreiber wandelt sich von ihrer schlicht „dienende Rolle“⁴⁴⁰ im Transportmodell zu einer aktiveren Position bei der Inheldistribution unter dem Vermarktungsmodell; letzteres erlaubt auch inhaltsbezogene Entgelte. Beide Geschäftsmodelle lassen sich hinsichtlich unterschiedlicher Dienste miteinander kombinieren.⁴⁴¹ Durch die Erweiterung des Kapazitätsspektrums der Kabelnetze und die Dienstekonvergenz entsteht die Möglichkeit, verschiedenartige Dienste wie Rundfunk, Internet oder Sprachtelefonie über dieselbe Infrastruktur anzubieten, so dass zwangsläufig verschiedenartige Geschäftsmodelle zum Tragen kommen; die Kabelnetze werden inhaltlich neutral⁴⁴², ihr Betrieb zu einer „hybriden Dienstleistung“⁴⁴³. Mit der Einführung der Plattformregulierung und der Legaldefinition des Plattformanbieters wollte der Gesetzgeber auf diese Veränderungen, welche die Netzbetreiber zu Anbietern fremder und eigener Inhalte, auf deren Zusammenstellung sie aus unterschiedlichen Gründen aktiv einwirken, reagieren.⁴⁴⁴ Die Kabelnetzbetreiber sind unter sämtlichen Zusammenhang mit der Rundfunkverbreitung angewendeten Geschäftsmodellen als Plattformanbieter zu qualifizieren.

c. Plattformanbieter ohne Infrastrukturkontrolle

⁴⁴⁰ So *Wagner*, MMR-Beil. 2/2001, 28, in Anlehnung an die Terminologie des BVerfG in BVerfGE 12, 205 (227) für das Verhältnis von Rundfunk und Telekommunikation; vgl. auch *Ricke*, MMR 2011, 642 (644).

⁴⁴¹ Unklar *Wagner* MMR-Beil. 2/2001, 28 (32 f.).

⁴⁴² *Spindler*, MMR-Beil. 2/2003, 1 (18).

⁴⁴³ *Ladeur*, ZUM 2002, 252 (253).

⁴⁴⁴ Vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5 XI Rn. 44; *Ricke*, MMR 2011, 642 (644).

Grundsätzlich knüpft die Plattformanbieterstellung an die Herrschaft über eine Infrastruktur an; Kabelnetzbetreiber sind daher jedenfalls erfasst.⁴⁴⁵ Fraglich ist allerdings, ob Plattformanbieter auch sein kann, wer keine Übertragungsinfrastruktur kontrolliert.⁴⁴⁶

Zur Beantwortung dieser Frage lässt sich zunächst auf die rundfunkstaatsvertragliche Differenzierung zwischen Plattform- und Bouquetanbieter rekurren.⁴⁴⁷ Beide erbringen durch die Zusammenfassung digitaler Programme und Dienste eine Bündelungsleistung, wobei der Plattformanbieter auch fremde Programme bündelt, während ein Bouquetanbieter sich auf die Zusammenfassung eigener Programme beschränken kann.⁴⁴⁸ Maßgeblicher Abrenzungsge-sichtspunkt ist jedoch die Kontrolle über eine Infrastruktur, die nur für den Plattformanbieter charakteristisch ist. Ausweislich der Gesetzesmaterialien sollte die Einführung der technolo-gieneutralen Plattformregulierung die Regelungsunterschiede zwischen den verschiedenen Übertragungswegen nivellieren.⁴⁴⁹ Das Angebot auf einem Übertragungsweg („Plattform“) mag sich aus mehreren Bouquets zusammen, deren jeweilige Zusammensetzung nicht zwangsläufig der Infrastrukturbetreiber verantwortet; er verantwortet hingegen die Zusam-menstellung der Bouquets zu einem Gesamtangebot gegenüber seinen Kunden.⁴⁵⁰ Aus dieser Auswahlentscheidung gegenüber dem Endkunden erwächst das vielfaltsrelevante Handlungs-

⁴⁴⁵ Wie hier *Fechner*, Medienrecht, 10. Kap., Rn. 172, wonach der Begriff der Plattform Oberbegriff für die Kabelanlagen ist. Zur veränderten Rolle des Kabelbetreibers vgl. auch *Engel*, Medienordnungsrecht, 91 f.

⁴⁴⁶ Ein Netzbetreiber unterfällt trotz Infrastrukturkontrolle nicht der Plattformanbieterdefinition des RStV, wenn er ausschließlich eigene oder ihm zurechenbare Programme zusammenfasst (vgl. zur Zurechnung *KEK*, Dritter Konzentrationsbericht, 70 sowie *Holznel/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 192; i. Ü. zu dieser Konstellation *GSDZ/ALM*, Digitalisierungsbericht 2006, 13-14, 22-23; *Holznel*, in: Picot/Freyberg, Infrastruktur und Services, 1 [4 f.]). Demgegenüber steht die Zusammenfassung ausschließlich fremder Angebote der Plattformanbiereigenschaft nicht entgegen. Gleiches gilt für den Fall, dass der Netzbetreiber nur bestimmte Programme verschlüsselt, vgl. hierzu *Christmann*, ZUM 2009, 7 (10).

⁴⁴⁷ Vgl. zum Bouquetbegriff *Holznel/Kibele*, in: Spindler/Schuster, Elektronische Medien, RStV, § 2, Rn. 94 sowie *Engel/Lüdemann*, ZUM 2008, 904 (908). Zur Begriffseinführung durch den 4. RÄndStV *Hesse*, ZUM 2000, 183 (184). Bemerkenswert ist, dass weiterhin eine Begriffsbestimmung des Programmbouquets erfolgt, obwohl dieser Begriff an keiner Stelle des RStV mehr verwendet wird (vgl. Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 2, Rn. 160: „Definitionsruine“). Bedeutung erlangt der Begriff daher nur noch im hiesigen Zusammenhang, nämlich der Abgrenzung zum Plattformbegriff.

⁴⁴⁸ *Schulz*, in: Hahn/Vesting (2. Aufl.), Rundfunkrecht, RStV, § 2, Rn. 143; zu weiteren Bouquet-Ausprägungen vgl. *VPRT*, Anmerkungen zum Entwurf des 10. RÄndStV, 5.

⁴⁴⁹ „Gesamtangebot“ iSd § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV soll danach die Zusammenstellung auf einer technischen Plattform sein, kabelgebunden, satellitengestützt oder terrestrisch sein kann, Amtl. Begr. z. 10. RÄndStV, 4.

⁴⁵⁰ Dies entspricht auch der *ratio legis* der der Plattformregulierung vorangegangenen Kabelregulierung. Dies richtete sich nach § 52 RStV a.F. an den Betreiber einer Kabelanlage als denjenigen, der in eigener Verantwortung entscheidet, „ob der Übertragungsweg in Betrieb geht, bleibt oder außer Betrieb gesetzt wird“, die „Funktionsherrschaft hierüber innehat, nicht notwendigerweise auch das Eigentum“; vgl. *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 135, die zu Recht darauf hinweist, dass es sich bei dem Plattformanbieter um den „begrifflichen Nachfolger des Kabelanlagenbetreibers“ handelt. Nur vor diesem Hintergrund lässt sich die Ausnahme des § 52 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 RStV für „offene Netze“ erklären, weil für diese charakteristisch ist, dass keine Ausschließkeitsposition einzelner Plattformanbieter zu befürchten ist. Denn in einem offenen Netz können alle Wettbewerber – jedenfalls solange keinem eine marktbeherrschende Stellung zukommt – identische Plattformen betreiben; in diesem Sinne auch *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 52, Rn. 4.

potential des Plattformanbieters, dem mit der Plattformregulierung begegnet werden sollte.⁴⁵¹ Auch die Systematik der §§ 52 ff. RStV spricht hierfür, da diese auf „*allen technischen Übertragungskapazitäten*“ gelten, was mit „*allen Infrastrukturen*“ übersetzt werden kann; auch die Ausnahmen zu diesem Anwendungsbereich sind allesamt infrastrukturbezogen.

Die Negativabgrenzung des § 2 Abs. 2 Nr. 13, letzter Hs. RStV untermauert den Befund der Maßgeblichkeit der Infrastrukturkontrolle.⁴⁵² Danach folgt aus reinen Vermarktungstätigkeiten keine Plattformanbiereigenschaft. Erst wenn Programmvermarktungsaktivität und Infrastrukturherrschaft zusammentreffen kommt ein Plattformangebot in Betracht.⁴⁵³ Sky ist danach keine Plattform im Sinne der rundfunkrechtlichen Begriffsdefinition; es fehlt insofern an der Infrastrukturkontrolle bzw. Ausschließlichkeitsposition.⁴⁵⁴ Eine andere Sichtweise, der extensiveren Plattformanbieterdefinition in § 2 Abs. 1 ZPS folgend⁴⁵⁵, vertritt die Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK), wonach auch Anbieter sog. Programmplattformen ohne Infrastrukturkontrolle als Plattformanbieter zu klassifizieren sind.⁴⁵⁶ Mit dieser Erweiterung des Begriffsverständnisses verstößt die ZAK allerdings gegen die Satzungsermächtigung des § 53 RStV.⁴⁵⁷ Denn der Wortlaut stellt klar, dass sich die Satzungsermächtigung gegenständlich auf „*die sie betreffenden Bestimmungen dieses Abschnitts*“ (Hervorhebung d. Verf.) beschränkt. Die Plattformanbieterdefinition des § 2 Abs. 2 RStV befindet sich anders als die

⁴⁵¹ Er ist daher „*Torwächter für den Zugang zu einer Rundfunkversorgungsstruktur*“, so der an der Erschaffung des 10. RÄndStV maßgeblich beteiligte Leiter der Mediengruppe in der bayerischen Staatskanzlei, *Klaus-Peter Potthast*; vgl. „*Digitale Plattformen bald im Fokus der Regulierer*“, in: *Digital Insider*, Heft 3/2008, abrufbar unter: www.digital-insider.de; in diesem Sinne auch *Merkel/Roßnagel/Scheuer/Schweda*, *Interoperabilität*, 80; *Weisser/Glas*, ZUM 2009, 914 (916).

⁴⁵² Vgl. amtliche Begründung zum 10. RÄndStV, 4. So ausdrücklich auch die Legaldefinition des Plattformanbieters in § 2 Abs. 1 der Zugangs- und Plattformsatzung (Satzung über die Zugangsfreiheit zu digitalen Diensten und zur Plattformregulierung gemäß § 53 Rundfunkstaatsvertrag – ZPS), nach deren zweitem Satz Plattformanbieter nicht ist, wer Rundfunk und Telemedien ausschließlich vermarktet, „*dass heißt nicht zumindest auch über die Zusammenstellung des Gesamtangebotes bestimmt*“. Im Übrigen zu Recht kritisch zu diesem Halbsatz in der Definition der ZPS *Weisser/Glas*, ZUM 2009, 914 (919).

⁴⁵³ Vgl. *Ritlewski*, ZUM 2008, 403 (404). Ein erster Ansatz die Einordnung als Plattformanbieter auch an eine reine Programmvermarktungstätigkeit anknüpfen zu lassen wurde angesichts massiver Kritik (vgl. *BITKOM*, Stellungnahme zum 10. RÄndStV v. 24. Juli 2007, 10; *VATM*, Stellungnahme zum Entwurf des 10. RÄndStV, 3; Stellungnahme der Premiere AG v. 24. Juli 2007 zum 10. RÄndStV, 3) verworfen.

⁴⁵⁴ Gleichwohl wird das Sky-Angebot häufig als „*Pay-TV-Plattform*“ bezeichnet. Dies kann nur untechnisch gemeint sein, wenn man von einem einheitlichen Begriffsverständnis im RStV ausgeht; aA *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5 XI Rn. 44, wonach auch „*bereits existierende Plattformen im Bezahlfernsehen*“ von dem „*breiten Anwendungsbereich*“ des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV umfasst sein sollen.

⁴⁵⁵ I. E. ebenso *Weisser/Glas*, ZUM 2009, 914 (919).

⁴⁵⁶ Vgl. Ziffer 1 des „*Merkblatts der Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) für die Anzeige von Plattformanbietern nach § 52 Abs. 3 RStV*“, abgedruckt bei *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 52, Rn. 14; konsequenterweise findet sich dann auf der ebenfalls von der ZAK geführten (1 Abs. 5 ZPS) „*Liste der Plattformanbieter*“ unter anderem die Sky Fernsehen GmbH & Co. KG; so wohl auch das Verständnis der *ALM*, Jahrbuch 2010, 26; ebenso *Hege*, in: ZAK, Digitalisierungsbericht 2010, 13 (14); insoweit der ZAK zustimmend *Hess/Jury-Fischer*, AfP 2009, 132 (135); ähnlich auch *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 50, Rn. 11; *Broemel*, ZUM 2012, 866 (873 f.); zur Bedeutung der ZAK: *Gröpl*, ZUM 2009, 21 (22): „*Wanderorgan*“; *Hepach*, ZUM 2008, 934 (938 ff.); kritisch zur ZAK *Thaenert*, ZUM 2009, 131 (133).

⁴⁵⁷ Insoweit zweifelnd auch *Ricke*, ZUM 2011, 642 (645), der den Gesetzgeber zur Klarstellung aufruft.

Satzungsermächtigung gerade nicht im 5. Abschnitt des Rundfunkstaatsvertrages und wird nicht von der Ermächtigung umfasst.⁴⁵⁸ Es bleibt daher dabei: Das Angebot einer Plattform im Sinne des RStV ist ohne die Kontrolle einer Infrastruktur somit nicht möglich.⁴⁵⁹

Nur ausnahmsweise können auch Boquetanbieter zu Plattformanbietern aufrücken, wenn ihnen wie seinerzeit Premiere qua nutzungsvertraglicher Vereinbarung ein Entscheidungsspielraum eingeräumt wird, der ihm die faktische Kontrolle über eine Infrastruktur vermittelt.⁴⁶⁰

d. Entscheidung über die Auswahl für die Zusammenstellung

Plattformanbieter ist schließlich auch, „*wer über die Auswahl für die Zusammenfassung*“ von Einzelangeboten zu einem Gesamtangebot bestimmt. Anknüpfungspunkt ist auch hierbei, wie im Falle der eigenhändigen Angebotszusammenstellung, eine inhaltliche Verantwortung für das Endprodukt.⁴⁶¹ Hintergrund für diese gesetzliche Klarstellung ist der Umstand, dass die tatsächliche Zusammenfassung mehrerer Einzelangebote zu einem Gesamtangebot nicht zwangsläufig eigenhändig durch einen Netzbetreiber vorgenommen werden muss. Vielmehr kann sich ein Netzbetreiber auch damit begnügen, bestimmte Einzelangebote zu bestimmen, welche ein Dritter sodann technisch zu einem Gesamtangebot, etwa durch eine einheitliche Grundverschlüsselung, bündelt.⁴⁶² Auch ist es nicht zwingend, dass der Netzbetreiber selbst das Multiplexing, also die Zusammenfassung der einzelnen Signale in einem Datenstrom vornimmt. Der Plattformanbieter soll der Regulierung der §§ 52 ff. RStV aber nicht dadurch ent-

⁴⁵⁸ Die praktischen Konsequenzen des ZAK-Verständnisses halten sich freilich in Grenzen, da die sog. Programmplattformen insbesondere nicht der Belegungsvorschrift des § 52b RStV unterfallen, vgl. § 1 Abs. 3 ZPS. Dieser Umstand ändert jedoch nichts daran, dass die Kodifizierung von Programmplattformen dem Willen des Gesetzgebers des RStV widerspricht, gerade keine Differenzierung zwischen Programm-, Vermarktungs- und Technikplattformen in den Rundfunkstaatsvertrag zu implementieren (ebenso *Weisser/Glass*, ZUM 2009, 914 [917]; kritisch *ALM*, Stellungnahme z. 10. RÄndStV, 9); ferner führt sie zu Friktionen zwischen den Begrifflichkeiten Programmplattform und Programmbouquet (so auch *Enßlin/Christmann*, Stellungnahme Premiere zum 10. RÄndStV, 4; aA *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 2 Rn. 52).

⁴⁵⁹ So i. E. auch *Ricke*, MMR 2011, 642 (644); *Christmann*, ZUM 2009, 7 (10 f.); *Weisser/Glas*, ZUM 2009, 914 (916); *Berger*, CR 2012, 306 (309 f.); wohl auch *Gersdorf*, AfP 2011, 209 (231); *ders.*, in: ZAK, Digitalisierungsbericht 2010, 29 (34); Bsp. für Plattformanbieter iSd RStV sind die Kabelnetzbetreiber KDG („Kabel Digital Home“), die zu Unity Media gehörenden Netzbetreiber ish und iesy („tividi“) sowie PrimaCom („primatv“); weiterhin SES Astra („Entavio“) oder Eutelsat. Zu sog. IP-TV-Plattformen („T-Home“) sowie Plattformen für mobile Endgeräte vgl. *KEK*, Dritter Konzentrationsbericht, 328 ff.; *Flatau*, ZUM 2007, 1 ff. Eine Liste mit Plattformanbietern findet sich unter www.alm.de.

⁴⁶⁰ Vgl. *Merkel/Roßnagel/Scheuer/Schweda*, Interoperabilität, 81; *Weisser/Glas*, ZUM 2009, 914 (916); i. E. wohl auch *Dörr*, in: *Ders./Kreile/Cole*, Handbuch Medienrecht, Teil E, I., Rn. 31. Eine solche Situation bestand zu Beginn der digitalen Übertragung im Kabel. Die DTAG hatte – noch vor Inkrafttreten des 4. RÄndStV – Premiere („DF-1“) die vollständige Belegung der Hyperbandkanäle (der zuerst digitalisierte Sonderkanalbereich zwischen 300 und 470 MHz) in eigener Verantwortung eingeräumt (vgl. *Irion/Schirnbacher*, CR 2001, 61 [65]). Damit war Premiere aus heutiger Sicht zu dieser Zeit ein Plattformanbieter.

⁴⁶¹ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5 XI Rn. 43.

⁴⁶² Hierzu vgl. auch *Holzsnagel/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 111.

gehen können, dass er die formale Angebotszusammenfassung durch einen Dritten vornehmen lässt, wobei dieser Dritte aufgrund der ihm gemachten Vorgaben keine nennenswerte eigene Auswahlentscheidung mehr treffen kann. Die Verantwortlichkeit des Plattformbetreibers knüpft sich an seine Einwirkungsmöglichkeiten bei der inhaltlichen Angebotszusammenstellung⁴⁶³, so dass ihr auch derjenige zu unterfallen hat, der materiell die Zusammenstellung des Gesamtangebots bestimmt hat.

e. Zwischenergebnis

Sinn und Zweck des einschränkenden Tatbestandsmerkmals der Zusammenfassung und Zugänglichmachung eines Gesamtangebotes bzw. der Auswahlentscheidung für die Zusammenfassung im Rahmen des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV ist die Abgrenzung des Plattformanbieters vom Rundfunkveranstalter und Telekommunikationsdiensteanbieter. Nur der Plattformanbieter soll aufgrund seiner spezifischen Rolle bei der Distribution digitaler Signale den §§ 52 ff. RStV unterfallen. Diese spezifische Rolle wiederum besitzt nur, wer die faktische Verfügungsgewalt über eine Übertragungsinfrastruktur inne hat, mithin typischerweise der (Kabel-) Netzbetreiber. Trotz des Abgrenzungskriteriums ist es jedoch nicht ausgeschlossen, dass ein- und dasselbe Unternehmen alle drei Eigenschaften in sich vereint, also zugleich Plattformanbieter, Rundfunkveranstalter und Telekommunikationsdiensteanbieter ist.⁴⁶⁴ Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Netzbetreiber neben den Rundfunkprogrammen Dritter - etwa im Rahmen des *Reselling*-Modells – selbst Rundfunkprogramme auf seinen Übertragungskapazitäten anbietet sowie dem Endkunden gleichzeitig Telekommunikationsdienste wie Internet und Festnetztelefonie offeriert. In dieser Konstellation unterfällt der Netzbetreiber neben den Regelungen für Rundfunkveranstalter und Telekommunikationsunternehmen auch der rundfunkrechtlichen Plattformregulierung.

Der Kodifikation des Begriffs des Anbieters einer Plattform ist mit teilweise deutlicher Kritik entgegengetreten worden: sie sei überflüssig⁴⁶⁵ und ihr fehle die europarechtliche Verankerung⁴⁶⁶. Darüber hinaus richten sich Stimmen gegen den mit der Begriffseinführung verfolgten technologieneutralen Regelungsansatz; es sei vielmehr eine abgestufte und an den

⁴⁶³ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, RStV, Bd. 1, B 5 XI Rn. 43.

⁴⁶⁴ Vgl. Amtl. Begr. z. 10. RÄndStV, 4. Hierfür spricht weiterhin der Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV, wonach ein Plattformanbieter *auch* Angebote von Dritten in sein Gesamtangebot aufnehmen muss, was im Umkehrschluss bedeutet, dass er auch eigenen Rundfunk und vergleichbare Telemedien veranstalten, mithin Rundfunkveranstalter sein kann. Zur (analogen) Anwendung der Plattformbelegungsvorgaben auf Hersteller von Hybrid-TV-Geräten vgl. Berger, CR 2012, 306 (311 f.); Schütz/Schreiber, MMR 2012, 659 (661).

⁴⁶⁵ ALM, Stellungnahme z. 10. RÄndStV, 10; ablehnend auch Dt. Kabelverband, Positionen zur Evaluierung der §§ 52 und 52 RStV, 5; Ders., Stellungnahme z. 10. RÄndStV, 4 f.

⁴⁶⁶ ARD/ZDF, Stellungnahme z. 10. RÄndStV, 1 f.

Funktionen der jeweiligen Dienstleister orientierte Regulierung erforderlich.⁴⁶⁷ Gefordert wird eine den verschiedenen Ausgestaltungs- und Erscheinungsformen von Plattformen gerecht werdende, differenzierende Definition.⁴⁶⁸ Schließlich wird gefordert, die Plattformregulierung dürfe nicht gleichsam auf sämtliche Übertragungsnetze Anwendung finden, sondern habe den Besonderheiten der jeweiligen Übertragungsnetze im Hinblick auf Struktur und Wettbewerbssituation Rechnung zu tragen.⁴⁶⁹

Im Ergebnis kann diese Kritik nicht überzeugen. Denn der Einführung eines infrastrukturübergreifenden Plattformanbieterbegriffs als Anknüpfungspunkt für die Regulierung dieser Übertragungswege ist im Grundsatz zuzustimmen. Der Gesetzgeber stand allerdings vor dem Dilemma, die aus einer konvergenzbedingten Kombination von Netzbetreiberschaft, Inhaltevermarktung und Technikdienstleistung entstehende Machtposition einer einheitlichen sprachlichen Wendung zuführen zu müssen, die sich einer einheitlichen Definition gerade entzieht. Die Erfassung dieser Vielgestaltigkeit der Sachverhalte ist der Zweck der durch den Gesetzgeber gewählten, möglichst abstrakten Begriffsbestimmung. Durch eine bewusste Differenzierung bei der Verwendung des Begriffs der „Plattform“ zwischen dem speziellen rundfunkrechtlichen, infrastrukturbezogenen Begriffsverständnis im Sinne der Legaldefinition und dem allgemeinen, ökonomisch-vermarktungstechnischen Verständnis lässt sich zudem Missverständnissen vorbeugen.

In Zeiten verschwimmender Grenzen zwischen den einzelnen Übertragungsnetzen für Individual- und Massenkommunikation scheint es sinnvoll, auch die Grenzen zwischen unterschiedlichen Regulierungsansätzen für einzelne Übertragungswege aufzuheben. Die Schaffung einheitlicher Regulierungsbedingungen ist ein zukunftsweisender Schritt, der im Hinblick auf einige der erfassten Sachverhalte allerdings noch abzuwartenden Entwicklungen vorgreift. Denn die Regulierungsbedürftigkeit eines Plattformanbieters hängt maßgeblich von seinen Einflussmöglichkeiten auf die Meinungsvielfalt ab. Diese Einflussmöglichkeiten sind für die Betreiber der etablierten Übertragungswege für Rundfunk – insbesondere Breitband-

⁴⁶⁷ So etwa *Grewenig*, ZUM 2009, 15 (18, 21); *ANGA*, Stellungnahme zur Novelle des Rundfunkstaatsvertrags, 1 f.; *BITKOM*, Stellungnahme z. 10. RÄndStV, 2, 8; andeutend auch *Becker*, ZUM 2009, 1. Die Kritik im Gesetzgebungsverfahren konzentrierte sich u. a. auch auf die ursprünglich in einem Definitionsvorschlag ins Auge gefasste ausdrückliche Einbeziehung von reinen Vermarktungsaktivitäten. Diese Kritik führte zur expliziten Ausklammerung von bloßen Vermarktungsaktivitäten aus dem Anwendungsbereich.

⁴⁶⁸ *Bullinger*, ZUM 2007, 337 (340); konkrete Vorschläge finden sich bei *Schütz*, MMR 9/2007, XI; *VPRT*, Anmerkungen zum Entwurf des 10. RÄndStV, 7; *RTL Television*, Stellungnahme z. 10. RÄndStV, Punkt I. 2.; am Beispiel von Must-Carry-Regelungen für sog. Handy-TV *Ory*, ZUM 2007, 7 (12); vgl. zu den verschiedenen Regelungsoptionen im Zusammenhang mit der Plattformregulierung *Schulz/Held*, Stellungnahme des Hans-Bredow-Instituts z. 10. RÄndStV, Ziff. 1.1.

⁴⁶⁹ Vgl. *ALM*, Stellungnahme z. 10. RÄndStV, 8; die Uferlosigkeit des Anwendungsbereichs kritisierend *Deutsche Telekom*, Stellungnahme z. 10. RÄndStV, 1, 4 f.; ablehnend gegenüber der Anwendbarkeit auf neue Dienste wie UMTS und IPTV *T-Mobile Deutschland/Vodafone D2/o2 Germany*, Gem. Stellungnahme z. 10. RÄndStV, 2; ähnlich *VATM*, Stellungnahme z. 10. RÄndStV, 2.

kabel und Satellit – ohne weiteres zu bejahen; im Hinblick auf neuartige Übertragungswege wie UMTS und IPTV anlässlich deren Verbreitungsgrade sind sie zum jetzigen Zeitpunkt aber wohl noch zu verneinen. Doch auch hierauf hat der Gesetzgeber reagiert, indem er neben einer möglichst umfassenden Plattformdefinition den Anwendungsbereich der materiellen Plattformregulierung durch die Ausnahmen des § 52 Abs. 1 S. 2 RStV wiederum – etwa für UMTS und Internet – einschränkt.⁴⁷⁰ Auch die Einbeziehung von IPTV via DSL lässt sich nicht deswegen als ungerechtfertigt bezeichnen, weil es sich hierbei (bislang) nicht um einen Hauptübertragungsweg für Rundfunk handelt.⁴⁷¹ Denn DSL stellt bei Internetzugängen den am stärksten etablierten Verbreitungsweg dar; soll hierüber nun auch Rundfunk übertragen werden, wäre für diese Verwendung eine Privilegierung gegenüber anderen Infrastrukturen und deren Anbietern nicht gerechtfertigt. Auch das Breitbandkabelnetz, welches zwar hinsichtlich der Rundfunkübertragung den höchsten Verbreitungsgrad aufweist, im Hinblick auf die Nutzung für Sprachtelefonie und Internetzugang allerdings noch wenig verbreitet ist, ist für diese beiden Arten der Nutzung denselben telekommunikationsrechtlichen Regelungen unterworfen wie das hierfür etablierte DSL. Ein tatsächlicher Wettbewerb der Übertragungswege, der nach dem Willen des Gesetzgebers durch den technologieneutralen Regulierungsansatz herbeigeführt werden soll, ist nur auf diesem Wege zu erreichen.⁴⁷²

Begrüßenswert ist der gewählte Ansatz trotz dieser Voreingrifflichkeit im Hinblick auf bestimmte Sachverhalte auch deshalb, weil hierdurch allen von der Regelung Betroffenen – insbesondere Inhalteanbietern und Netzbetreibern – bereits zum heutigen Zeitpunkt ein erhebliches Maß an Planungssicherheit geboten wird. Der Rundfunk ist im Hinblick auf seine technischen und wirtschaftlichen Bedingungen einem stetigen Wandel unterworfen. Antizipieren gesetzliche Regelungstatbestände diese Entwicklungen und verlagern ihre Regulierung zeitlich vor, so ist dies als positiv zu erachten, da auf diese Weise verlässliche Rahmenbedingungen geschaffen werden, die langfristige Investitionsmöglichkeiten begünstigen. Eine zukunftsgerichtete Betrachtungsweise des Gesetzgebers mag dort ihre Grenzen finden, wo eine Orientierung ausschließlich an zukünftigen Verhältnissen unter Außerachtlassung der gegenwärtigen Bedingungen erfolgt.⁴⁷³ Dies trifft auf die technologie neutrale Plattformdefinition indes nicht zu.

⁴⁷⁰ Zu diesen Ausnahmen sogleich unter II.

⁴⁷¹ Auf die Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit des weiten Anwendungsbereichs der Plattformregulierung mit Art. 31 UDRL kann hier nicht weiter eingegangen werden.

⁴⁷² Mit *Schütz*, MMR 9/2007, X sind daher die Sonderregelungen für die terrestrische Rundfunkübertragung (§§ 51, 51b RStV) zu bemängeln, da durch die damit einhergehende technologiebezogene Differenzierung der materiellen Rechtslage das eigentliche Ziel einer Rechtsvereinheitlichung konterkariert wird. Dieser Umstand lässt sich jedoch angesichts der Spezifika bei der Vergabe drahtloser Funkfrequenzen kaum vermeiden.

⁴⁷³ Vgl. Sächs. VerFGH, NVwZ-RR 1998, 345 (349).

II. Privilegierte Plattformen und Netzneutralität

Nach § 52 Abs. 1 Satz 1 RStV finden die Vorschriften der Plattformregulierung Anwendung für Plattformen auf *allen technischen* Übertragungskapazitäten⁴⁷⁴, nicht erfasst sind nach hiesiger Lesart reine Programmplattformen. Allerdings erfährt der weite Anwendungsbereich durch § 52 Abs. 1 Satz 2 RStV eine Einschränkung, der dazu in den Nummern 1 bis 4 eine enumerative Auflistung „privilegierter Plattformen“⁴⁷⁵ enthält. Diesen ist gemein, dass es trotz Plattformeigenschaft im Sinne des RStV an einem spezifischen Regelungsbedürfnis zur Sicherung von Meinungsvielfalt fehlt.⁴⁷⁶ Mit diesem System einer abgestuften Regulierung trägt der Gesetzgeber einem Teil der im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Bedenken Rechnung, die Technologieneutralität des gewählten Regelungsregimes würde zu einem uferlosen Anwendungsbereich der Plattformregulierungsvorschriften führen und die Entwicklungschancen von Anbietern neuer Übertragungswege beschneiden.⁴⁷⁷ Dabei ist neben den materiellen Ausnahmetatbeständen auch auf die Ermächtigung der Landesmedienanstalten nach Satz 3 hinzuweisen.⁴⁷⁸

Von besonderer Bedeutung ist der Ausnahmetatbestand des § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV für sog. offene Netze, da dieser in der jüngst angestoßenen Netzneutralitätsdebatte Relevanz erlangt hat. Danach sind Plattformen in „*offenen Netzen*“ von der Plattformregulierung ausgenommen, soweit sie dort nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügen.⁴⁷⁹ Gemeint

⁴⁷⁴ Die amtliche Begründung zum 10. RÄndStV, 26, erwähnt explizit die nicht kabelgebundenen Übertragungswege Terrestrik und Satellit.

⁴⁷⁵ Die Bezeichnung ist angelehnt an die Terminologie der ZAK in ihrer „*Liste der Plattformanbieter*“ (abrufbar unter: www.alm.de). Kritisch dazu *Weisser/Glas*, ZUM 2009, 914 (917).

⁴⁷⁶ Die Nummer 2 bis 4 enthalten dabei Regelungen, die die Breitbandkabelinfrastruktur betreffen und so ähnlich bereits zu Zeiten des digitalen Kabelbelegungsregimes existierten. Nr. 2 nimmt die unveränderte Weiterleitung eines den Plattformvorgaben entsprechenden Gesamtangebots von der abermaligen und daher überflüssigen Anwendung dieser Vorgaben aus; sie betrifft insbesondere NE-4-Betreiber, die selbst Plattformanbieter sind, was voraussetzt, dass sie über ein eigenes Playout-Center verfügen (vgl. dazu *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 136). Die Nummer 3 und 4 enthalten Ausnahmen für sog. Kleinstnetze (kritisch zur Bestimmung der Meinungsbildungsrelevanz eines Netzes aufgrund quantitativer Kriterien *Weisser/Glas*, ZUM 2009, 914 (918 f.)). Die Landesmedienanstalten können in „*begründeten Einzelfällen*“ von den Richtwerten abweichen (vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52, Rn. 7). Eine Erweiterung findet sich in § 1 Abs. 3 ZPS, wonach *sämtliche Netze eines* Betreibers maßgeblich sind; überhaupt dehnt die ZPS den Anwendungsbereich der Plattformregulierung durch ihren Verweis in § 3 Abs. 1 S. 3 auf die Zurechnungsvorschrift des § 28 RStV erheblich aus.

⁴⁷⁷ Gleichwohl enthält die Ausnahme des Satzes 2 ihrerseits die Einschränkung, dass die dort aufgezählten Plattformen nicht von allen Vorschriften der Plattformregulierung ausgenommen sind; die §§ 52a, 52f RStV finden vielmehr auch auf privilegierte Plattformen Anwendung.

⁴⁷⁸ Diese Ermächtigung soll es den Landesmedienanstalten ermöglichen, in Plattformfragen flexibel auf regionale und lokale Besonderheiten reagieren zu können (befürwortend *Holzngel*, ZUM 2000, 480 [485]; *Ders./Krone*, in: *Spindler/Schuster*, Elektronische Medien, RStV, § 53, Rn. 58). Hiervon haben die Landesmedienanstalten mit Erlass der ZPS Gebrauch gemacht.

⁴⁷⁹ Es gilt § 19 GWB, vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52, Rn. 8.

sind damit entsprechend des Klammerzusatzes insbesondere das Internet, UMTS, „vergleichbare Netze“.⁴⁸⁰ Die Offenheit des Internets als Zusammenschluss einzelner Servernetze ergibt sich etwa aus seiner nichthierarchischen und dezentralen Struktur.⁴⁸¹ In einem solchen Netz können Rundfunk- und Telemedienanbieter ihre Dienste unmittelbar und ohne die Zusammenfassung durch einen die Gesamtinfrastruktur kontrollierenden Plattformanbieter anbieten.⁴⁸² Da so – anders als bei in sich abgeschlossenen Infrastrukturen – grundsätzlich keinem Plattformanbieter eine Meinungsvielfalt bedrohende Ausschließlichkeitsposition zukommt, können auch die Nutzer frei zwischen den Plattformen wählen.⁴⁸³ Anders, nämlich vergleichbar mit einem „geschlossenen“ Netz, ist die Situation hingegen, wenn ein Anbieter in einem offenen Netz über eine marktbeherrschende Stellung verfügen.⁴⁸⁴ Hieraus resultiert eine Gefahr für den Meinungspluralismus, weil es für Inhalteanbieter und Endnutzer an Ausweichalternativen fehlt.⁴⁸⁵

Die Landesmedienanstalten legen dem Ausnahmetatbestand – anlässlich der jüngst angestoßenen Netzneutralitätsdebatte⁴⁸⁶ – ein weitergehendes Verständnis zugrunde.⁴⁸⁷ Dessen Ausgangspunkt ist die Besonderheit von Breitbandkabel- und IP-TV-Plattformen, die gleichzeitig über offene (Zugang zum freien Internet)⁴⁸⁸ und geschlossene Bereiche (Zugang nur zu vom Plattformbetreiber ausgewählten Inhalten – „walled gardens“). In beiden Bereichen garantiert der Plattformbetreiber einen bestimmten Übertragungsstandard und die zu dessen Einhaltung notwendige Übertragungskapazität.⁴⁸⁹ Für den Bereich des Zugangs zum freien Internet gelten die Plattformbelegungs Vorschriften des § 52b RStV grundsätzlich nicht, vgl. § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV („Internet“). Durch § 1 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 ZPS wird dieser Aus-

⁴⁸⁰ Hierzu auch *Holznapel/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 263. Zu Recht kritisch zur Verwendung der Bezeichnung „UMTS“ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 52, Rn. 4, weil diese – missverständlich – nicht den technischen Übertragungsstandard (*Universal Mobile Telecommunications System*) meint, sondern allgemein die Möglichkeit der Internetnutzung auf portablen Endgeräten mittels dieser Technik.

⁴⁸¹ Vgl. *Gersdorf*, AfP 2011, 209.

⁴⁸² Amtl. Begr. 10. RÄndStV, 26 f. Ein Plattformbetrieb in einem offenen Netz ist möglich, wenn ein Anbieter innerhalb eines von ihm kontrollierten Teilnetzes eigene und fremde Angebote als Gesamtangebot zugänglich macht. Mit einem Beispiel für „IP-TV“ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 52, Rn. 4.

⁴⁸³ Typisches Beispiel sind daher Online-Plattformen für audiovisuelle Inhalte wie *Zattoo*; vgl. auch die „Liste der Plattformanbieter“ der ZAK (Stand 19.01.2014).

⁴⁸⁴ Amtliche Begründung z. 10. RÄndStV, 27. Zu praktischen Schwierigkeiten bei der Marktabgrenzung und der Feststellung einer Marktbeherrschung im dynamischen Internet vgl. *ALM*, Jahrbuch 2010, 27.

⁴⁸⁵ Vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 52, Rn. 4; *Holznapel/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 111 f.

⁴⁸⁶ Vgl. zur Relevanz der Netzneutralitätsdebatte im Zusammenhang mit dem Must-Carry-System ferner unten (Kap. 5, A.III.2.). Zu weiteren Berührungspunkten von Netzneutralität und rundfunkrechtlicher Plattformregulierung vgl. *Gersdorf*, in ZAK, Digitalisierungsbericht 2010, 29 (35).

⁴⁸⁷ Vgl. ZAK, Keine inhaltsbezogene Priorisierung im offenen Internet, *passim*.

⁴⁸⁸ Instrukтив *Gersdorf*, AfP 2011, 209 (210); ; vgl. auch *Hege*, in: ZAK, Digitalisierungsbericht 2010, 13 (19).

⁴⁸⁹ Sog. „Quality-of-Service“; er wird bestimmt durch: (1) die Daten- bzw. Übertragungsrates („Bitrate“), (2) die Verzögerung der Übertragung („Delay“), (3) die Schwankungen dieser Verzögerung („Jitter“) sowie (4) den Paketverlust; vgl. *Berger-Kögler/Kind*, MMR-Aktuell 2010, 302773

nahmetatbestand nun aber dahingehend konkretisiert, dass ein offenes Netz dann nicht vorliegt, wenn „keine Vorauswahl durch einen Plattformanbieter erfolgt“. Bezieht man diese Vorauswahl nur auf das „ob“ der Bereitstellung, sind die offenen Bereiche einer doppelt-funktionalen Plattform nicht erfasst, da der Plattformanbieter keinen Einfluss auf das Inhalteangebot im freien Internet hat bzw. nimmt. Die Landesmedienanstalten erkennen eine Vorauswahl hingegen bereits dann, wenn der Plattformanbieter bestimmte Dienste innerhalb des offenen Bereichs – entgegen des Prinzips der Netzneutralität – im Hinblick auf Übertragungsgeschwindigkeit und -qualität priorisiert.

1. Das Prinzip der Netzneutralität

Das für das Internet als klassisches offenes Netz entwickelte Prinzip der Netzneutralität beschreibt den diskriminierungsfreien bzw. inhaltsneutralen Datentransport nach dem sog. *Best-Effort-Prinzip*.⁴⁹⁰ Denn auch in diesem, auf einem Inhaltetransport durch Datenströme basierenden Netz besteht die Gefahr der Priorisierung einzelner Inhalte im Rahmen des Bitratenmanagements⁴⁹¹; denkbar sind sowohl eine quantitative oder qualitative Vorzugsbehandlung oder Benachteiligung als auch eine gänzliche Blockierung.⁴⁹²

Während eine technisch notwendige Priorisierung etwa zeitkritischer Echtzeit-Dienste wie IP-TV oder VoIP zur Gewährleistung einer störungsfreien Übertragung unbedenklich ist⁴⁹³, begegnet eine inhalts- oder entgeltbezogene Differenzierung des Quality-of-Service zu Recht Bedenken.⁴⁹⁴ Käme es zur Einführung verschiedener Qualitätsklassen hätte dies für benachteiligte Inhalteanbieter schwerwiegende Folgen, da ihre Inhalte den Nutzer nur noch langsam oder störungsanfällig erreichen und damit unattraktiv würden.⁴⁹⁵

In Deutschland steht die Diskussion um Netzneutralität noch weitgehend am Anfang. Überwiegend werden bislang die vorhandenen Instrumente des Telekommunikations- und

⁴⁹⁰ Zum divergierenden Begriffsverständnis vgl. *Koenig/Fechtner*, K&R 2011, 73; *Ufer*, K&R 2010, 383; zum Ursprung der Debatte um Netzneutralität in den USA vgl. *Spies/Ufer*, MMR 2010, 13 ff.

⁴⁹¹ Die Priorisierung erlaubt die sog. *Deep Packet Inspection* (DPI), eine Durchleuchtung der Datenpakete in Echtzeit; vgl. hierzu den Beitrag von Dipl.-Inf. *Constanze Kurz* im Rahmen der Fachtagung „Netzneutralität in der Informationsgesellschaft“ am 15.12.2010 in Berlin, abgedruckt bei *Dye*, MMR-Aktuell 2011, 314468; ferner *Gersdorf*, in: ZAK, Digitalisierungsbericht 2010, 29 (30); *Ufer*, K&R 2010, 383 (386 f.).

⁴⁹² *Beckmann/Müller*, in: Hoeren/Sieber, HB Multimedia-Recht, Teil 10, Rn. 26.

⁴⁹³ *Spies/Ufer*, MMR 2010, 13 (16); vgl. auch *Koenig/Fechtner*, K&R 2011, 74 (75); *Gersdorf*, AfP 2011, 209.

⁴⁹⁴ Vgl. *ALM*, Digitalisierungsbericht 2011, 21; *Gersdorf*, in: ZAK, Digitalisierungsbericht 2010, 29 (31 f.).

⁴⁹⁵ Die Gründe einer Ungleichbehandlung können vielfältig sein. In der öffentlichen Diskussion standen bislang die Blockierung des VoIP-Anbieters Skype durch den Mobilfunknetzbetreiber T-Mobile sowie die Reduzierung der Bandbreite durch Kabel Deutschland im Falle des Zugriffs auf das *Bittorrent*-Protokoll. Besondere Gefahr geht dabei von vertikal integrierten Netzbetreibern aus, die die Attraktivität eigener Inhalte durch priorisierten Transport steigern wollen. Tatsächlich sind es bislang vor allem TK-Betreiber, die durch Priorisierung bestimmter Daten eine störungsfreie Übertragung von Pay-TV-Diensten gewährleisten wollen, vgl. *ALM*, Jahrbuch, 2010, 98; kritisch dazu *Beckmann/Müller*, in: Hoeren/Sieber, HB Multimedia-Recht, Teil 10, Rn. 27.

Wettbewerbsrechts als ausreichend erachtet, um Diskriminierungen im Rahmen des Bitratenmanagements zu begegnen.⁴⁹⁶

2. Bedeutung für den Rundfunkbereich

Ist Netzneutralität auf den ersten Blick eine Problematik des offenen Internets und damit primär telekommunikationsrechtlicher Prägung, ist sie auch im Rundfunkbereich relevant.⁴⁹⁷ Denn dort findet – vorbehaltlich des Widmungsrechts etwa des Kabelnetzbetreibers⁴⁹⁸ – eine Dedizierung gesamter Übertragungsinfrastrukturen zugunsten des klassischen Rundfunks (sowie vergleichbarer Telemedien) und damit eine gesetzliche Priorisierung dieses Dienstes statt, die aufgrund der Konvergenz der Netze jedoch auch andere Diensteararten transportieren könnten (Internetzugang, Web-TV etc.). Diese Kapazitätsreservierung wirkt sich trotz der vermehrten Übertragungskapazitäten zwangsläufig negativ auf den über diese Netze ebenfalls angebotenen Zugang zum offenen Internet aus, was durch netzbetreiberseitige Dedizierung von Kapazitätsbereichen etwa für eigene On-Demand-Dienste verschärft wird.⁴⁹⁹

3. Stellungnahme

Mag das Anliegen der Landesmedienanstalten, die Netzneutralität im RStV zu verankern, anerkannt sein, übersteigt es gleichwohl ihren Kompetenzbereich. Schon vor dem Hintergrund der föderalen Kompetenzordnung ist fraglich, ob die Länder eine im Kern telekommunikationsrechtliche Regelung treffen dürften; für die Landesmedienanstalten dürfte dies zudem eine Überschreitung der derzeitigen Satzungsermächtigung darstellen. Materiell spricht der Wortlaut des § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV, der das gesamte Internet und nicht einzelne seiner Teilnetze erwähnt, gegen die weite Auslegung der Landesmedienanstalten. Denn eine mögliche Diskriminierung erfolgt immer nur innerhalb eines der Teilnetze, nämlich auf den Übertragungskapazitäten, die sich in der Verfügungsgewalt des diskriminierenden Internetzugangsanbieters befinden. Auch wäre mit dem Verständnis der Landesmedien-

⁴⁹⁶ Dies entspricht auch der bisherigen Ansicht der EU-Kommission, vgl. das Arbeitspapier zur Überprüfung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsdienste v. 28.06.2006, 26 f., 32. Einen ähnlich wettbewerbsorientierten Ansatz verfolgt auch die US-amerikanische Kartellbehörde FTC („*Federal Trade Commission*“), während die FCC („*Federal Communications Commission*“) die Einführung verbindlicher Regeln zur Gewährleistung der Netzneutralität in sämtlichen Breitbandnetzen vorbereitet; vgl. zu letzterem *Spies/Ufer*, MMR 2010, 13 (15).

⁴⁹⁷ Instruktiv *ALM*, Jahrbuch 2010, 33.

⁴⁹⁸ Vgl. unten (Kap. 3, B.IV.2.).

⁴⁹⁹ Nicht unberücksichtigt werden dürfen hierbei allerdings die Marktkräfte, da sich etwa ein Triple-Play-Angebot mit „gedrosseltem“ Internetzugang angesichts der konvergierenden Märkte für Individual- und Massenkommunikation nicht durchsetzen würde.

anstalten im Hinblick auf Sinn und Zweck der Plattformregulierung kaum etwas gewonnen. Denn diese bezieht sich nur auf Rundfunk und vergleichbare Telemedien. Nicht-vergleichbare Telemedien und Telekommunikationsdienste fallen nicht darunter, unabhängig davon, ob diese in einem offenen oder geschlossenen Netz verbreitet werden.

III. Fazit zum Anwendungsbereich der Plattformregulierung

Den Dreh- und Angelpunkt für die Festlegung des Anwendungsbereichs der Plattformregulierung und damit auch der Plattformbelegungsvorschrift des § 52b RStV stellt der Begriff des Anbieters einer Plattform dar. Dieser Begriff hat in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV eine Legaldefinition erfahren. Die sprachlich weit gefasste Formulierung dieser Legaldefinition ist im Kontext der an sie anknüpfenden Regulierungstatbestände sowie im Lichte der ihre Einführung rechtfertigenden rechtstatsächlichen Konvergenzentwicklungen auszulegen.⁵⁰⁰ Diese Auslegung führt nach vorzugswürdiger Betrachtungsweise zu einem infrastrukturorientierten Plattformanbieterbegriff, weil es die veränderten Geschäftsmodelle der Netzbetreiber sind, die diesen Infrastrukturbetreibern – analog zu den Kabelnetzbetreibern, die bereits zuvor (alleine) Gegenstand der Regulierung der §§ 52 ff. RStV a. F. waren – einen vermehrten Einfluss als sog. Torwächter („*Gatekeeper*“) verleihen, der wiederum erhebliche Gefahren für die Meinungsvielfalt nach sich ziehen kann. Diese Entwicklung betrifft in Zeiten der Medienkonvergenz aber eben nicht mehr nur isoliert die Kabelnetzbetreiber, sondern die Betreiber sämtlicher Übertragungsinfrastrukturen. Dem tragen Plattformanbieterdefinition und daran anknüpfende Regulierung durch ihre technologieneutrale Ausgestaltung in ausreichendem Maße Rechnung. Dies mag bei einer isolierten Betrachtung einzelner Übertragungswege angesichts geringer Marktdurchdringung bei der Übertragung für Rundfunkzwecke und folglich marginaler Meinungsbildungsrelevanz den Eindruck einer Überregulierung erwecken. Allerdings ist in einigen Fällen eine solch isolierte Betrachtung ohnehin irreführend, weil sie – etwa im Falle von IPTV via DSL – den Blick darauf verstellt, welche Entwicklungsmöglichkeiten einzelne Übertragungswege angesichts ihrer Dominanz im Hinblick auf die Übertragung anderer Inhalte – etwa Individualkommunikation via DSL – aufweisen. Dementsprechend hat der Gesetzgeber bewusst eine in die Zukunft gerichtete Regulierung gewählt, die vorauszuahnende Entwicklungen bereits heute einer erst im Falle ihrer Realisierung erforderlichen Regulierung unterzieht. Hierdurch wird in Zeiten „konvergierender“ Grenzen von Individual- und Massenkommunikation gewährleistet, dass jedenfalls in rundfunkrechtlicher Hinsicht alle

⁵⁰⁰ Eine gesetzliche Klarstellung des Plattformanbieterbegriffs fordernd *Weber*, ZUM 2011, 452 (453).

beteiligten Infrastrukturbetreiber denselben Regulierungsmaßstäben unterliegen. Für die Konstellationen, in denen eine detaillierte und auf die Herstellung von Meinungsvielfalt gerichtete Regulierung von Infrastrukturbetreibern auch in Zukunft nicht erforderlich ist, trifft § 52 Abs. 1 S. 2 RStV in Verbindung mit der Zugangs- und Plattformsatzung der Landesmedienanstalten die notwendigen Ausnahmen. Zur Veranschaulichung soll der grundsätzliche Anwendungsbereich der Plattformregulierungsvorschriften nachfolgend graphisch dargestellt werden:

B. Vorgaben des Plattformregimes für den Kampf um das Breitbandkabel

Ist aufgrund der vorangegangenen Ausführungen festgestellt, dass es sich bei der Mehrzahl der Kabelnetzbetreiber um Plattformanbieter im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV handelt, lässt sich diesem Befund alleine noch nichts für das Konkurrenzverhältnis zwischen Rundfunk und Telemedien bei der Belegung einer „Kabelplattform“ entnehmen. Eine Plattform existiert nicht zum Selbstzweck, sondern dient der Verbreitung von Rundfunk und sonstigen Diensten, wobei die Angebotszusammensetzung auf einer Plattform maßgeblich über deren wirtschaftlichen Erfolg entscheidet, mithin von zentraler Bedeutung ist. In diesem Zusammenhang bedarf es daher einer Betrachtung derjenigen Anforderungen, die der RStV an die Betreiber von Plattformen bei der Belegung mit Einzelangeboten stellt. Diese Anforderungen finden sich im V. Abschnitt des RStV in den §§ 52 ff. Sie lassen sich in formelle und materielle Anforderungen unterteilen.⁵⁰¹ Von den materiellen Vorgaben gegenüber Plattformanbietern ist die Regelung des § 52b RStV von übergeordnetem Interesse. Sie enthält mit dem sog. Must-Carry-Modell materielle Vorgaben für die Belegung von Plattformen mit Rundfunk und sonstigen Diensten durch den Plattformbetreiber.

I. Europarechtliche Vorgaben bei der Plattformbelegung

Bevor auf die Einzelheiten dieser zentralen, jedoch einfachgesetzlichen Vorschrift eingegangen werden soll, gilt es zunächst, die durch das höherrangige Recht vorgegebenen Rahmenbedingungen darzulegen. Hierzu gehören neben dem Verfassungsrecht die Vorgaben des

⁵⁰¹ Zu den formellen Anforderungen an den Plattformbetrieb vgl. § 52 Abs. 2, 3 i. V. m. § 20a RStV. Anders als ein Rundfunkveranstalter bedarf ein Plattformanbieter keiner rundfunkrechtlichen Zulassung (vgl. zu dieser *Holzengel/Kibele*, in: Spindler/Schuster, Elektronische Medien, RStV, § 20, Rn. 1 ff.), es genügt die Anzeige des Plattformbetriebs bei der zuständigen Landesmedienanstalt. Ein Verstoß gegen die Anzeigepflicht ist bußgeldbewährt (vgl. § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 RStV). Das Anzeigeeerfordernis entspricht der vom Bundesverfassungsgericht für die Kabelweiterverbreitung geforderten Möglichkeit vorheriger Überprüfbarkeit (vgl. BVerfGE 73, 118 [198 f.]). Organschäftlich zuständig für die Entgegennahme der Anzeige ist die ZAK.

Europarechts, die auch im audiovisuellen Sektor zunehmend an Bedeutung gewinnen und daher zuerst dargestellt werden sollen. Insoweit soll auch hinsichtlich der Vorgaben für die Kabelbelegung zwischen solchen des Primärrechts und solchen des Sekundärrechts unterschieden werden.

1. Die Vorgaben des Primärrechts

a. Art. 10 EMRK

Seinem Wortlaut nach gewährleistet Art. 10 EMRK das Recht auf Meinungsfreiheit sowie das Recht, Informationen zu empfangen und weiterzugeben.⁵⁰² Während das „Empfangen“ als Kodifikation einer passiven Informationsfreiheit verstanden wird, schützt das „Weitergeben“ ihre aktive Ausprägung. Da die Massenmedien für eine so verstandene Informationsfreiheit essentielle Bedeutung entfalten, werden nach allgemeiner Ansicht auch die Rundfunk- sowie die Pressefreiheit – quasi als Annex-Freiheiten – durch Art. 10 EMRK gewährleistet, wie Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK belegt.

Ohne an dieser Stelle auf die unterschiedliche Interpretation von Art. 10 EMRK und Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG einzugehen⁵⁰³, lässt sich festhalten, dass der EGMR aus Art. 10 EMRK den grundsätzlichen Anspruch eines Rundfunkveranstalters auf Zugang zum Kabelnetz abgeleitet hat. Bereits in seiner *Auctronic*-Entscheidung⁵⁰⁴ hatte der EGMR festgestellt, dass sich der Schutz des Art. 10 EMRK nicht nur auf den inhaltlichen Aspekt einer Information, sondern gleichzeitig auch auf deren Empfang und Übertragung erstreckt; sowohl der Kommunikationsinhalt als auch der Kommunikationsprozess seien geschützt.⁵⁰⁵ Erfasst ist dabei der gesamte Kommunikationsprozess, also sowohl der Output (aktive Informationsfreiheit) als auch der Input (passive Informationsfreiheit). Daneben hat der EGMR in der Entscheidung *Groppe-ra*⁵⁰⁶ festgestellt, dass die Nichtberücksichtigung eines Rundfunkprogramms im Kabel nicht nur einen Eingriff in die Informationsfreiheit der Rezipienten darstellen kann, sondern zusätzlich eine Beeinträchtigung der durch Art. 10 EMRK geschützten Verbreitungsfreiheit der

⁵⁰² Die EMRK bindet sämtliche Mitgliedstaaten des Europarates; in Deutschland besitzt sie den Rang eines Bundesrechts und ist bei der Auslegung nationalen Rechts, auch der Grundrechte, zu berücksichtigen (Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes). Der EuGH betrachtet Art. 10 EMRK als Teil des Unionsrechts, sodass auch Rechtsakte der Europäischen Union daran zu messen sind; Art. 6 Abs. 3 EUV erklärt die in der EMRK verbürgten Grundrechte mittlerweile explizit zu allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts.

⁵⁰³ Vgl. zur Bedeutung von Art. 10 EMRK für die deutsche Rundfunkordnung ferner unten (Kap. 4, B.IV.2.a.i.).

⁵⁰⁴ EGMR, EuGRZ 1990, 261.

⁵⁰⁵ *Ebd.*, 262. Im konkreten Fall ging es um die Installation einer Parabolantenne; zur Übertragbarkeit der Grundsätze auf sämtliche Kommunikationsvorrichtungen vgl. *Dörr/Janik/Zorn*, Zugang, 65.

⁵⁰⁶ EGMR, EuGRZ 1990, 255. Geklagt hatte der Veranstalter eines ausländischen Hörfunkprogramms, welches aufgrund gesetzlicher Vorgaben in der Schweiz nicht im Kabel berücksichtigt wurde.

Rundfunkveranstalter. Hierfür sei unerheblich, ob eine originäre Verbreitung oder eine Weiterverbreitung über Kabel in Rede steht.⁵⁰⁷

Die Beeinträchtigung sowohl der Informations- als auch der Rundfunkverbreitungsfreiheit sei nur unter den Voraussetzungen des Art. 10 Abs. 2 EMRK zulässig. Danach ist es den Mitgliedsstaaten grundsätzlich gestattet, im Falle von Kabelkapazitätsengpässen Auswahlentscheidungen zwischen verschiedenen Bewerbern zu treffen, sofern sich diese am Zweck der Pluralismussicherung in politischer und kultureller Hinsicht sowie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientieren.⁵⁰⁸ Folglich besteht unter der Geltung des Art. 10 EMRK kein uneingeschränkter Anspruch der Rundfunkveranstalter auf Zugang zum Kabelnetz. Ein Zugangsanspruch besteht vielmehr lediglich in den Grenzen, die durch die Mitgliedsstaaten zum Schutze des Pluralismus, etwa durch Auswahlregeln und Belegungsvorgaben, gezogen werden.⁵⁰⁹

b. Vorgaben des Primärrechts der Europäischen Union⁵¹⁰

Der EuGH versteht die Übertragung von Rundfunksignalen in ständiger Rechtsprechung als eine Dienstleistung im Sinne von Art. 56 AEUV⁵¹¹. Dabei kommt es auf die technische Art der Übertragung nicht an, sodass insbesondere auch die Verbreitung über Breitbandkabelnetze der Dienstleistungsfreiheit unterfällt.⁵¹² Ebenso ist anerkannt, dass sich die aus der Dienstleistungsfreiheit ergebende Rechtssetzungskompetenz der Europäischen Union auch auf neuartige, dem Rundfunk ähnliche audiovisuelle Dienste erstreckt.⁵¹³ Im Hinblick auf diese Dienste kommt der Union sogar eine noch umfassendere Regelungskompetenz zu, da bei ihnen – wie noch zu zeigen sein wird – die wirtschaftliche Zielrichtung gegenüber der kulturellen Bedeutung in den Vordergrund tritt. Mithin können sich Vorgaben für die Plattform- und Kabelbelegung nach dem Grundsatz des Vorrangs des Primärrechts auch aus Art. 56 ff. AEUV ergeben.

⁵⁰⁷ *Ebd.*, 256.

⁵⁰⁸ *Ebd.*, 258; vgl. dazu *Stettner*, Kabelengpaß, 114 ff.

⁵⁰⁹ EGMR, EuGRZ 1994, 549 (550); vgl. auch *Dörr*, ZUM 1997, 337 (364 f.); *ders./Janik/Zorn*, Zugang, 67 f.; *Wille/Hecke*, ZUM 1997, 240 (242 ff.); ferner OVG Bremen, ZUM 2000, 250 (259).

⁵¹⁰ Zur Bedeutung der Art. 101 ff. AEUV (ex-Art. 81 ff. EGV) vgl. etwa *Dörr/Janik/Zorn*, Zugang, 81; *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 126 ff.

⁵¹¹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, ABl. EG Nr. C 115 v. 9.5.2008, 47.

⁵¹² Vgl. EuGH, Slg. 1974, 409 (428 f.); Slg. 1980, 833; Slg. 1988, 2085 (2138 f.); Slg. 1991, I-2925; Slg. 1991, I-4007; Slg. 1991, I-4069; Slg. 1992, I-6757; Slg. 1994, I-4795; aus jüngerer Zeit Slg. 2007, I-11135 (11163).

⁵¹³ Vgl. *Schoch*, VVDStRL 57 (1998), 158 (184); *Tettenborn*, EuZW 1997, 462 (463). Auf die deutsche Diktion übertragen sind damit Telemedien gemeint.

i. Dienstleistungsfreiheit und nationale Kabelbelegungsvorschriften

Handelt es sich beim Angebot von Rundfunk und Telemedien um Dienstleistungen, gilt auch für diese, dass es den Mitgliedstaaten grundsätzlich untersagt ist, den freien Dienstleistungsverkehr durch offene oder verdeckte Diskriminierungen (Gebot der Inländergleichbehandlung) oder Maßnahmen gleicher Wirkung zu beschränken. Bei letzteren handelt es sich in Anlehnung an die zur Warenverkehrsfreiheit entwickelte *Dassonville*-Formel des EuGH um im Hinblick auf die Staatsangehörigkeit unterschiedslos wirkende Maßnahmen, die „*geeignet sind, die Tätigkeit eines Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedsstaat ansässig ist und dort rechtmäßig Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern*“ . Die Gemeinschaftsorgane sind dementsprechend dazu berufen, entsprechende mitgliedstaatliche Maßnahmen mit einer solchen Wirkung zu unterbinden, während die Mitgliedstaaten ihrerseits verpflichtet sind, Beschränkungen des (Rundfunks-) Dienstleistungsverkehrs gar nicht erst zu erlassen, diese jedoch zumindest aufzuheben. Zur Vermeidung von Friktionen mit der fehlenden Regelungskompetenz der Union im Bereich Kultur, hat beides vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Zielsetzung der Dienstleistungsfreiheit zu erfolgen, die sich mit der Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes bzw. im vorliegenden Zusammenhang eines gemeinsamen Rundfunkmarktes zusammenfassen lässt (Prinzip der nichtkulturellen Interpretation). Denn bereits aus Art. 167 Abs. 4 AEUV⁵¹⁴ lässt sich unzweideutig folgern, dass der Union keinerlei kulturpolitische Kompetenz zusteht, diese vielmehr vollumfänglich bei den Mitgliedsstaaten verbleibt. Dies bedeutet allerdings nicht, dass eine unionsrechtliche Regelung nur deshalb unzulässig ist, weil sie auch Auswirkungen in kulturpolitischer Hinsicht zeitigt.⁵¹⁵

Den Rundfunkveranstaltern und Telemedienanbietern steht mithin grundsätzlich ein aus der Dienstleistungsfreiheit folgender, gemeinschaftsweiter Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu den Übertragungskapazitäten zu. Nationale Kabelbelegungsvorschriften können eine Beeinträchtigung dieser Rechtsposition darstellen.⁵¹⁶ Dies könnte im Falle von Telemedien etwa dann gelten, wenn nationale Belegungsvorgaben dazu führen, dass die diesen zur Verfügung stehende Übertragungskapazität begrenzt ist.⁵¹⁷

⁵¹⁴ Vgl. dazu unten (Kap. 4, B.IV.2.b.i.).

⁵¹⁵ Dementsprechend hat die Kommission im Rahmen eines – mittlerweile eingestellten – Vertragsverletzungsverfahrens wegen deutscher Kabelrangfolgeregelungen nicht geprüft, ob solche Regelungen, die im Inland veranstaltete Programme bei der Kabelbelegung privilegieren, aus Gründen der Meinungsvielfalt gerechtfertigt sein könnten. Vgl. dazu *Schippan*, ZUM 1998, 617 ff.

⁵¹⁶ Vgl. EuGH, Slg. 2007, I-11135 (11163 f.); zuletzt EuGH, ZUM 2011, 488 (491); ausführlich *Dörr/Charissé*, AfP 1999, 18 ff.

⁵¹⁷ Vgl. *Jüngling*, Fernsehkabelnetz, 192.

ii. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit

Aus dem Beschränkungsverbot des Art. 56 AEUV darf indes nicht der voreilige Schluss gezogen werden, dass sämtliche mitgliedstaatlichen Vorschriften europarechtswidrig sind, die geeignet sind, grenzüberschreitende Dienstleistungen im Rundfunkbereich zu behindern. Vielmehr besteht, ähnlich wie im Falle der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen, die Möglichkeit, dass es sich um gerechtfertigte Beeinträchtigungen handelt. Hinsichtlich der in Betracht kommenden Rechtfertigungsgründe ist sodann danach zu differenzieren, ob eine offene Diskriminierung, eine verdeckte Diskriminierung oder eine Maßnahme gleicher Wirkung vorliegt.

Nach Art. 52 Abs. 1 AEUV, der aufgrund der Verweisung des Art. 62 AEUV auch auf die Dienstleistungsfreiheit Anwendung findet, sind offen diskriminierende Maßnahmen gerechtfertigt, wenn sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit getroffen werden. Ob es sich bei Gründen der Pluralismussicherung im Rundfunk, die teilweise unter dem Sammelbegriff „kulturpolitischer Interessen“ zusammengefasst werden, um solche der öffentlichen Ordnung handelt, wurde vom EuGH in der Entscheidung *Kommission/Belgien*⁵¹⁸ verneint. In der Literatur wird diese Frage unterschiedlich beurteilt. Die besseren Gründe sprechen dafür, den Gesichtspunkt der Gewährleistung von Meinungsvielfalt jedenfalls nicht per se als Aspekt der öffentlichen Ordnung auszuschließen. Für diese Sichtweise lässt sich zunächst die Wertung des Art. 167 AEUV heranziehen, der die Berücksichtigung kultureller Besonderheiten der Mitgliedsstaaten ausdrücklich hervorhebt. Konsequenterweise darf dann aber die Pluralismussicherung nicht als Rechtfertigungsvorwand für Maßnahmen mit eigentlich wirtschaftlicher Zielsetzung „missbraucht“ werden. Auch die Wertung des unionsrechtlich zu berücksichtigenden Art. 10 EMRK spricht dafür, die Gewährleistung von Meinungsvielfalt als einen im Grundsatz anzuerkennenden Aspekt der öffentlichen Ordnung anzusehen. Schließlich begründet auch der Schutz nationaler Grundrechte einen Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung, sofern das jeweilige Grundrecht – was durch Art. 10 EMRK in Verbindung mit Art. 6 Abs. 3 EUV auf die Rundfunkfreiheit zutrifft – auch unionsrechtlich anerkannt ist.

Maßnahmen gleicher Wirkung als ungeschriebener Fall einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit sowie verdeckte Diskriminierungen lassen sich demgegenüber auch durch sonstige „zwingenden Gründe des Gemeinwohls“ rechtfertigen.⁵¹⁹ Die aus diesen Gründen getroffenen Maßnahmen müssen geeignet, erforderlich und angemessen sein, mithin dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen. Einen solchen zwingenden Grund des Allgemein-

⁵¹⁸ EuGH, Slg. 1992, I-6757.

⁵¹⁹ EuGH, Slg. 1997, I-3091 (3120); Slg. 1999, I-7599 (7637); 2007, I-11135 (11167).

wohls stellt auch die kulturpolitisch motivierte Erhaltung einer pluralistischen Medienordnung dar.⁵²⁰ Dies gilt insbesondere aufgrund der Wertung des Art. 10 EMRK, dem im Rahmen der Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten besonderes Gewicht zukommt. Auch die Kommission hat im Zusammenhang mit den analogen Kabelbelegungsregeln der Länder ausdrücklich anerkannt, dass es sich bei der Aufrechterhaltung einer pluralistischen Medienordnung um ein entsprechendes Allgemeininteresse handelt.⁵²¹ Nicht ausreichend im Sinne einer Rechtfertigung ist allerdings auch hier, dass ein kulturpolitisches Motiv nur vorgeschoben wird, während mit der Maßnahme tatsächlich wirtschaftliche Zielsetzungen verfolgt werden.

iii. Anwendung auf Übertragungsverpflichtungen

In seiner Entscheidung *United Pan-Europe Communications Belgium*⁵²² hat der EuGH rundfunkrechtliche Must-Carry-Vorschriften als zulässig erachtet, sofern deren Anwendung einem transparenten Verfahren unterliegt.⁵²³ Zwar komme den Mitgliedsstaaten bei der Implementierung von Vorgaben zur Pluralismussicherung ein weiter Entscheidungsspielraum zu⁵²⁴, gleichwohl müsse den Rundfunkveranstaltern bereits im Vorfeld erkennbar sein, unter welchen Umständen sie in den Genuss eines Übertragungsprivilegs gelangen. Auch dürfe der Must-Carry-Status nicht per se sämtlichen Programmen eines (privaten) Veranstalters zugesprochen werden, sondern vielmehr nur solchen, deren Gesamtprogramminhalt zur Erreichung des Pluralismusziels geeignet erscheint. Quantitativ dürfe die Anzahl der Must-Carry-Kanäle nicht offensichtlich über dasjenige hinausgehen, was zur Erreichung des Pluralismusziels notwendig ist. Schließlich dürften die für die Erreichung des Must-Carry-Status maßgeblichen Kriterien nicht diskriminierend wirken.

⁵²⁰ EuGH, Slg. 1991, I-4007 (4043); Slg. 1993, I-487 (518 f.); Slg. 1994, I-4795 (4832); vgl. dazu *Dörr/Charissé*, ZUM 1999, 18 (21 f.).

⁵²¹ Vgl. dazu *Schippan*, ZUM 1998, 617 (621).

⁵²² EuGH, Slg. 2007, I-11135; vgl. dazu *Schmittmann*, AfP 2008, 46 ff.

⁵²³ Von der Frage der unionsrechtlichen Zulässigkeit einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit unter Pluralismusgesichtspunkten ist die Frage zu unterscheiden, ob die Unionsorgane selbst vielfaltssichernde Regelungen, bspw. Kabelbelegungsregelungen erlassen könnte. Dies ist vor dem Hintergrund des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung und des fehlenden Kompetenztitels zu verneinen; im Übrigen weist Art. 167 Abs. 4 AEUV Maßnahmen mit kulturpolitischem Substrat ausdrücklich den Mitgliedstaaten zu. Vgl. zum Streitstand *Roider*, Perspektiven, 233 ff. Hiergegen verstößt auch Art. 31 der Universaldienstrichtlinie (hierzu sogleich unter 2.a.i.) nicht, da dieser keine unionsrechtlichen Kabelbelegungsregeln enthält, sondern eine Ermächtigung an die Mitgliedstaaten, solche Regelungen zu erlassen, die sich sodann aber innerhalb der – wirtschaftspolitisch konnotierten – Grenzen der Vorgaben der Vorschrift zu bewegen haben.

⁵²⁴ Vgl. dazu *Dörr/Charissé*, AfP 1999, 18 (22).

iv. Zwischenergebnis

Das europäische Primärrecht steht nationalstaatlichen Kabelbelegungsvorgaben nicht entgegen, sofern deren Durchführung in verhältnismäßigem Umfang der Aufrechterhaltung eines pluralistischen Gesamtrundfunkangebots dient, einem transparenten Verfahren unterliegt sowie auf objektiven, nicht diskriminierenden sowie bestimmten Kriterien beruht. Zwar kommt den Mitgliedsstaaten grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum bei der Implementierung pluralismussichernder Regelungen zu. Gleichwohl müssen die Rundfunkveranstalter und Telemedienanbieter aber im Voraus erkennen können, wie und unter welchen Umständen sie in den Genuss von Übertragungsverpflichtungen gelangen.

2. Die Vorgaben des Sekundärrechts

a. Die Rahmen- und Universaldienstrichtlinie

Während sich die Fernsehrichtlinie und ihr nachfolgend die AVMD-Richtlinie auf inhaltliche Fragen der Rundfunkübertragung beziehen, betrifft die Universaldienstrichtlinie (UDRL)⁵²⁵ den technischen Aspekt der Verbreitung dieser Inhalte. Zusammen mit weiteren Richtlinien⁵²⁶, deren nähere Betrachtung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, ergänzt die Universaldienstrichtlinie als Teil eines Telekom-Reformpakets die sog. Rahmenrichtlinie, mit der ein neuer, technologieneutraler Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste geschaffen werden sollte. Dieses Richtlinienpaket beschränkt sich in seinem Anwendungsbereich nicht mehr auf klassische Telekommunikationsnetze wie das schmalbandige Telefonnetz, sondern trägt der sog. Konvergenz der Netze Rechnung, indem es sämtliche Netze im Bereich der elektronischen Kommunikation erfasst. Als ein „elektronisches Kommunikationsnetz“ im Sinne von Art. 2 lit. a) der Richtlinie gilt daher auch das Breitbandkabelnetz.

Ausdrücklich nicht Gegenstand des Richtlinienpakets sind die über diese Netze übertragenen Inhalte⁵²⁷, also Rundfunkprogramme und sonstige Dienste, vielmehr bleiben sämtliche Maßnahmen auf Unions- oder Mitgliedsstaatenebene zur kulturellen Förderung und der Sicherstellung von Meinungsvielfalt unberührt, wobei trotz der getrennten Regulierung von Netz und Inhalt den Verbindungen beider Aspekte Rechnung getragen werden soll, insbeson-

⁵²⁵ Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten (zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndRL 2009/136/EG vom 25. 11. 2009 [ABl. Nr. L 337, 11]).

⁵²⁶ Zugangsrichtlinie (2002/19/EG); Datenschutzrichtlinie (2002/58/EG); Genehmigungsrichtlinie (2002/20/EG).

⁵²⁷ Erwägungsgrund Nr. 5 der Rahmenrichtlinie; vgl. auch *Schulz/Leopoldt*, K&R 2000, 439.

dere zur Gewährleistung medialer und kultureller Vielfalt. Neben dem augenscheinlichen Ziel einer Vereinheitlichung des Rechtsrahmens für Kommunikationsnetze, besteht das Kernanliegen der Richtlinien in der Schaffung von Wettbewerb, indem etwa ein diskriminierungsfreier Zugang zu notwendigen technischen Dienstleistungen, wie etwa EPGs sichergestellt werden muss.

i. Art. 31 UDRL

Der UDRL kommt im Rahmen dieser Arbeit besondere Bedeutung zu. Unter einem Universaldienst ist nach Art. 2 lit. j) der Rahmenrichtlinie⁵²⁸ ein in der Universaldienstrichtlinie definiertes Mindestangebot an Diensten von bestimmter Qualität zu verstehen, das allen Nutzern unabhängig von ihrem Standort und, gemessen an den landesspezifischen Bedingungen, zu einem erschwinglichen Preis zu Verfügung steht. Wesentlich interessanter als diese abstrakte Begriffsbestimmung ist die Regelung des Art. 31 der Universaldienstrichtlinie. Dieser betrifft die Frage, ob und in welchem Umfang die Mitgliedsstaaten einem Netzbetreiber Übertragungspflichten auferlegen können.

War die Zulässigkeit von Belegungsregeln für Breitbandkabelnetze zunächst nicht Gegenstand einer umfassenden europarechtlichen Harmonisierung, ist im Zuge des TK-Richtlinienpakets mit Art. 31 UDRL eine sekundärrechtliche Regelung eingeführt worden, welche die Auferlegung von Übertragungspflichten gegenüber Kommunikationsnetzbetreibern betrifft.⁵²⁹ Obgleich das Regulierungskonzept des Richtlinienpakets, gerade keine Regelung der inhaltlichen Aspekte vorzunehmen, vielmehr sämtliche Maßnahmen auf Unions- oder Mitgliedstaatenebene zur kulturellen Förderung und der Sicherstellung von Meinungsvielfalt unberührt bleiben sollten⁵³⁰, lässt sich ein Inhaltsbezug von Art. 31 UDRL nicht leugnen.⁵³¹ Durch diese Durchbrechung der grundsätzlich getrennten Regulierung von Netz und Inhalten soll den Verbindungen zwischen beiden Aspekten Rechnung getragen werden.⁵³² Nach Art. 31 können die Mitgliedstaaten

⁵²⁸ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste.

⁵²⁹ Weitere Vorgaben hinsichtlich des Zugangs zu Kabelfernsehnetzen enthält die Zugangsrichtlinie; vgl. dazu etwa *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 29 f.

⁵³⁰ Erwägungsgrund Nr. 5 der Rahmenrichtlinie; vgl. auch *Schulz/Leopoldt*, K&R 2000, 439.

⁵³¹ Vgl. v. *Bonin*, K&R 2002, 565 (570), der von einem „Fremdkörper“ spricht.

⁵³² Vgl. *Rößner*, K&R 2009, 253; VG Berlin, MMR 2006, 187 (188); zur Interdependenz der Regulierung von Inhalt und Übertragung vgl. auch *Gounalakis*, K&R 2003, 49 (50); *Oster*, in: Hoeren/Sieber HB Multimedia-Recht, Teil 4, Rn. 23.

„zur Übertragung bestimmter Hör- und Fernseh Rundfunkkanäle und ergänzender, insbesondere zugangserleichternder Dienste, die behinderten Endnutzern einen angemessenen Zugang ermöglichen, den ihrer Rechts hoheit unterliegenden Unternehmen, die für die öffentliche Verbreitung von Hörfunk- und Fernseh Rundfunkkanälen genutzte elektronische Kommunikationsnetze betreiben, zumutbare Übertragungspflichten auferlegen, wenn eine erhebliche Zahl von Endnutzern diese Netze als Hauptmittel zum Empfang von Hörfunk- und Fernseh Rundfunkkanälen nutzt“.

Einschränkend formuliert die Richtlinie sodann:

„Solche Pflichten dürfen nur auferlegt werden, soweit sie zur Erreichung der von den einzelnen Mitgliedsstaaten ausdrücklich festgelegten Ziele von allgemeinem Interesse erforderlich sind, und sie müssen verhältnismäßig und transparent sein.“

Damit knüpft die Vorschrift an das Prüfungsprogramm an, welchem der EuGH bereits zuvor nationale Kabelbelegungsvorschriften aufgrund der primärrechtlichen Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit unterzogen hat.⁵³³ Diesen Anforderungen hat auch das Must-Carry-Modell der Plattformbelegung im RStV in europarechtlicher Hinsicht zu genügen, da es sich – jedenfalls bei der Plattform „Breitbandkabel“ – um ein Kommunikationsnetz handelt, welches von einer erheblichen Zahl von Endnutzern als Hauptempfangsmittel⁵³⁴ verwendet wird. Im Gegensatz zum EuGH, der ein entsprechendes Erfordernis vor dem Inkrafttreten der Universalienrichtlinie nicht kannte, lässt Art. 31 der Richtlinie Übertragungspflichten nämlich nur für Übertragungsnetze zu, die von einem erheblichen Teil von Endnutzern als Hauptmittel zum Empfang von Rundfunkangeboten genutzt werden. In seiner *Kabel-Deutschland-Entscheidung*⁵³⁵ hat der EuGH diese Voraussetzung für das deutsche Breitbandkabelnetz, an das laut der Vorlageentscheidung des VG Hannover⁵³⁶ zum damaligen Zeitpunkt 57 % der Haushalte angeschlossen waren und das damit das meistgenutzte Übertragungsmedium in Deutschland darstellt, für erfüllt angesehen. Richtigerweise hat der EuGH dabei – entgegen der missverständlichen Wendung, wonach *„das im Ausgangsverfahren betroffene analoge*

⁵³³ EuGH, ZUM 2011, 488 (491).

⁵³⁴ Für eine Substitution des Begriffs „Hauptmittel“ durch „öffentliches Kommunikationsnetz“ spricht sich *Wille*, ZUM 2007, 89 (95) aus.

⁵³⁵ EuGH, K&R 2009, 249 (250).

⁵³⁶ VG Hannover, ZUM-RD 2008, 43.

Kabelnetz die zuletzt genannte Voraussetzung (als Hauptmittel zum Rundfunkempfang für erhebliche Zahl von Endnutzern – der Verf.) *erfüllt*“ – nicht nach der Übertragungstechnik differenziert, sondern den Verbreitungsgrad des Kabelempfangs insgesamt herangezogen. Dafür, hinsichtlich dieser Voraussetzung nicht danach zu differenzieren, zu welchem Grad das in Rede stehende Netz analog oder digital genutzt wird, spricht bereits der Wortlaut des Art. 31 Universaldienstrichtlinie, der ebenfalls nicht an die Übertragungstechnik, sondern an das Übertragungsnetz anknüpft. Das Breitbandkabelnetz ist aber auch dann noch Breitbandkabelnetz, wenn es zur digitalen Signalübertragung eingesetzt wird. Auch Sinn und Zweck dieses Tatbestandsmerkmals, nämlich die Wahrung der Verhältnismäßigkeit, indem nur für nicht gänzlich unbedeutende Übertragungsnetze Belegungspflichten geschaffen werden dürfen, erfordert keine Differenzierung nach der Übertragungstechnik.⁵³⁷

ii. Zulässigkeit der Vollbelegung des analogen Kabels

Angesichts der quantitativen Vorgaben des EuGH, die in Art. 31 UDRL über die Tatbestandsmerkmale Bestimmtheit, Zumutbarkeit sowie Verhältnismäßigkeit aufgegriffen worden sind, wonach sich die Übertragungspflichten zulasten eines Netzbetreibers auf das zur Erreichung des Pluralismusziels notwendige zu beschränken haben, war erwartet worden, der EuGH würde zu dem Ergebnis gelangen, die sich im Ergebnis als Vollbelegung des analogen Breitbandkabelnetzes darstellende Kabelbelegungspraxis in Niedersachsen, sei europarechtswidrig.⁵³⁸ Der EuGH kam jedoch zu dem gegenteiligen Ergebnis, wonach Art. 31 UDRL einer Vollbelegung des analogen Kabels nicht entgegenstehe. So folge aus dem Erfordernis der Bestimmtheit der privilegierten Programme keine quantitative Voraussetzung für die Zulässigkeit von Übertragungspflichten.⁵³⁹ Im Hinblick auf Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit einer Vollbelegung des analogen Kabels sei zudem zu berücksichtigen, dass es dem Kabelnetzbetreiber freistehe, zur weniger intensiv reglementierten digitalen Übertragung zu wech-

⁵³⁷ Kritisch wohl v. *Bonin*, K&R 2002, 565 (570); zu den sog. Kleinstnetzen vgl. bereits oben (Kap. 3, A.II.).

⁵³⁸ *Schmittmann*, AfP 2008, 46; für Europarechtswidrigkeit auch *Dörr/Volkmann*, Kabelbelegungsregelungen, 57; kritisch auch *Charissé*, ZUM 2003, 706 (707); *Gersdorf*, Grundzüge, 212; offenlassend *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 160 f.; demgegenüber für eine unionsrechtliche Zulässigkeit einer Kabelvollbelegung VG Berlin, MMR 2006, 187 (189 ff.) mit ablehnender Anmerkung v. *Reinersdorff*, 192.

⁵³⁹ EuGH, K&R 2009, 249 (250); vgl. zu diesem Tatbestandsmerkmal auch EuGH, ZUM 2011, 488 (493); ähnlicher Ansicht war bereits zuvor auch schon die Kommission, Arbeitspapier v. 14.07.2002, 11; zustimmend *Schmittmann/Kempermann*, AfP 2009, 31 (32).

seln⁵⁴⁰ sowie ein angemessenes Entgelt für die Übertragung der Pflichtprogramme zu erheben.⁵⁴¹

Darüber hinaus hat der EuGH unter Verweis auf sein *Mediakabel*-Urteil⁵⁴² ausdrücklich festgehalten, dass auch Telemedien in den Kreis der Begünstigten des Art. 31 UDRL fallen können. Diesbezüglich ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich wie gesehen seither ein grundlegend anderes Verständnis des Begriffs Telemedien durchgesetzt hat. Während hierunter zu Zeiten der Entscheidungen des EuGH auch lineare Angebote wie Teleshopping-Kanäle verstanden wurden⁵⁴³, die Abgrenzung zum Rundfunk also inhaltlich aufgrund der Meinungsbildungsrelevanz erfolgte, unterfallen dem Telemedienbegriff neuerdings in erster Linie nicht-lineare Angebote. Die inhaltliche ist einer primär technisch konnotierten Abgrenzung gewichen. Auch das Unionsrecht, namentlich die AVMD-Richtlinie differenziert regelungstechnisch zwischen Fernsehprogrammen und Mediendiensten auf Abruf und damit entlang der Linearität. Überträgt man die Argumentation des EuGH in der Entscheidung *Kabel Deutschland* auf dieses veränderte Begriffsverständnis, so unterfielen Telemedien nicht mehr dem Kreis der möglichen Privilegierten nach Art. 31 UDRL. Denn der EuGH knüpft maßgeblich daran an, dass „dieselben Bilder gleichzeitig übertragen werden“, die Sendungen „zum Empfang durch die Allgemeinheit bestimmt“ sind.⁵⁴⁴ Mithin kommt es auch für Art. 31 UDRL darauf an, ob die Angebote linearer oder nicht-linearer Natur sind. Nur im ersten Fall käme eine auf Art. 31 UDRL gestützte Privilegierung in Betracht. Dieser Befund führt jedoch keineswegs dazu, dass nicht auch Telemedien mit einem Einspeiseprivileg versehen werden können. Dieses ließe sich alleine nicht auf Art. 31 UDRL stützen, es fehlt insoweit folglich an einer unionsweiten Harmonisierung, sodass entsprechende Vorgaben auf ihre Vereinbarkeit mit dem Primärrecht hin zu überprüfen wären. Denn eine Rechtfertigung solcher Maßnahmen unter Berufung auf zwingende Gemeinwohlbelange kommt nur in Betracht, sofern in dem konkret betroffenen Bereich noch keine gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung stattgefunden hat.⁵⁴⁵ Sind die nationalen Rechtsvorschriften hingegen bereits aufgrund einer Richtlinie in Übereinstimmung miteinander gebracht, entsprechen sie dem unionsrechtlich erforderlichen Mindeststandard und tragen dem Allgemeininteresse in ausreichendem Maße Rechnung.

⁵⁴⁰ Kritisch *Rößner*, K&R 2009, 253 (254); zum entsprechenden Widmungsrecht s. unten (Kap. 3, B.IV.2.).

⁵⁴¹ EuGH, K&R 2009, 249 (252). Gleichwohl gab der EuGH dem VG Hannover auf zu prüfen, ob sich die wirtschaftlichen Folgen der Kabelbelegung für den Netzbetreiber als unzumutbar erweisen.

⁵⁴² EuGH, Slg. 2005, I-4891.

⁵⁴³ In erster Linie auf diese bezog sich daher auch die Vorlagefrage des VG Hannover an den EuGH.

⁵⁴⁴ EuGH, K&R 2009, 249 (253).

⁵⁴⁵ Vgl. EuGH, Slg. 1980, 833 (856 ff.); *Herdegen*, Europarecht, Rn. 977.

Die Rechtfertigung beschränkender Maßnahmen aus anderen Gründen des Allgemeininteresses kommt daher in diesem Fall nicht in Betracht.⁵⁴⁶

iii. Übertragbarkeit auf digitale Kabelbelegung

Zwar erging auch die Entscheidung in Sachen *Kabel Deutschland* wie erwähnt zum analogen Kabelbelegungsregime, gleichwohl lassen sich hieraus auch Erkenntnisse für den zulässigen Umfang von Übertragungspflichten im Falle digitaler Übertragung gewinnen. So ist im Wege eines Argument *a maiore ad minus* anzunehmen, dass, wenn schon eine hoheitliche Vollbelegung des Breitbandkabels als grundsätzlich mit den unionsrechtlichen Vorgaben übereinstimmend angesehen wird, dies erst recht für die wesentlich liberaleren Regelungen zur Belegung des digitalen Kabels gilt.⁵⁴⁷

b. Die Zugangsrichtlinie

Ebenfalls von Bedeutung für den Zugang unterschiedlicher Dienste zu einer Übertragungsinfrastruktur wie dem Kabelnetz ist die sog. Zugangsrichtlinie⁵⁴⁸, die ebenfalls im Zusammenhang mit dem Richtlinienpaket um die Rahmenrichtlinie erlassen worden ist. In Ergänzung zu Art. 31 der Universaldienstrichtlinie hebt sie hervor, dass die Mitgliedsstaaten digitale Rundfunk- und Fernsehdienste festlegen können, zu denen dem Endnutzer von Rechts wegen Zugang zu gewährleisten ist.⁵⁴⁹ Dem liegt die zutreffende Überlegung zugrunde, dass auch im Zeitalter des digitalen Fernsehens Wettbewerbsregeln alleine nicht ausreichen, um kulturelle Vielfalt und Medienpluralismus sicherzustellen. Damit steht auch die Zugangsrichtlinie nationalen Must-Carry-Regelungen für die digitale Rundfunkübertragung nicht entgegen.

Mit Ausnahme entsprechender Must-Carry-Verpflichtungen („Unbeschadet des Artikels 31 der Richtlinie 2002/22/EG“) haben die Mitgliedsstaaten allerdings solche Vorschriften aufzuheben, mit denen Netzbetreiber verpflichtet werden, u. a. bei der Zugangsgewährung verschiedenen Unternehmen unterschiedliche Bedingungen für gleichwertige Dienste anzubieten. Außerhalb zulässiger Must-Carry-Regelungen haben die Netzbetreiber folglich für gleichwer-

⁵⁴⁶ Vgl. dazu *Greissinger*, Vorgaben des EG-Vertrages, 68.

⁵⁴⁷ In diese Richtung auch *Schmitt/Kempermann*, AfP 2009, 31 (33); *Rößner*, K&R 2009, 253 (255); OVG Rheinland-Pfalz, ZUM 2003, 704 (706).

⁵⁴⁸ Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung, ABl. EG Nr. L 108 v. 24.04.2002, 7.

⁵⁴⁹ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 10.

tige Dienste einen diskriminierungsfreien Zugang zu gewährleisten. Damit nimmt die Zugangsrichtlinie den wesentlichen Grundgedanken der Fernschnormen-Richtlinie⁵⁵⁰ auf, die einen ersten Rechtsrahmen für den Zugang zu für die Veranstaltung von digitalem Fernsehen notwendigen Dienstleistungen geschaffen hatte. Dieser Grundgedanke besteht in der Verpflichtung der Anbieter solcher Dienstleistungen, den Zugang zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen zu gewährleisten.

3. Zusammenfassung

Sowohl das europäische Primär- als auch das Sekundärrecht lassen den Mitgliedsstaaten erhebliche Freiräume bei der Implementierung von Kabelbelegungsvorgaben. Diese können sich zwar als Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit darstellen, sie lassen sich jedoch, sofern zur Aufrechterhaltung eines pluralistischen Kabel- bzw. Plattformangebots erforderlich, rechtfertigen. Mittlerweile existiert mit Art. 31 UDRL eine ausdrückliche Regelung, die Zulässigkeit und Grenzen einer Beschränkung der Kabelbelegungshoheit des Kabelnetzbetreibers unionsweit harmonisiert. Zwar enthält diese Regelung keine Belegungsvorgaben für nicht-lineare Dienste wie Telemedien, doch auch zugunsten solcher Angebote sind Übertragungspflichten denkbar, sofern sie sich aufgrund von Pluralismuserwägungen als notwendig darstellen. Während das Unionsrecht folglich Zulässigkeit und Grenzen mitgliedstaatlicher Must-Carry-Vorgaben steuert, fehlt den Unionsorganen eine Kompetenz zum Erlass eigener Übertragungspflichten. Dies folgt aus den binnenmarktbezogenen Kompetenzzuweisungen an die Unionsorgane, die kulturpolitische Maßnahmen wie pluralismussichernde Belegungsvorgaben nicht umfassen. Folglich finden sich solche auch weder in der AVMD-Richtlinie noch im TK-Richtlinienpaket.

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben bei der Ausgestaltung der Plattformbelegung

Dem Breitbandkabel ebenso wie den komplementären Übertragungswegen für audiovisuelle Inhalte kommt im verfassungsrechtlich geschützten kommunikativen Meinungsbildungsprozess in doppelter Hinsicht eine tragende Rolle zu. Einerseits bedürfen meinungsbildende, massenmediale Inhalte der tatsächlichen Verbreitung, damit sie überhaupt Relevanz innerhalb des Meinungsbildungsprozesses entfalten können. Aus der Perspektive der Rundfunkveranstalter erweist sich ein tatsächlicher Zugang zu den Übertragungswegen daher als essentiell.

⁵⁵⁰ Richtlinie 95/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 über die Anwendung von Normen für die Übertragung von Fernsehsignalen, ABl. EG Nr. L 281 v. 23.11.1995, 51.

Andererseits bestimmt das Angebot auf dem jeweiligen Übertragungsweg auch darüber, auf welche Inhalte die Rezipienten zum Zwecke ihrer persönlichen Meinungsbildung zugreifen können.

Aus diesem Grund hat es das Bundesverfassungsgericht bislang für nicht möglich erachtet, den Zugang der Inhalteanbieter zu den Verbreitungsinfrastrukturen alleine dem Wettbewerbsrecht zu überantworten, sondern – ausgehend von einer dienenden Funktion der Telekommunikation gegenüber dem für die Meinungsbildung eminent wichtigen Rundfunk⁵⁵¹ – zusätzliche Vorkehrungen in der Form eines privilegierten Zugangs der Rundfunkveranstalter zu den Übertragungsinfrastrukturen, allen voran dem Breitbandkabel, für nötig erachtet. Dies bedeutet für die Frage der Plattform- bzw. Kabelbelegung das Aufeinandertreffen zweier diametral gegensätzlicher Systeme: der verbreitungstechnisch orientierten, inhaltsneutralen Telekommunikationsordnung einerseits sowie der inhaltspezifischen, gleichwohl verbreitungstechnisch relevanten Rundfunkordnung andererseits; es kommt zum Aufeinandertreffen von Netzbetreiberfreiheit einerseits und hoheitlichen Belegungsvorgaben andererseits.⁵⁵² Während das Wettbewerbsrecht, allen voran das TKG, vom Grundsatz der freizügigen Nutzung der Kabelkapazitäten ausgeht⁵⁵³ und auf das Ergebnis des „freien Spiels der Kräfte“ baut, setzt das Rundfunkrecht dort an, wo Ergebnisse gewünscht sind, die nicht alleine durch die Kräfte des Marktes garantiert werden, weil sie nicht wirtschaftlicher Entscheidungsrationalität entsprechen.

Bevor im Einzelnen darauf eingegangen wird, wie das Rundfunkrecht in der Gestalt der Plattformbelegung des § 52b RStV ausgestaltet ist, um diese im gesamtgesellschaftlichen Interesse verfassungsrechtlich geforderten Ergebnisse zu erreichen, sollen zunächst die hierbei geltenden grundgesetzlichen Rahmenbedingungen erläutert werden. Dabei beschränkt sich diese Erläuterung im vorliegenden Kapitel vornehmlich auf die Rechtspositionen der Kabelnetzbetreiber, denen die Rundfunkfreiheit nach Lesart des Bundesverfassungsgerichts gegenübersteht. Es geht mithin um die grundlegende Frage des Erfordernisses und der Zulässigkeit von Belegungsregeln („ob“), nicht hingegen deren konkrete Ausgestaltung („wie“), insbesondere das Verhältnis von Rundfunk und Telemedien hierbei. Letzteres soll vielmehr im anschließenden Kapitel einer ausführlichen Untersuchung zugeführt werden.

⁵⁵¹ BVerfGE 12, 205 (227); dazu *Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f, Rn. 78.; s. bereits oben (Kap. 2, B.I.).

⁵⁵² Vgl. dazu *Gersdorf*, AfP 1997, 424 ff.; *Schütz*, MMR-Beil. 2/2001, 20 ff.

⁵⁵³ Vgl. oben (Kap. 3).

1. Die verfassungsrechtlichen Positionen der Plattform- bzw. Kabelnetzbetreiber

Die Kabelnetzbetreiber können sich bei der Nutzung ihrer Netze durch deren Belegung mit Programmen und Diensten zunächst insbesondere auf die Wirtschaftsfreiheiten, namentlich die Eigentums- sowie die Berufsfreiheit stützen. Daneben rückt auch die Rundfunkfreiheit zunehmend in den Fokus des Interesses.

a. Die Wirtschaftsfreiheiten (Art. 12, 14 GG)

Die Anwendbarkeit der Wirtschaftsgrundrechte auf die Tätigkeit der Kabelnetzbetreiber ist kein Umstand, der die verfassungsrechtliche Situation der Breitbandkabelkommunikation von Beginn an prägte. Diese war vielmehr in ihren Anfangsjahren aufgrund der damaligen Fassung des Art. 87 Abs. 1 GG⁵⁵⁴ durch ein staatliches Monopol an den Netzinfrastrukturen gekennzeichnet.⁵⁵⁵ Die Deutsche Bundespost als Betreiberin der Breitbandkabelnetze konnte sich aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Organisationsform nicht auf die Wirtschaftsgrundrechte berufen.⁵⁵⁶ Erst durch die Postreform II wurde die Telekommunikation in die Privatwirtschaftlichkeit überführt (Art. 87f Abs. 2 GG), was zumindest dem Grundsatz nach auch die Einschlägigkeit der Wirtschaftsgrundrechte nach sich zog. Spätestens jedoch seit der sukzessiv erfolgten Veräußerung der vormaligen Kabelregionalgesellschaften durch die DTAG sowie der Reduzierung der staatlichen Beteiligung an dieser⁵⁵⁷, wird die Anwendbarkeit der Grundrechte auf die Netzbetreiber nicht mehr in Frage gestellt.⁵⁵⁸ Seither begründen die Eigentums- sowie die Berufsfreiheit grundrechtlich geschützte Freiheitsverbürgungen zugunsten ihrer wirtschaftlich orientierten Tätigkeiten, welche die Kabelnetzbetreiber der hoheitlichen Inanspruchnahme durch bzw. aufgrund von gesetzlichen Belegungsvorgaben entgegenhalten können.

i. Art. 14 GG: Schutz des Netzeigentums

Im Zentrum der Freiheitsverbürgung des Art. 14 GG steht der Schutz des Sacheigentums in seiner zivilrechtlichen Ausgestaltung.⁵⁵⁹ Umfasst wird von diesem Schutz neben dem blo-

⁵⁵⁴ Vgl. dazu *Cannivé*, *Infrastrukturgewährleistung*, 32 ff.

⁵⁵⁵ Vgl. hierzu *Freund*, *Infrastrukturgewährleistung*, 14 ff.

⁵⁵⁶ Juristische Personen des öffentlichen Rechts können so zwar Eigentümer sein, sind gleichwohl jedoch keine Grundrechtsträger der Verbürgung aus Art. 14 GG; vgl. dazu *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 14, Rn. 8.

⁵⁵⁷ Vgl. dazu *Bauer*, *Netz und Nutzung*, 113.

⁵⁵⁸ Vgl. nur *Dörr*, ZUM 1997, 337 (368); zur Situation vor diesen Entwicklungen vgl. *Gersdorf*, *Regelungskompetenzen*, 69 ff.; *Thierfelder*, 38 ff.

⁵⁵⁹ BVerfGE 70, 191 (199); 58, 300 (335 f.); *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 14, Rn. 11; zur Aufgabe des Gesetzgebers, Inhalt und Umfang des Sacheigentums auszugestalten: BVerfGE 31, 229 (240).

Ben Innehaben einer eigentumsrechtlichen Position auch und gerade deren Nutzung.⁵⁶⁰ Vermittelt durch die einfachgesetzliche Befugnis des § 903 BGB ist der Kabelnetzbetreiber somit grundsätzlich berechtigt, mit seinem Netzeigentum nach Belieben zu Verfahren.⁵⁶¹ Ebenso steht es ihm frei, andere von der Nutzung seines Eigentums auszuschließen.⁵⁶² Der Netzbetreiber – als juristische Person des Privatrechts qua Art. 19 Abs. 3 GG – ist qua Art. 14 GG somit grundsätzlich befugt, die Übertragungskapazitäten im freien wirtschaftlichen Ermessen für bestimmte Nutzungszwecke zu dedizieren.⁵⁶³ Gleiches gilt für die vorrangige Belegung mit eigenen oder ihm zurechenbaren Programmen sowie etwaigen Einspeiseverweigerungen gegenüber Drittanbietern.

Hingegen wird auch die Eigentumsfreiheit des Grundgesetzes nicht schrankenlos gewährleistet, sondern erfährt Einschränkungen einerseits durch das Rechtsinstitut der Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG) sowie andererseits durch gesetzliche Inhalts- und Schrankenbestimmungen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG).⁵⁶⁴ Während es sich bei den in Rede stehenden Kabelbelegungsregeln nach überwiegender Auffassung nicht um Enteignungen handelt, da die Netznutzung zwar beschränkt aber dennoch dem Netzbetreiber und nicht einem Dritten überlassen wird⁵⁶⁵, stellen sie doch zumindest Eigentumsbeschränkungen im Sinne von Inhaltsbestimmungen dar. Ihnen kann die Eingriffsqualität auch nicht mit dem Argument abgesprochen werden, sie ließen die Netzsubstanz unberührt. Denn wie gesehen beschränkt sich der Eigentumsschutz des Art. 14 GG gerade nicht auf den bloßen Erhalt der Eigentumssubstanz, sondern auch auf deren Nutzung.⁵⁶⁶ Nichts anderes folgt schließlich daraus, dass die Indienstellung des Breitbandkabels durch hoheitliche Belegungsregeln den Netzbetreiber nicht daran hindert, ein – im Hinblick auf dessen Angemessenheit reguliertes – Entgelt für die Nutzung seiner Infrastrukturen zu verlangen. Die Eigentumsnutzungsfreiheit beschränkt sich nicht auf

⁵⁶⁰ BVerfGE 31, 229 (241); 70, 191 (200), 100, 226 (241); *Badura*, in: Benda/Maihofer/Vogel, HdbVerfR, § 10, Rn. 38; zur Nutzungsbefugnis als „*Eigentumskern*“: *Ossenbühl*, Eigentumsschutz gegen Nutzungsbeschränkungen, in: Isensee/Lecheler, FS Leisner, 689 (699).

⁵⁶¹ Zum Eigentum der Kabelnetzbetreiber an den eigentlichen Kabelnetzen als bloße Scheinbestandteile der Grundstücke, auf denen sie verlegt sind vgl. *Bauer*, Netz und Nutzung, 111 mit Fn. 204.

⁵⁶² Vgl. *Papier*, BB 1997, 1213 (1215).

⁵⁶³ Vgl. *Gersdorf*, Zugang zu Kabelnetzen, 261; *ders.*, MMR-Beil. 6/2012, 1 (9); *Schütz*, MMR-Beil. 2/2001, 20 (20 f.); zu einem Widmungsrecht des Netzbetreibers vgl. unten Kap. 3 B.IV.2.

⁵⁶⁴ Nach h. M. ist strikt zwischen beiden Rechtsinstituten zu trennen, vgl. BVerfGE 100, 226 (239 f.); 83, 201 (211 f.); *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 14, Rn. 52 ff.

⁵⁶⁵ Ausführlich *Bauer*, Netz und Nutzung, 113 f.; vgl. auch *Jüngling*, Fernsehkabelnetz, 186. Etwas anderes könnte für die analoge Kabelbelegung gelten, wo teilweise eine hoheitliche Vollbelegung des Kabels vorgenommen wird. Dem soll hier aufgrund der Fokussierung dieser Arbeit auf die Belegung des digitalen Kabels nicht weiter nachgegangen werden. Für einen enteignenden bzw. enteignungsgleichen Charakter auch von Must-Carry-Regelungen spricht sich *Niewiarra*, AfP 1997, 766 (767) aus.

⁵⁶⁶ So auch *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang, 88 f.; *ders.*, Kabeleinspeisung von Programmbouquets, 40 f.; *Dörr*, ZUM 1997, 337 (369); *Bauer*, Netz und Nutzung, 117; OVG Bremen, ZUM 1997, 250 (257). Zur Gegenansicht vgl. OVG Berlin, OVG 20, 212 (215) zit. n. juris; OLG Hamburg, ZUM 1996, 85 (90).

einen bloßen Ertragsschutz, sondern weist ein darüber hinausgehendes, der Handlungsfreiheit entspringendes Moment tatsächlicher Verfügungsfreiheit auf⁵⁶⁷, welches durch die Belegungsvorgaben beschränkt wird.⁵⁶⁸

ii. Art. 12 GG: Schutz des unternehmerischen Netzbetriebs

Neben der Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG drängt im Zusammenhang mit dem privatwirtschaftlichen Netzbetrieb auch die Berufsfreiheit des Art. 12 GG auf Verwirklichung. Unter einem Beruf im Sinne des Art. 12 GG wird jede auf eine gewisse Dauer angelegte, dem Lebensunterhalt dienende Tätigkeit verstanden.⁵⁶⁹ Unter diese Definition lässt sich auch die unternehmerische Betätigung des Kabelnetzbetreibers subsumieren, wobei sich diese wiederum aus einer Vielzahl selbstständiger Handlungen, die für sich genommen dem Schutzbereich des Art. 12 GG unterfallen, zusammensetzt.⁵⁷⁰ Inhaltlich setzt sich die einheitlich als Berufsfreiheit bezeichnete Freiheitsverbürgung des Art. 12 GG aus den Komponenten der Berufswahl- sowie der Berufsausübungsfreiheit zusammen, wobei letztere Form, Mittel, Umfang und Inhalt der beruflichen Tätigkeit umfasst.⁵⁷¹ Durch die hoheitlichen Einspeisevorgaben werden die Netzbetreiber negativ in ihrer Berufsausübungsfreiheit betroffen, da ihnen in gewissem Maße staatlicherseits vorgeschrieben wird, in welcher Art und Weise sie ihre gewerbliche Tätigkeit ausüben haben, etwa – als Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit – mit wem sie Einspeiseverträge abzuschließen haben. Ihre unternehmerischen Spielräume werden dadurch signifikant verengt.

Daneben kommt der Berufsfreiheit aufgrund des von ihr ausgehenden Schutzes des freien Wettbewerbs auch eine wettbewerbsfördernde Bedeutung zu.⁵⁷² Die so verstandene Wettbewerbsfreiheit steht staatlicher Einflussnahme auf die Wettbewerbsverhältnisse grundsätzlich entgegen, da sich diese gerade als Ergebnis freiheitlicher Grundrechtsausübung darstellen.⁵⁷³ Sie wird durch Kabelbelegungsvorgaben beschränkt, deren Zweck explizit darin besteht, das Ergebnis der Kabelbelegung nicht (vollständig) dem freien Spiel der Kräfte, mit anderen

⁵⁶⁷ Gersdorf, Regelungskompetenzen, 70.

⁵⁶⁸ I. E. ebenso Schütz, MMR 1998, 11 (12 f.); ders., MMR-Beil. 2/2001, 20 f.; Weisser/Lübbert, K&R 2000, 274 (280); Irion/Schirnbacher, CR 2002, 61 (63); Wille, ZUM 2002, 261 (263); Hahne, Kabelbelegung, 62.

⁵⁶⁹ BVerfGE 102, 197 (212); 68, 272 (281); Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 8; vgl. im Zusammenhang mit der Rundfunkbetätigung auch BVerfGE 97, 228 (253).

⁵⁷⁰ Vgl. Bauer, Netz und Nutzung, 141 f., der hierzu die Auswahl eines Geschäftsmodells, die Dedizierung des Kabels und deren Umfang für einen Nutzungszweck sowie die Auswahl einzelner Programme rechnet.

⁵⁷¹ Vgl. dazu Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 37 f.; Wieland, in: Dreier, GG, Art. 12, Rn. 68.

⁵⁷² BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137 f.); vgl. dazu Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rn. 80, der die Wettbewerbsfreiheit allerdings aus dem Gewährleistungszusammenhang der Art. 12 und 14 GG ableitet (Rn. 136); im vorliegenden Zusammenhang dazu auch Thierfelder, Zugangsfragen, 40.

⁵⁷³ Vgl. BVerfGE 86, 28 (37); 82, 209 (223 f.).

Worten: dem Wettbewerb, zu überlassen, sondern unter pluralistischen Gesichtspunkten ein Programmangebot im Kabelnetz zu schaffen, welches den Anforderungen der Rundfunkfreiheit genügen soll.

b. Der Kabelnetzbetreiber als Träger der Rundfunkfreiheit

Neben den Wirtschaftsfreiheiten gewinnt im Zusammenhang mit dem Betrieb von Breitbandkabelnetzen zusehends die Rundfunkfreiheit an Bedeutung.⁵⁷⁴ Dabei bietet es sich an, diese Untersuchung differenzierend für die jeweiligen Geschäftsmodelle der Kabelnetzbetreiber vorzunehmen,⁵⁷⁵ da sich diese allen voran im Hinblick auf ihren inhaltlichen Bezug zur eigentlichen Rundfunkveranstaltung nicht unerheblich unterscheiden.

i. Das Transportmodell

Legt man der Untersuchung das traditionelle Geschäftsmodell der Kabelnetzbetreiber zugrunde, wonach sich deren Tätigkeit auf den reinen Signaltransport beschränkt, lässt sich un schwer der geringe inhaltliche Bezug der von den Netzbetreibern verrichteten Tätigkeit erkennen; sie beschränkt sich auf eine inhaltlich neutrale Weiterleitung der an die Einspeisepunkte gelieferten Signale. Eine solche Limitierung des Tätigkeitsbereichs ist dabei keine unternehmerische Entscheidung der Netzbetreiber, sondern typischerweise eine Folge besonders strenger Belegungsregeln. So verbleibt den Netzbetreibern im Falle umfangreicher (analoger) Belegungsvorgaben ebenso wie im Rahmen des (digitalen) Must-Carry-Bereichs, zumindest für diesen Übertragungsbereich, kein Belegungsspielraum.⁵⁷⁶

Dieser fehlende inhaltliche bzw. publizistische Auswahlspielraum könnte dafür sprechen, die nach dem reinen Transportmodell handelnden Netzbetreiber nicht in den Kreis der Träger

⁵⁷⁴ Das Konkurrenzverhältnis von Rundfunk- und Wirtschaftsfreiheiten ist umstritten. Während teilweise die Spezialität der Rundfunkfreiheit angenommen wird (so etwa *Degenhart*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 944), geht die herrschende Meinung von einer Idealkonkurrenz aus, wendet also Art. 5 Abs. 1 S. 2 sowie die Art. 12 und 14 GG grundsätzlich nebeneinander an (so *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 I, II, Rn. 245; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5, Rn. 115; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 142; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rn. 167). In der Praxis können beide Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, sofern man annimmt, rundfunkrechtliche Ausgestaltungsregeln unterliegen weniger strengen verfassungsrechtlichen Anforderungen als Eingriffsgesetze (vgl. dazu unten [Kap. 4, A.III.2.b.]). Angesichts der primär wirtschaftlich konnotierten Zielsetzung der Kabelnetzbetreiber erweist sich ein generelles Zurücktreten der Wirtschaftsfreiheiten als nicht sachgerecht; ebenso unter Heranziehung der Wertung des Art. 87f Abs. 2 GG *Bauer*, Netz und Nutzung, 107 f.

⁵⁷⁵ Vgl. hierzu ausführlich oben (Kap. 3, A.I.2.b.).

⁵⁷⁶ Vgl. *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 195.

der Rundfunkfreiheit aufzunehmen.⁵⁷⁷ Diese Sichtweise übersieht indes, dass eine Rundfunkbetätigung der Veranstalter ohne entsprechende Verbreitungsmöglichkeit leer liefe, die Verbreitung mithin einen wesentlichen Aspekt der Rundfunkfreiheit darstellt.⁵⁷⁸ Dem Netzbetreiber kommt eine bedeutsame Mittlerfunktion zwischen den Veranstaltern und dem Publikum zu.⁵⁷⁹ Diese Mittlerfunktion im Sinne eines Vertriebskanals rückt das Breitbandkabel bzw. dessen Betreiber bei funktionaler Betrachtung zudem in die Nähe des Pressegrossisten, dem das Bundesverfassungsgericht den Schutz der Pressefreiheit ausdrücklich zuerkannt hat.⁵⁸⁰ Damit sprechen gewichtige Gründe dafür, auch diejenigen Kabelnetzbetreiber in den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit einzubeziehen, die sich auf eine bloße Signalweiterleitung beschränken. Dies korrespondiert im Übrigen mit dem sachlichen Schutzbereich der Rundfunkfreiheit, der laut Bundesverfassungsgericht sämtliche Tätigkeiten von der Informationsbeschaffung bis zur *Verbreitung* der Nachricht erfasst.⁵⁸¹

Erst recht lässt sich nach den vorstehenden Erwägungen die Einschlägigkeit der Rundfunkfreiheit für solche Netzbetreiber bejahen, die eine der reinen Signalverbreitung vorgelagerte und diese somit ergänzende Auswahlentscheidung treffen.⁵⁸² Im Anwendungsbereich des Must-Carry-Modells bestehen solche Auswahlspielräume außerhalb des eigentlichen Must-Carry-Bereichs (Can-Carry- und Non-Must-Carry-Bereich), da dort die Kabelbelegung grundsätzlich unter eigener Regie des Netzbetreibers erfolgt. Teleologisch lässt sich diese Annahme mit der funktionalen Bedeutung der Rundfunkfreiheit für den Meinungsbildungsprozess belegen, da der Netzbetreiber in dem Moment, indem er sich für die Einspeisung eines Programms entscheidet, dergestalt auf den Meinungsbildungsprozess seiner Netzkunden Einfluss nimmt, als er festlegt, welche Programme sie sich hierzu bedienen können. Nicht zwingend erforderlich ist dabei, dass die Auswahlentscheidung inhaltsbezogen erfolgt. Viel-

⁵⁷⁷ So etwa *Jüngling*, Fernsehkabelnetz, 156, der insoweit konsequent annimmt, Must-Carry-Verpflichtungen stellten keine Beeinträchtigung der Rundfunkfreiheit der Netzbetreiber dar; ähnlich *Engel*, Kabelfernsehen, 57; *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang, 63 ff.

⁵⁷⁸ Vgl. dazu BVerfGE 57, 313 (327, 329); 73, 118 (197 f.); 83, 238 (319); *Herrmann*, Rundfunkrecht, § 17, Rn. 24; *Hoffmann-Riem*, in: Broda et al., FS Wassermann, 455 (467); *ders.*, AfP 1996, 9 (12).

⁵⁷⁹ So *Bethge*, DÖV 2002, 673 (674), der aus diesem Grund eine Erstreckung des persönlichen Schutzbereichs der Rundfunkfreiheit zur Diskussion stellt.

⁵⁸⁰ BVerfGE 77, 346 (354 f.); für eine Übertragung dieser Grundsätze auf den Kabelnetzbetreiber *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang, 69 ff.; *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 116; *Bauer*, Netz und Nutzung, 91 ff.; *Bullinger*, AfP 1997, 761 (762); *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 53 ff.; zweifelnd VG Bremen, ZUM-RD 1998, 463 (467); die Anwendbarkeit der Rundfunkfreiheit auf Kabelnetzbetreiber offenlassend OVG Bremen, ZUM 2000, 250 (252); allgemein zur Bedeutung der Vertriebswege für Medien vgl. *Hege*, Offene Wege, 55 ff.

⁵⁸¹ Vgl. nur BVerfGE 91, 125 (134 f.); 103, 44 (59); zur Anwendung der Rundfunkfreiheit auf den Rundfunkveranstalter als Weiterverbreiter vgl. *Bauer*, Netz und Nutzung, 89 f.

⁵⁸² So daher auch *Wagner*, Kabelfernsehen, 48; *Bauer*, Netz und Nutzung, 94; *Engel*, ZUM 1997, 309 (328); *Jüngling*, Fernsehkabelnetz, 156; *Thierfelder*, Zugangsfragen, 37; *Kloepfer*, in: Stern/Prütting, Zugangsprobleme, 19; aA *Flechsig*, CR 1999, 327 (336 f.); das BVerfG hat die Frage, wer sich außer den eigentlichen Veranstaltern noch auf die Rundfunkfreiheit berufen kann, offengelassen, vgl. E 97, 298 (311).

mehr ist der Meinungsbildungsprozess gerade auch dann betroffen, wenn der Netzbetreiber sich nicht aus inhaltlich-qualitativen, sondern aus rein wirtschaftlichen Erwägungen für oder gegen die Einspeisung eines Programms entscheidet.⁵⁸³

ii. Das Vermarktungsmodell

Die inhaltliche Relevanz der Tätigkeit des Kabelnetzbetreibers nimmt im Falle des Vermarktungsmodells gegenüber dem Transportmodell nochmals erheblich zu. Denn diesem Geschäftsmodell liegen der Erwerb und die Vermarktung von Rundfunkinhalten durch den Netzbetreiber zugrunde. Die Vermarktung der Inhalte erfolgt dabei typischerweise nicht auf der Basis einzelner Programme, sondern in der Form von Programmpaketen („Bouquets“), die vom Netzbetreiber unter inhaltlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten im Hinblick auf deren Attraktivität aus der Sicht der Zuschauer zusammengestellt werden. Damit unterscheidet sich die Tätigkeit des Netzbetreibers nur noch in Nuancen von derjenigen eines klassischen Programmveranstalters.⁵⁸⁴ Während der Programmveranstalter einzelne Sendungen auswählt und in einen linearen Programmplan einfügt, wählt der Netzbetreiber einzelne Programme aus und fügt sie in ein einheitliches Programmpaket ein. Damit bleibt der inhaltliche Einfluss des Netzbetreibers zwar weiter hinter dem des Veranstalters zurück, was jedoch der Einschlägigkeit der Rundfunkfreiheit nicht entgegensteht.⁵⁸⁵ Alleine im Rahmen etwaiger Abwägungsszenarien kommt dem Umstand Bedeutung zu, ob sich der Netzbetreiber nur auf deren Randbereich oder auch auf deren Kernbereich berufen kann.

c. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich der Kabelnetzbetreiber im Rahmen seiner Tätigkeit als Verbreiter von Rundfunkprogrammen neben den Wirtschaftsfreiheiten der Art. 12 und 14 GG auch auf die Rundfunkfreiheit berufen kann. Dabei spielt es im Ergebnis nach der hier vertretenen Sichtweise zunächst keine Rolle, welches Geschäftsmodell er dabei verfolgt.

⁵⁸³ Missverständlich insoweit *Bauer*, Netz und Nutzung, 94, der eine „inhaltsbezogene Auswahl“ fordert.

⁵⁸⁴ Ähnlich *Schulz/Kühlers*, Zugangsregulierung, 71.

⁵⁸⁵ Ebenso *Ladeur*, K&R 2001, 496 (499); *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 192 ff.; *ders.*, Chancengleicher Zugang, 66 ff.; *ders.*, AfP 1997, 424 (427); *Weisser*, ZUM 1997, 877 (884); *Thierfelder*, Zugangsfragen, 37; *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 106 f.; *Sharma*, chancengleicher Zugang, 116 ff.; *Degenhart*, in *Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof*, BK, GG, Art. 5 Abs. 1, und 2, Rn. 750a; nicht überzeugend hingegen die Gegenansicht von *Flechsig*, CR 1999, 327 (336 f.); der geringere Inhaltsbezug der Tätigkeit des Netzbetreibers gegenüber dem Veranstalter führt alleine dazu, dass sich nur letzterer auch auf die Programmfreiheit als Kernelement der Rundfunkfreiheit berufen kann, vgl. *Bauer*, Netz und Nutzung, 95.

2. Bedeutung der objektiv-rechtlichen Komponente der Rundfunkfreiheit

a. Limitierung der Netzbetreiberfreiheiten durch die Rundfunkfreiheit

Ihr verfassungsrechtliches Fundament finden die hoheitlichen Vorgaben für die Kabelbelegung in der objektiv-rechtlichen Komponente der Rundfunkfreiheit.⁵⁸⁶ Diese nimmt zunächst den Gesetzgeber in die Pflicht, die Belegung des Kabels überhaupt zum Gegenstand hoheitlicher Regelungen zu machen.⁵⁸⁷ Gleichzeitig stellt sie damit das wesentliche Gegengewicht zu den Grundrechtspositionen der Kabelnetzbetreiber dar.

Bereits in seinem *Niedersachsen*-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass die Kabeleinspeisung von Rundfunkprogrammen in den Gewährleistungsbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG fällt und damit der rundfunkrechtlichen Ausgestaltung bedarf.⁵⁸⁸ Denn ohne Zugang zu Übertragungswegen können Veranstalter von dem Grundrecht der Rundfunkfreiheit erst gar keinen Gebrauch machen.⁵⁸⁹ Es handelt sich dabei folglich um eine wesentliche, vom Gesetzgeber auszugestaltende Frage.

Ausgehend vom Grundsatz kommunikativer Chancengleichheit,⁵⁹⁰ nach dem der Gesetzgeber sicherzustellen hat, dass sämtliche kommunikativen Inhalte die grundsätzlich gleiche Chance haben müssen, an die Öffentlichkeit zu gelangen, sowie von der zutreffenden Annahme, wonach es sich bei der Inheldistribution um einen wesentlichen Aspekt des Rundfunks und damit auch der Rundfunkfreiheit handelt, wird seitens des Bundesverfassungsgerichts angenommen, die qua Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geforderte positive Rundfunkordnung erfordere auch hinsichtlich der Verteilung der Übertragungskapazitäten „*besonders strikte Vorkehrungen im Interesse der Rundfunkfreiheit*“.⁵⁹¹ Zwar betrifft die Verteilung von Übertragungskapazitäten den eigentlichen Publikationsvorgang, die Rundfunkveranstaltung selbst nicht unmittelbar, sie ist jedoch eine davon nicht zu trennende Vorfrage, die daher ebenfalls vom Ausgestaltungsauftrag erfasst ist.⁵⁹² Gegenstand des Ausgestaltungsauftrags ist damit auch die Kabelbelegung, deren Regulierung sicherzustellen hat, dass die Vielfalt der vorhan-

⁵⁸⁶ Vgl. ausführlich dazu unten (Kap. 4, A.III.1.).

⁵⁸⁷ Vgl. *Wille/Schulz/Fach-Petersen*, in: Hahn/Vesting (2. Aufl.), Rundfunkrecht, RStV, § 52, Rn. 16 f.

⁵⁸⁸ BVerfGE 73, 118 (196 ff.); für den Zugang zur Verbreitung ohne Differenzierung nach Übertragungswegen vgl. auch 90, 60 (93); 83, 238 (322 ff.).

⁵⁸⁹ BVerfGE 90, 60 (93); vgl. dazu *Gersdorf*, Vergabe terrestrischer Frequenzen, 34 f.

⁵⁹⁰ BVerfGE 26, 245 (265).

⁵⁹¹ BVerfGE 121, 30 (56); vgl. auch *Hoffmann-Riem*, in: Benda/Maihofer/Vogel, HdbVerfR, § 7, Rn. 69; zur Bedeutung des grundgesetzlichen Demokratieprinzips für den chancengleichen Zugang der Inhalteanbieter zu den Übertragungsinfrastrukturen vgl. *Lehrke*, Pluralismus, 192 f.

⁵⁹² Vgl. *Gersdorf*, Rundfunkfreiheit ohne Ausgestaltungsvorbehalt, 33 f.

denen Meinungen in den Breitbandkabelnetzen möglichst umfassend zum Ausdruck gelangt.⁵⁹³ In seinen jüngeren Entscheidungen zur Parteienbeteiligung an Rundfunkunternehmen und zur Rundfunkgebühr hat sich das Bundesverfassungsgericht dahingehend positioniert, dass es ausgestaltender Regelungen selbst und gerade in Zeiten der aufgrund der Digitalisierung als überwunden geglaubten frequenzknappheitsbedingten Sondersituation bedarf.⁵⁹⁴ Dabei lässt sich dem 2. Gebührenurteil entnehmen, dass gerade der Zugang zu den Übertragungswegen nach wie vor als ausgestaltungsbedürftig erachtet wird. Denn das Gericht hebt ausdrücklich das Gefahrenpotenzial hervor, welches sich daraus ergibt, dass sich Telekommunikationsanbieter als Betreiber von Plattformen für Rundfunkprogramme betätigen.⁵⁹⁵ Zwar wird diese Problematik auf den ersten Blick nur als eine weitere medientatsächliche Entwicklung angeführt, die als Begründungselement eines fortdauernden Ausgestaltungserfordernisses fungieren soll. Doch bei genauerem Hinsehen lässt sich erkennen, dass diese Problematik gleichzeitig auch Gegenstand des Ausgestaltungsvorbehalts ist. Mit anderen Worten: Das Bundesverfassungsgericht verortet die Plattformregulierung im Allgemeinen und damit auch die Plattformbelegung im Besonderen als Gegenstand des durch die Länder auszugestaltenden Rundfunkrechts. Damit erteilt es der Auffassung, bei der Plattformregulierung handele es sich um ein telekommunikationsrechtliches Problem, eine deutliche Absage.⁵⁹⁶

Nach dieser Ansicht kann nur mit Hilfe des Rundfunkrechts gewährleistet werden, dass die zur Grundversorgung zählenden Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks den unter Pluralismusgesichtspunkten für erforderlich erachteten gesicherten Zugang zu den Übertragungskapazitäten erhalten. Einen solchen zu gewährleisten ist der Rundfunkgesetzgeber verpflichtet, da er auch die technischen Voraussetzungen für die Erfüllung des Grundversorgungsauftrags sicherzustellen hat.⁵⁹⁷ Es bedarf daher jedenfalls eines Belegungsregimes, welches die Einspeisung der öffentlich-rechtlichen Grundversorgungsprogramme sicherstellt.⁵⁹⁸

Daneben habe der Gesetzgeber sicherzustellen, dass Auswahlregeln existieren, die im Lichte des Pluralismusgebots sowie des Art. 3 Abs. 1 GG allen privaten Veranstaltern einen

⁵⁹³ Vgl. *Hahne*, Kabelbelegung, 42 ff.; *Berger*, CR 2012, 306 (307).

⁵⁹⁴ BVerfGE 121, 30 (51); 119, 181 (215); ausführlich dazu unten (Kap. 4, B.III.).

⁵⁹⁵ BVerfGE 119, 181 (216). *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, Gutachten zum 64. DJT, Bd. 1, C 13, weist darauf hin, dass trotz theoretisch möglicher Frequenzvielfalt nicht auszuschließen ist, dass die Netzbetreiber daran interessiert sind, die Kapazitäten als wirtschaftliches Mangelgut zu verwalten.

⁵⁹⁶ Zu dieser Forderung vgl. etwa die Stellungnahme von *T-Mobile Deutschland, Vodafone D2 und o2*, Gemeinsame Stellungnahme zum 10. RÄndStV, 3.

⁵⁹⁷ BVerfGE 73, 118 (158); 83, 238 (298).

⁵⁹⁸ BVerfGE 74, 297 (340); ebenso *Aschenbrenner*, Deregulierungszwang, 136; *Hahne*, Kabelbelegung, 49; *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 101. Öffentlich-rechtliche Telemedien unterfallen bisher nach allgemeiner Auffassung nicht dem Grundversorgungsauftrag, da es ihnen an der notwendigen Meinungsbildungsrelevanz fehlen soll, vgl. *Jüngling*, Fernsehkabelnetz, 168 f.

chancengleichen Zugang zu den Übertragungskapazitäten garantieren.⁵⁹⁹ Im privaten Rundfunk gilt es für den Gesetzgeber, einen Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt zu etablieren.⁶⁰⁰ Einen wesentlichen Gesichtspunkt für die Gewährleistung dieses Grundstandards stellt die Verteilung der Übertragungskapazitäten dar.⁶⁰¹ Hierdurch sollen privater Veranstalter vor einer mittelbaren Beeinträchtigung durch die Kapazitätszuteilung geschützt werden. Denn kommunikative Chancengleichheit im Kommunikationsprozess bedeutet auch, der strukturellen Benachteiligung solcher Angebote bei der Verbreitung zu begegnen, die sich bei der rein marktmäßigen Erbringung von Kommunikation auf dem Einspeisemarkt als weniger durchsetzungsstark erweisen.⁶⁰² Für die Kabel- bzw. Plattformbelegung folgt aus rundfunkverfassungsrechtlicher Sicht das Erfordernis diskriminierungsfreier Zugangschancen für private Bewerber sowie – außerhalb der Grundversorgung – zwischen diesen und den öffentlich-rechtlichen Veranstaltern.

b. Das Verhältnis von Rundfunk im engeren Sinne und sonstigen Diensten

Ist die Kabelbelegung an sich Gegenstand des Ausgestaltungsauftrags des Gesetzgebers, gilt selbiges für die Frage der Aufteilung für die Verbreitung von Rundfunk gewidmeter Übertragungsfrequenzen im Breitbandkabelnetz. Denn wie gesehen unterfällt nicht nur der klassische Programmrundfunk dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff mit der Folge der Einschlägigkeit der Rundfunkfreiheit, gleiches gilt auch für die einfachgesetzlich als Telemedien bezeichneten Dienste, die ebenfalls in den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit fallen. In zwei Richtungen tangiert daher die Konkurrenzsituation um Übertragungskapazitäten im Breitbandkabel den sensiblen Bereich der Rundfunkfreiheit: Werden Übertragungskapazitäten zur Verbreitung von Telemedien genutzt, reduziert sich das verfügbare Frequenzspektrum für Rundfunkdienste mit der möglichen Folge, dass nicht sämtlichen Rundfunkdienste verbreitet werden können. Gleiches gilt im umgekehrten Fall, wenn also nicht sämtliche Telemedien über das Breitbandkabel verbreitet werden können.⁶⁰³ Zwar könnte man der Auffassung sein,

⁵⁹⁹ BVerfGE 57, 295 (327, 329); 73, 118 (154); 83, 238 (322 f.); *Dörr*, ZUM 1997, 337 (372); *Hoffmann-Riem*, AöR 109 (1984), 304 (317 f.); *ders.*, in: Benda/Maihofer/Vogel, HdbVerfR, § 7, Rn. 75; *ders.*, Kommunikationsfreiheiten, Rn. 40; zum Grundsatz chancengleichen Zugangs vgl. auch *Bullinger*, AöR 108 (1983), 161 (185); *ders.*, ZUM 1997, 281 (303); *Gersdorf*, Vergabe terrestrischer Frequenzen an Mediendiensten, 34 f.; *Thierfelder*, Zugangsfragen, 19; *Kibele*, Multimedia im Rundfunk, 173 f.; zur Übertragung des Grundsatzes des chancengleichen Zugangs auf die zusätzlichen technischen Dienstleistungen digitalen Fernsehens: *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 99.

⁶⁰⁰ BVerfGE 73, 118 (158 ff.); vgl. dazu ausführlich unten (Kap. 4, A.III.3.c.i.).

⁶⁰¹ Vgl. BVerfGE 57, 295 (327); 73, 118 (199 f.); 83, 238 (323); BayVGH, K&R 1998, 71 (74); OVG Bremen, ZUM 2000, 250 (252).

⁶⁰² *Schulz/Kühlers*, Zugangsregulierung, 12 f.

⁶⁰³ Vgl. *Gersdorf*, Vergabe terrestrischer Frequenzen, 37 f.; *ders.*, Internet über Rundfunkfrequenzen, 59.

die Grundrechtsrelevanz dieser Problematik schwinde im gleichen Maße wie die Übertragungskapazitäten im Breitbandkabel durch Ausbau bzw. Fortschritte bei der Komprimierung anwachsen. Gleichwohl ist anzunehmen, dass es angesichts der zunehmend datenintensiven Bewegtbildangebote sowie der Kapazitätsbeanspruchung durch genuin individualkommunikative Dienste wie Access-Providing und Kabeltelefonie nach wie vor bei Kapazitätsengpässen verbleibt.⁶⁰⁴

Inwieweit auch der Grundsatz der Chancengleichheit Anwendung auf Telemedien im Verhältnis zum Rundfunk im engeren Sinne findet, wird unterschiedlich beurteilt. Ausgangspunkt ist die diesem Grundsatz immanente Wertung des allgemeinen Gleichheitssatzes, wonach wesentlich Gleiches nicht ungleich und wesentlich Ungleiches nicht ohne sachlichen Grund gleichbehandelt werden darf.⁶⁰⁵ Demnach scheidet eine Ungleichbehandlung von Rundfunkveranstaltern aus, soweit hierfür ein Rechtfertigungsgrund *nicht* besteht. In verfassungsrechtlicher Hinsicht lassen sich zwar auch die Telemedien dem Rundfunkbegriff zuordnen, sodass man ihre Anbieter durchaus als Teil des Kreises der Rundfunkveranstalter betrachten kann.⁶⁰⁶ Gleichwohl folgt daraus keine zwingende Gleichbehandlung der Veranstalter klassischen Rundfunks und der Anbieter von Telemedien beim Zugang zum Breitbandkabelnetz. Denn selbst wenn man beide derselben Vergleichsgruppe zuordnet und damit das Vorliegen „wesentlich Gleichens“ feststellt, verbleibt die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung der dennoch zu attestierenden Ungleichbehandlung. Dabei ist im Rahmen des Grundsatzes chancengleichen Zugangs zu den Übertragungskapazitäten in Rechnung zu stellen, dass sich ein sachlicher Rechtfertigungsgrund nur unter Rekurs auf die pluralismussichernde Zielsetzung der Rundfunkfreiheit, nicht hingegen auf wirtschaftliche Erwägungen bestimmen lässt.⁶⁰⁷ Ferner ist zu berücksichtigen, dass der besagte Grundsatz zunächst alleine das Leitmotiv der verfassungsrechtlich geforderten Ausgestaltung der Rundfunkordnung durch den Gesetzgeber darstellt, mithin unmittelbar nur diesen im Rahmen seiner Ausgestaltungsaufgabe bindet. Er hat eine positive Ordnung des Zugangs zu Übertragungswegen wie dem Breitbandkabel zu schaffen, die dem Grundsatz diskriminierungsfreier Zugangschancen umfassend Rechnung trägt. Hierbei genießt der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum. Dieser Gestal-

⁶⁰⁴ So auch die Einschätzung der *Bundesregierung*, in: Medien- und Kommunikationsbericht 2008, 5. Vgl. ferner *Christmann*, ZUM 2009, 7 (12, 15); *Hesse*, in: Schwarze/Hesse, Rundfunk im digitalen Zeitalter, 45 (63); *Holz-nagel*, MMR 1998, 480 (486); *Irion/Schirmbacher*, CR 2002, 61 (64); *Kibele*, Multimedia im Fernsehen, 173; *Weisser/Lübbert*, K&R 2000, 274 (274). AA *Grewenig*, ZUM 2009, 15 (20 f.), wonach die Vielfaltssicherung durch konkrete Belegungsvorgaben „mittelfristig“ durch Vielfaltssicherung durch Auffindbarkeit der verschiedenen Angebote abgelöst werden wird; vgl. aber *dens.*, ZUM 2007, 96 (102).

⁶⁰⁵ Vgl. BVerfGE 1, 14 (52); 33, 367 (384); *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3, Rn. 11.

⁶⁰⁶ Vgl. dazu oben Kap. 1 C.II.1.a.

⁶⁰⁷ *Schulz/Seufert/Holz-nagel*, Digitales Fernsehen, 99; *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 100.

tungsspielraum erfasst auch eine Differenzierung der Zugangschancen entlang der Meinungsbildungsrelevanz, etwa durch eine Bevorzugung von Angeboten mit hoher Meinungsbildungsrelevanz.⁶⁰⁸ Eine in diesem Sinne geringere Meinungsbildungsrelevanz wird bislang auch den Telemedien attestiert, weshalb sie beim Zugang zu den Breitbandkabelnetzen nicht mit klassischen Rundfunkprogrammen gleichbehandelt werden bräuchten.⁶⁰⁹ Demgegenüber plädiert eine andere Ansicht⁶¹⁰ dafür, Telemedien und klassische Rundfunkprogramme seien seit jeher gleichmäßig beim Zugang zum Kabelnetz zu behandeln. So rechtfertige selbst eine unterschiedliche Meinungsbildungsrelevanz von Telemedien und Rundfunkprogrammen eine Ungleichbehandlung nicht, soweit dem Gebot der Meinungsvielfalt bereits mittels einer Must-Carry-Regelung Genüge getan sei. Ferner erbringe ein Telemedienangebot einen ungleich größeren Vielfaltsbeitrag als etwa eine Häufung ähnlicher Spartenprogramme. Schließlich wird bei zukunftsgerichteter Betrachtungsweise vertreten, eine Gleichbehandlung von Rundfunk und Telemedien komme jedenfalls dann in Betracht, sobald sich die Telemedien zu einem funktionalen Äquivalent klassischer Rundfunkprogramme entwickelt haben.⁶¹¹ Inwieweit eine Bevorzugung des Rundfunks gegenüber den Telemedien weiterhin angezeigt ist, soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden, sondern dem anschließenden Kapitel vorbehalten bleiben.

3. Einfluss der Informationsfreiheit der Rezipienten

Neben den Wirtschaftsfreiheiten der Kabelnetzbetreiber sowie der Rundfunkfreiheit befindet sich auch die Informationsfreiheit im verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis der Kabelbelegung. Ausgehend von dem grundsätzlichen Befund, dass die Informationsfreiheit auch das Recht beinhaltet, sich unter Zuhilfenahme technischer Hilfsmittel Zugang zu bestimmten Informationen wie etwa Rundfunkinhalten zu verschaffen⁶¹², findet dieser Umstand seine wesentliche Ursache in den technischen Besonderheiten der Breitbandkabelkommunika-

⁶⁰⁸ BVerfGE 73, 118 (202); ablehnend *Bullinger/Mestmäcker*, Multimediadienste, 45 ff.

⁶⁰⁹ So ausdrücklich *Jüngling*, Fernsehkabelnetz, 172 (Fn. 733): „Rundfunkprogramme und Mediendienste [sind] beim Zugang zu den BK-Netzen deswegen nicht nach Art. 3 GG gleich zu behandeln“. Er deutet jedoch gleichzeitig an, dass diese Annahme im digitalisierten Breitbandkabel nicht zwangsläufig dieselbe ist (173 f.). Ebenfalls für eine Vorrangstellung des Rundfunks gegenüber Telemedien im *analogen* Kabel *Ory*, AfP 1999, 132 (136); *Thierfelder*, Zugangsfragen, 95.

⁶¹⁰ *Schütz*, MMR 1998, 11 (14 f.); VG Berlin, MMR 1998, 552 (555).

⁶¹¹ *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 95; ähnlich *ders.*, Vergabe terrestrischer Frequenzen an Rundfunkdienste, 42; *Holzengel*, ZUM 2000, 480 (482). Der gegen diese Ansicht gerichtete Hinweis von *Jüngling*, Fernsehkabelnetz, 172 (Fn. 738), dass dieses Ergebnis bereits *de lege lata* über § 20 Abs. 2 RStV erreicht werden könne, ist jedenfalls seit der Neubestimmung des einfachgesetzlichen Rundfunkbegriffs das Fundament weitgehend entzogen, vgl. dazu oben (Kap. 1, C.II.1.b.).

⁶¹² BVerfGE 90, 27 (32 f.); *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5, Rn. 24.

tion. Denn während sich bei Satellitenkommunikation und terrestrischer Signalübertragung unproblematisch zwischen Sendung und Empfang differenzieren lässt, besteht ein Spezifikum des Breitbandkabels darin, dass es sich sowohl um eine Empfangs- als auch eine Sendeanlage handelt. Je nachdem, welche Funktion man als im Falle der Breitbandkabelkommunikation für dominierend erachtet, könnte sich auch die verfassungsrechtliche Beurteilung verändern. Betrachtet man nämlich die an das Kabel zur Einspeisung und Weiterverbreitung herangeführten Programme mit der heute vorherrschenden Auffassung als in den Schutzbereich der Informationsfreiheit fallende allgemein zugängliche Quellen⁶¹³ und stellt sodann die Empfangsfunktion des Breitbandkabels aus der Sicht der Empfänger heraus („Antennenempfangsanlage“), könnten sich hoheitliche Kabelbelegungsregeln als unzulässiger Eingriff in die Informationsfreiheit der Zuschauer darstellen, da sie den Kabelnetzbetreiber daran hindern, das Angebot innerhalb seiner Kabelanlage nach den Zuschauerinteressen auszurichten.⁶¹⁴ Denn anders als die nach überwiegender Auffassung noch mit einem Ausgestaltungsvorbehalt versehene Rundfunkfreiheit kommt eine Beschränkung der Informationsfreiheit nur nach der strengeren Maßgabe des Art. 5 Abs. 2 GG in Betracht. Mit anderen Worten: Soweit die hoheitlichen Kabelbelegungsvorgaben die Einspeisung wenig massenattraktiver Programme vorschreiben, was den Schluss auf eine unzureichende Berücksichtigung des Zuschauerinteresses und damit der Informationsfreiheit der Rezipienten zulässt, erwiesen sich entsprechende Vorgaben als verfassungswidrig. Dem Netzbetreiber, dem aufgrund seines Interesses an einer attraktiven Kabelbelegung die Funktion eines Sachwalters der Zuschauerinteressen beigemessen wird, müssten nach dieser Auffassung daher weite Belegungsspielräume eingeräumt werden, damit er dieser Funktion in Übereinstimmung mit den – vermeintlichen⁶¹⁵ – Präferenzen seiner Kabelanschlusskunden nachkommen kann.⁶¹⁶

Demgegenüber wird von der herrschenden Auffassung vertreten, die Informationsfreiheit verhindere hoheitliche Kabelbelegungsregeln bei anhaltender Kapazitätsknappheit grundsätz-

⁶¹³ Vgl. *Dörr*, ZUM 1997, 337 (358); *ders./Janik/Zorn*, Zugang, 123; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 45; *Thierfelder*, Zugangsfragen, 29; zum ursprünglichen Streitstand vgl. *Castendyk*, ZUM 1993, 464 (467) m. w. N. Eine Quelle ist allgemein zugänglich, wenn sie geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit Informationen zu verschaffen, vgl. BVerfGE 27, 71 (83 f.).

⁶¹⁴ So etwa *Bullinger*, ZUM SH 1997, 281 (299 ff.); *ders.*, AfP 1997, 761 (764); *Engel*, Kabelfernsehen, 34 ff., 51 ff.; *ders.*, ZUM 1997, 497 (503); ähnlich *Ricker/Schiwy*, Rundfunkverfassungsrecht, 464 ff.; v. *Holtzbrinck*, Rangfolgeprobleme, 133 ff.

⁶¹⁵ Es besteht kein quasi naturgesetzlicher Zusammenhang zwischen den wirtschaftlichen Interessen der Netzbetreiber und den individuellen Zuschauerinteressen; vgl. auch *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang, 86; *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 91

⁶¹⁶ Vgl. *Bullinger*, ZUM 1997, 281 (305); *Engel*, Kabelfernsehen, 51 ff.; *Ricker/Schiwy*, Rundfunkverfassungsrecht, 468 f.

lich nicht.⁶¹⁷ Dabei rekurren die Vertreter dieser Ansicht⁶¹⁸ auf zwei Argumentationsstränge: einen verfassungssystematischen sowie einen tatsächlichen. Die verfassungssystematische Argumentation rückt die Bedeutung von Art. 5 Abs. 1 GG als Fundament einer einheitlichen Kommunikationsverfassung in den Mittelpunkt. Obgleich die einzelnen Freiheitsverbürgungen des Art. 5 Abs. 1 GG selbstständig nebeneinander stehen, stehen sie gleichwohl schon aufgrund des kongruenten Gewährleistungsziels – Meinungsvielfalt als Voraussetzung demokratischer Willensbildung – in einem inneren Zusammenhang.⁶¹⁹ Auch die Rundfunk- und die Informationsfreiheit stehen in einem solchen Verhältnis innerer Akzessorietät, da sie die diametralen Fixpunkte des verfassungsrechtlichen Kommunikationsprozesses schützen.⁶²⁰ Dementsprechend können die verfassungsrechtlichen Erfordernisse für die eine Seite desselben Kommunikationsprozesses nicht ohne Relevanz auch für dessen andere Seite sein, sodass der rundfunkrechtliche Ausgestaltungsvorbehalt für die Aussendung der Information über elektromagnetische Wellen auch im Rahmen des Empfangsvorgangs dieser Information mitgedacht werden muss. Daher sind rundfunkverfassungsrechtlich zulässige Ausgestaltungsgesetze bereits kein Eingriff in die Informationsfreiheit,⁶²¹ jedenfalls aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt.⁶²² Belegungsvorgaben zugunsten von Minderheiteninteressen sind danach im Lichte der Informationsfreiheit möglich.⁶²³ Umgekehrt ist die Informationsfreiheit der Rezipienten als Bestandteil des rundfunkverfassungsrechtlichen Ausgestaltungsvorbehalts anzuerkennen, sodass Kabelbelegungsregeln den tatsächlichen Informationsinteressen der Rezipienten Beachtung zu schenken haben.⁶²⁴

Die auf die tatsächlichen Gegebenheiten gestützte Argumentation hebt die mittlerweile nicht mehr zu leugnende Bedeutung des Breitbandkabelnetzes als eigenständiger Übertragungsweg für Rundfunkinhalte hervor. Während sich die Bedeutung des Fernseekabels an-

⁶¹⁷ Allerdings hat sich die Bedeutung der Informationsfreiheit der Kabelkunden insofern als „Deregulierungsgrundrecht“ (*Hahne*, Kabelbelegung, 56) realisiert, als im Rahmen des derzeitigen Must-Carry-Modells dem Netzbetreiber einerseits weitere Belegungsspielräume eingeräumt worden sind und andererseits die Zuschauerinteressen besondere Berücksichtigung erfahren haben. Zu einer weiteren Deregulierung des derzeitigen Must-Carry-Modells aus Gründen der Informationsfreiheit s. unten (Kap. 4, B.IV.1.a.iii.).

⁶¹⁸ *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang, 80 ff.; *Thierfelder*, Zugangsfragen, 26 ff.; *Nauheim*, Must-Carry, 129; *Aschenbrenner*, Deregulierungszwang, 111 ff.; *Schumacher*, Kabelregulierung, 92 ff.; *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 90 ff.; *Jüngling*, Fernseekabelnetz, 183 f.; offenlassend *Hahne*, Kabelbelegung, 56 f.; für eine Ausgestaltung auch der Informationsfreiheit OVG Bremen, ZUM 2000, 250 (255).

⁶¹⁹ *Starck*, in: Dreier, GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 5; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5, Rn. 1.

⁶²⁰ Vgl. *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang, 83: Rundfunkfreiheit als „Outputfreiheit“, Informationsfreiheit als „Inputfreiheit“.

⁶²¹ So *Stettner*, Kabelengpaß, 47; *ders.*, Kabelbelegung, 61.

⁶²² *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang, 84 f.;

⁶²³ *Nauheim*, Must-Carry, 128 f., stützt solche Vorgaben auf eine staatliche Schutzpflicht zugunsten der Informationsfreiheit der jeweiligen Minderheit; ähnlich bereits *Dörr*, ZUM 1997, 337 (359 f.).

⁶²⁴ *Hoffmann-Riem*, in: Azzola et al., AK, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 122; *ders.*, in: Broda et al., FS Wassermann, 455 (462); ähnlich *Lerche*, in: Due/Lutter/Schwarze, FS Everling, Bd. 1, 729 (737 ff.); vgl. auch *Castendyk*, ZUM 1993, 464 (470); *Thierfelder*, Zugangsfragen, 34 ff.

fänglich auf diejenige eines Mediums zur Zweitverwertung von Satellitensendungen reduzierte, hat es sich mittlerweile weitgehend von den „zuführenden“ Übertragungswegen Terrestrik und Satellit emanzipiert.⁶²⁵ Durch den unterschiedlichen Funktionsumfang sind die jeweiligen Übertragungswege als selbstständige Mittel zum Rundfunkempfang anzusehen, sodass eine Reduzierung etwa des Breitbandkabels auf die Bedeutung eines akzessorischen Hilfsmediums jedenfalls heutzutage nicht mehr in Betracht kommt. Damit handelt es sich bei der Belegung des Breitbandkabels jedenfalls auch um einen rundfunkrechtlich relevanten Vorgang, der einer rundfunkrechtlichen Ausgestaltung bedarf. Schon aus tatsächlichen Gründen Bedarf es angesichts fortbestehender Kapazitätsknappheit für die Übertragung von Rundfunkprogrammen einer Auswahlentscheidung, sodass ohnehin nicht die Informationsfreiheit eines jeden Kabelkunden zur Durchsetzung verholfen werden kann.⁶²⁶ Weitgehende Einigkeit besteht darin, dass diese Ausgestaltung gerade in Ansehung der Informationsfreiheit am ehesten durch Must-Carry-Regeln sichergestellt werden sollte.⁶²⁷

4. Ausgleich der kollidierenden Verfassungspositionen

Steht die Informationsfreiheit der Implementierung von Kabelbelegungsregeln insbesondere in der Art eines Must-Carry-Regimes nicht entgegen und kann mit der überwiegenden Ansicht eine Konfliktsituation zwischen Rundfunk- und Informationsfreiheit nicht festgestellt werden, reduziert sich das aufzulösende Konfliktpotenzial auf das Aufeinandertreffen von Rundfunkfreiheit und Wirtschaftsfreiheiten. Dieses wird augenscheinlich, da Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG einer Indienstnahme des Rundfunks für außerpublizistische, mithin auch ökonomische Zielsetzungen entgegensteht⁶²⁸, was im Falle der Kabelbelegung mit den verfassungsrechtlich (Art. 12, 14 GG) und einfachgesetzlich (TKG: freizügige Netznutzung) identifizierten Positionen der Kabelnetzbetreiber kollidiert.

a. Notwendigkeit des Ausgleichs konfligierender Rechtspositionen

Bereits an anderer Stelle ist aufgezeigt worden, dass sich eine pauschale Indienststellung der Telekommunikation zugunsten des Rundfunks im Sinne einer dienenden Funktion als nicht mehr zeitgemäß erweist. Ist dieser Befund zunächst für das Verhältnis des Rundfunk-

⁶²⁵ So insbesondere *Schumacher*, Kabelregulierung, 93; i. E. auch *Thierfelder*, Zugangsfragen, 33 f.

⁶²⁶ Vgl. *Dörr/Janik/Zorn*, Zugang, 124; BayVerfGH, BayVBl. 1994, 400 (401).

⁶²⁷ Vgl. statt vieler *Holznapel*, ZUM 1996, 16 (24 mit Fn. 64); auch die Vertreter der obigen Gegenansicht (Fn. 616) befürworten – insoweit inkonsequent – Must-Carry-Rules, vgl. *Bullinger*, ZUM 1997, 281 (303, 305); *Engel*, ZUM 1997, 497 (504); zurückhaltender *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang, 86 f.

⁶²⁸ Vgl. BVerfGE 97, 228 (266 f.).

rechts zum Frequenzordnungsregime des Bundes getroffen worden,⁶²⁹ gilt er auch und erst recht für die Indienstnahme der Kabelnetzbetreiber aus rundfunkverfassungsrechtlichen Motiven. Denn seit der Transformation der Telekommunikation von einem Element staatlicher Daseinsvorsorge zu einer privatwirtschaftlichen Betätigung hat sich der Netzbetrieb zu einer verfassungsrechtlich geschützten Tätigkeit entwickelt. Allerdings folgt daraus zunächst einmal nur, dass eine unreflektierte und pauschale Inanspruchnahme der Netzbetreiber zugunsten der Rundfunkfreiheit auszuschneiden hat.⁶³⁰ Eine pauschale Vorherrschaft der Rundfunkfreiheit gegenüber den Wirtschaftsfreiheiten würde eine Grundrechtshierarchie implizieren, die grundsätzlich-abstrakt gerade nicht besteht.⁶³¹ Stattdessen ist den Netzbetreibern nach der Wertentscheidung des Art. 87f Abs. 2 GG durch die Überantwortung größerer Entscheidungsspielräume ein auf wirtschaftliche Rentabilität gerichteter Netzbetrieb zu ermöglichen. Andernfalls drohte der Gesetzgeber seinen verfassungsrechtlichen Auftrag zu verfehlen, wonach er nur solche Regulierungskonzepte auf dem Markt der Telekommunikation implementieren darf, die mit der Zielvorstellung von Art. 87f GG – der Liberalisierung *und Privatisierung* – vereinbar sind.⁶³² Andererseits agieren, auch nach der Überwindung der dienenden Funktion der Telekommunikation, die Telekommunikationsanbieter, namentlich die Kabelnetzbetreiber, nicht in einer grundrechtsfreien Sphäre, in der sie ihr Tun alleine an subjektiv-ökonomischen Interessen ausrichten können. Vielmehr können sie nach wie vor zur Verwirklichung rundfunkpolitischer Ziele in Dienst genommen werden, da insoweit eine Grundrechtskollision in Rede steht, die es aufzulösen gilt. Lediglich die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer solchen Indienstnahme haben sich erhöht.

Kommt es – wie im Falle der Kabelbelegungsregeln – zum Aufeinandertreffen der grundrechtlichen Positionen der Netzbetreiber mit den Anforderungen der Rundfunkfreiheit, ist diese nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz⁶³³ aufzulösen. Danach sind die sich einander gegenüberstehenden Positionen im Einzelfall zu einem möglichst schonenden Ausgleich zu bringen, ohne dass eine der Positionen vollständig zurückzutreten hat.⁶³⁴ Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kommt dabei besondere Bedeutung zu.⁶³⁵ Durch die besondere Bedeutung des Einzelfalls bei der Herstellung dieses Ausgleichs lassen sich auch für die Ka-

⁶²⁹ Vgl. oben (Kap. 2, B.I.).

⁶³⁰ *Schütz*, Kommunikationsrecht, Rn. 443; *ders.*, MMR 1998, 11 ff.; *Schumacher*, Kabelregulierung, 101 f.; aA wohl *Gersdorf*, AfP 1997, 424 (427 ff.); *ders.*, Chancengleicher Zugang, 96 ff., 99; *Aschenbrenner*, Deregulierungszwang, 100 f., die sich für einen grundsätzlichen Vorrang der Rundfunkfreiheit aussprechen.

⁶³¹ Vgl. v. *Münch*, in: *ders./Kunig*, Vorb. Art. 1-19, Rn. 46; im vorliegenden Zusammenhang auch *Bauer*, Netz und Nutzung, 130; vgl. aber auch BVerfG 75, 369 (380).

⁶³² Vgl. *Schulz/Kühlers*, Zugangsregulierung, 14.

⁶³³ Zurückgehend auf *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 72, 317 ff.

⁶³⁴ Vgl. dazu BVerfGE 41, 29 (51); 77, 240 (255); 81, 298 (308).

⁶³⁵ BVerfGE 83, 130 (143).

bel- und Plattformbelegung nur bedingt generalisierende Aussagen treffen. Nachfolgend sollen die Gesichtspunkte dargestellt werden, die für die zum Ausgleich erforderliche Interessenabwägung im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Belegungsregeln besondere Bedeutung entfalten.

b. Herbeiführung praktischer Konkordanz

i. Rundfunkfreiheit und Eigentumsfreiheit

Will man die objektiv-rechtliche Komponente der Rundfunkfreiheit sowie die Eigentumsfreiheit der Netzbetreiber einem gerechten Ausgleich zuführen, so ist hierbei zunächst zu berücksichtigen, dass das grundrechtlich geschützte Eigentum nicht nur durch seine Privatnützigkeit dem Eigentümer gegenüber, sondern auch durch seine Sozialpflichtigkeit der Allgemeinheit gegenüber gekennzeichnet ist. Es obliegt dem Gesetzgeber, einen Ausgleich zwischen diesen beiden gegenläufigen Eigentumsfacetten zu finden.⁶³⁶ Von besonderer Bedeutung ist dabei, „*ob und in welchem Ausmaß das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion steht*“⁶³⁷. Überall dort, wo Dritte zur Verwirklichung ihrer Freiheitsrechte ihrerseits auf die Nutzung des in Rede stehenden Eigentums angewiesen sind, kommt dem Gesetzgeber ein besonders weiter Gestaltungsspielraum bei der Implementierung eigentumsbeeinträchtigender Regelungen zu.⁶³⁸ Denn in solchen Fällen eines Sozialbezugs des Eigentumsobjekts berührt dessen Nutzung nicht lediglich die Sphäre des Eigentümers, sondern darüber hinaus die Sphäre all derjenigen Dritten, die zur Ausübung ihrer Freiheiten auf die Nutzung des fremden Eigentums angewiesen sind; Art. 14 GG enthält insoweit ein Gebot der Rücksichtnahme des Eigentümers auf den Nichteigentümer.⁶³⁹

Angesichts seines hohen Verbreitungsgrades erweist sich das Breitbandkabel als wesentlicher Übertragungsweg für sämtliche Anbieter audiovisueller Dienste, die auf die Nutzung des fremden Netzeigentums zur Verwirklichung ihrer Freiheiten (Art. 5, 12 GG) angewiesen sind. Dies gilt auch angesichts der – zu Recht – in Rechnung zu stellenden Konvergenzentwicklungen,⁶⁴⁰ da die Inhaltenanbieter weiterhin auf einen Zugang gerade zum Breitbandkabel

⁶³⁶ BVerfGE 68, 361 (367).

⁶³⁷ BVerfGE 37, 132 (140 f.); 42, 263 (294); 50, 290 (340 f.); zur Bedeutung dieser Frage für „Netzeigentum“: *Papier*, BB 1997, 1213 (1215).

⁶³⁸ Vgl. BVerfGE 42, 263 (294); 50, 290 (340); im hiesigen Zusammenhang *Gersdorf*, AfP 1997, 424 (428).

⁶³⁹ BVerfGE 37, 132 (140).

⁶⁴⁰ Zur Bedeutung sich wandelnder Verhältnisse für die Sozialpflichtigkeit vgl. *Thierfelder*, Zugangsfragen, 42; *Gersdorf*, Regelungskompetenzen, 78 f.

angewiesen sind.⁶⁴¹ Daneben sind auch die Rezipienten, soweit diese an ein Breitbandkabelnetz angeschlossen sind, aus rechtlichen bzw. tatsächlichen Gründen zur Verwirklichung ihrer Informationsfreiheit angewiesen.⁶⁴² Beides spricht für einen gesteigerten sozialen Bezug des Eigentums an Breitbandkabelnetzen.⁶⁴³

Neben diesen, die Sozialpflichtigkeit in den Blick nehmenden Erwägungen, ist jedoch auch zu beleuchten, inwieweit die Nutzung der Kabelnetze Ausdruck der entgegenstehenden Privatnützigkeit ist. Zwar findet die Eigentumsfreiheit – wie erwähnt – über Art. 19 Abs. 3 GG unzweifelhaft Anwendung auch auf juristische Personen, gleichwohl lässt sich nicht leugnen, dass die Privatnützigkeit umso geringer wiegt, je mehr sie vom eigentlichen Eigentumskern als Mittel der *individuellen* Freiheitsentfaltung entfernt ist. Aus dem mangelnden personalen Bezug des Eigentums an den Kabelnetzen als Betriebsvermögen des Netzbetreiberunternehmens wird daher mitunter eine Einschränkung der Schutzwirkung des Art. 14 GG gefolgert.⁶⁴⁴

Daneben ist die Indienststellung der Übertragungsnetze zugunsten des Rundfunks bislang mit der wiederum dienenden Bedeutung letzteren für die Funktionsfähigkeit eines demokratisch organisierten Gemeinwesens begründet worden.⁶⁴⁵ Solange und soweit demnach diese dienende Funktion der Rundfunkfreiheit als eine primär objektiv-rechtliche, dem Allgemeininteresse an freier und umfassender Meinungsbildung Freiheitsverbürgung anerkannt ist, rechtfertigt sich daraus ihre Geltungsdominanz gegenüber den Freiheiten der Netzbetreiber. Kurz gesagt soll insoweit das öffentliche Interesse an publizistisch funktionsfähigem Rundfunk die Partikularinteressen der Netzbetreiber an ungehinderter unternehmerischer Entfaltung auf abstrakter Ebene überwiegen. Im Umkehrschluss bedeutet dies allerdings auch, dass die Vorrangstellung des Rundfunks bzw. der Rundfunkfreiheit gegenüber der Telekommunikation bzw. den Wirtschaftsfreiheiten der Telekommunikationsnetzbetreiber erschüttert wird, sobald eine Abkehr vom Verständnis der Rundfunkfreiheit als dienender Freiheit erfolgt und

⁶⁴¹ Für eine schwindende Sozialbindung *Bauer*, Netz und Nutzung, 127 f.

⁶⁴² Vgl. *Roßnagel/Hilger*, MMR 2002, 445 (447): „für die Informationsgesellschaft lebenswichtige Infrastruktur“; ähnlich weitgehend *Gersdorf*, Regelungskompetenzen, 78; *Stettner*, Kabelbelegung, 63 f.

⁶⁴³ Vgl. in diesem Sinne auch *Dörr*, ZUM 1997, 337 (369); *Bullinger*, ZUM 1997, 281 (305); *Wille/Schulz/Fach-Petersen*, in: Hahn/Vesting (2. Aufl.), Rundfunkrecht, RStV, § 52, Rn. 19; ausführlich *Bauer*, Netz und Nutzung, 126 ff. Der Aufbau des Kabelnetzes aus Staatsmitteln als Rechtfertigung gesteigerter Sozialbindung verblasst angesichts des seit bald zwanzig Jahren andauernden privatwirtschaftlichen Ausbaus dieser Infrastruktur an argumentativer Strahlkraft.

⁶⁴⁴ So etwa *Dörr*, ZUM 1997, 337 (369); *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang, 93; ders., Regelungskompetenzen, 77; *Aschenbrenner*, Deregulierungszwang, 150 f.; *Wille/Schulz/Fach-Petersen*, in: Hahn/Vesting (2. Aufl.), Rundfunkrecht, RStV, § 52, Rn. 19; relativierend *Bauer*, Netz und Nutzung, 121 f.; OVG Bremen, ZUM 2000, 250 (257).

⁶⁴⁵ *Gersdorf*, AfP 1997, 424 (428), bezeichnet die Privilegierung des Grundrechts der Rundfunkfreiheit gegenüber den Freiheitsverbürgungen der Netzbetreiber als „Korrelat für seine dienende Funktion“; ähnlich, *Aschenbrenner*, Deregulierungszwang, 100.

sich ein abwehrrechtlich konnotiertes Verständnis dieser Freiheit durchsetzt.⁶⁴⁶ Denn sobald der überwiegende Allgemeinbezug der Rundfunkfreiheit zugunsten einer primär individualistischen Interpretation zurücktritt, stehen einander „lediglich“ zwei in erster Linie der Persönlichkeitsentfaltung ihrer – auf beiden Seiten unternehmerischen – Träger dienende Grundrechte gegenüber. Es verbleibt zwar bei der Angewiesenheit der Rundfunkveranstalter auf den Zugang zu den im Eigentum der Netzbetreiber befindlichen Übertragungsinfrastrukturen; dies gilt jedoch nicht nur für Rundfunkanbieter, sondern ebenso für sämtliche Anbieter audiovisueller Dienste sowie Telekommunikationsdienstleistungen. Eine Privilegierung des Rundfunks wäre sodann nur noch für diejenigen Veranstalter denkbar, die tatsächlichen Vielfaltsbindungen im Sinne eines Pluralismusgebots unterworfen sind. Soweit aber auch die Rundfunkveranstalter in die rundfunkverfassungsrechtliche Freiheit entlassen werden, alleine individuell-ökonomische Zielsetzungen zu verfolgen, lässt sich eine fortdauernde Privilegierung ihrer gegenüber den ebenfalls wirtschaftlichen Freiheiten der Netzbetreiber nicht mehr halten.⁶⁴⁷ Dafür streitet nicht zuletzt die Wertung des Art. 87f Abs. 2 GG, der im Telekommunikationsbereich das Primat der Privatautonomie festschreibt. Privatautonomie setzt schon begrifflich privat-eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnisse voraus, die folglich auch dem Kabelnetzbetreiber zu gewähren sind.⁶⁴⁸

ii. Rundfunkfreiheit und Berufsfreiheit

Anknüpfend an die sog. Dreistufenlehre des Bundesverfassungsgerichts für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit⁶⁴⁹ ist zunächst zu konstatieren, dass es sich bei Kabelbelegungsregeln um Berufsausübungsregelungen handelt, die mithin auf der ersten Stufe anzusiedeln sind.⁶⁵⁰ Anders als Berufswahlregelungen betreffen die Kabelbelegungsvorgaben nämlich nicht den Zugang zum Beruf des Kabelnetzbetreibers (das „ob“), sondern die Art und Weise der Ausübung der konkreten Berufstätigkeit (das „wie“). Allerdings kann auch Berufsausübungsregelungen im Ergebnis die Qualität von Berufswahlbeschränkungen zukommen, namentlich wenn sie die Ausübung der geschützten Tätigkeit derart beschneiden, dass sie praktisch nicht mehr zum Gegenstand erwerbswirtschaftli-

⁶⁴⁶ Vgl. hierzu ausführlich unten (Kap. 4, B.IV.1.b.).

⁶⁴⁷ Dies impliziert auch der von *Gersdorf*, AfP 1997, 424 (429), angestellte Vergleich des individuellen grundrechtlichen Schutzes von Netzbetreibern und privaten Rundfunkveranstaltern. Hierbei kommt er zu dem Ergebnis, dass ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung von (gemeinwohlverpflichteten) privaten Rundfunkveranstaltern und (nicht gemeinwohlverpflichteten?) Netzbetreibern nicht ersichtlich ist.

⁶⁴⁸ Ähnlich *Aschenbrenner*, Deregulierungszwang, 191; *Bauer*, Netz und Nutzung, 136 f.

⁶⁴⁹ Grundlegend BVerfGE 7, 377 (405 ff.).

⁶⁵⁰ Vgl. *Schütz*, MMR 1998, 11 (13); *Nauheim*, Must-Carry, 192 f.; OVG Bremen, ZUM 2000, 250 (258).

cher Betätigung gemacht werden kann.⁶⁵¹ Mag diese Wirkung für eine hoheitliche Vollbelegung im analogen Kabel nicht ausgeschlossen sein, ist jedenfalls für das digitalisierte Kabelnetz nicht ersichtlich, dass sein Betrieb aufgrund der hoheitlichen Belegungsvorgaben wirtschaftlich unmöglich ist.

Die demnach in Rede stehenden Berufsausübungsregelungen erweisen sich als zulässig, wenn sie durch hinreichende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden, sie zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und erforderlich sind und bei einer Abwägung zwischen Eingriffsschwere und Eingriffsgrund die Zumutbarkeitsgrenze gewahrt bleibt.⁶⁵² Obgleich aus systematischen Gründen strikt zwischen den beiden selbstständigen Grundrechten aus Art. 14 und Art. 12 GG zu unterscheiden ist, überschneidet sich das Ergebnis dieser Abwägung im Hinblick auf Kabelbelegungsvorgaben typischerweise für beide Grundrechte.⁶⁵³ Dies findet seinen Ursprung darin, dass die Abwägungsdeterminanten – sozialer Bezug des Netzbetriebs als Voraussetzung der Freiheitsverwirklichung von Rezipienten (Informationsfreiheit) und Veranstaltern (Rundfunkfreiheit) einerseits, Privatwirtschaftlichkeitsgebot (Art. 87f GG) und Privatnützigkeit andererseits – weitgehend entsprechen.⁶⁵⁴

5. Fazit

Plattform- und Kabelbelegungsvorgaben befinden sich in einem verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis zwischen den Wirtschaftsfreiheiten der Kabelnetzbetreiber, der Informationsfreiheit der Rezipienten sowie der Rundfunkfreiheit. Als taugliches Mittel zur Auflösung dieser Konfliktlage für die Einspeisung in digitalisierte Kabelanlagen wird das Must-Carry-Modell erachtet.⁶⁵⁵ Denn einerseits erlaubt es durch die Vorgabe bestimmter Übertragungspflichten die Steuerung der Kabelbelegung im Interesse der rundfunkverfassungsrechtlich geforderten Vielfalt; andererseits ermöglicht es dem Netzbetreiber außerhalb dieser Vorgaben eine Verwirklichung seines unternehmerisch-privatautonomen Handlungsspielraums. Es kommt zu einem schonenden Ausgleich zwischen der Gewährleistung von Vielfalt und der Realisierung ökonomischer Rentabilität. Im Folgenden soll daher – anschließend an einen kurzen entstehungsgeschichtlichen Überblick – das derzeitige Must-Carry-Modell der rund-

⁶⁵¹ Vgl. dazu BVerfGE 30, 292 (313 f.); 82, 209 (229); zu diesem Fall vgl. auch BVerfGE 11, 30 (44 f.).

⁶⁵² BVerfGE 30, 292 (316 ff.); 68 155 (171); 95, 173 (183).

⁶⁵³ Vgl. dazu BVerfGE 97, 228 (265); OVG Bremen, ZUM 2000, 250 (258).

⁶⁵⁴ Vgl. *Bauer*, Netz und Nutzung, 147, auch zur sog. Indienstnahme des Netzbetreibers durch (positive) Must-Carry-Vorgaben (148 ff.).

⁶⁵⁵ Vgl. etwa *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 184, 218, 226 ff.; *ders.*, Chancengleicher Zugang, 104 ff., 109 ff., 115 ff.; *Dörr/Janik/Zorn*, Zugang, 134; *Degenhart*, in: *Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof*, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 743; *Holznapel*, in: *LfR*, Kabelbelegung und Rundfunkfreiheit, 9 (12).

funkstaatsvertraglichen Plattformregulierung in seinen Einzelheiten untersucht werden, bevor im nächsten Kapitel der Problemhorizont um grundsätzliche Fragen der zukünftigen Ausgestaltung der Rundfunkordnung sowie des daraus resultierenden Änderungsbedarf für das Must-Carry-Modell erweitert werden soll.

III. Historie: Von der analogen Kabelbelegung zur digitalen Plattformbelegung

1. Grundsätze analoger Kabelbelegung

Nicht nur die Technik der Signalverbreitung über Kabelnetze ist einem stetigen Veränderungsprozess ausgesetzt, gleiches gilt – in gewisser Weise zwangsläufig – auch für die das Kabel betreffenden Regulierungsvorschriften. Die aktuell geltende Plattformregulierung stellt den vorläufigen Endpunkt einer Entwicklung dar, die mit hoheitlichen Belegungsregimen für die analoge Rundfunkübertragung ihren Anfang nahm. Diese wurden sukzessive durch Vorschriften betreffend die digitale Signalverbreitung ergänzt und letztendlich in ein technologie-neutrales, an die Plattform anknüpfendes Regulierungsregime überführt.⁶⁵⁶ Doch auch diese differenziert weiterhin zwischen analoger Kabelverbreitung (§ 51b Abs. 3 Satz 1 RStV iVm Landesmediengesetzen) und digitaler Plattformbelegung.⁶⁵⁷

Lange Zeit war die analoge Verbreitung eines Rundfunkprogramms im Breitbandkabelnetz an mehrere kumulative Voraussetzungen gebunden: Der Programmveranstalter bedurfte zunächst einer rundfunkrechtlichen Zulassung als solcher (vgl. § 20 RStV); weiterhin war eine positive hoheitliche Kanalzuweisungsentscheidung seitens der zuständigen Landesmedienanstalt in der Form eines drittbegünstigenden Verwaltungsaktes erforderlich, durch die der Netzbetreiber zur Einspeisung des begünstigten Programms in einen seiner Kabelkanäle verpflichtet wurde.⁶⁵⁸ Sinn und Zweck dieses aus Sicht der Netzbetreiber „unbarmherzigen“⁶⁵⁹ Kanalbelegungsmonopols der Landesmedienanstalten war – so wie es § 51b Abs. 3 Satz 2

⁶⁵⁶ Vgl. die amtliche Begründung z. 10. RÄndStV, 26, 29; ferner *Christmann*, ZUM 2009, 7 (10 f.); *Janik*, in: *Schwartzmann, Praxis-HB Medienrecht*, 132 (149); *Ritlewski*, ZUM 2008, 403; *Weisser/Glas*, ZUM 2009, 914 (915); dies fordernd bereits *Gounalakis*, *Konvergenz der Medien*, Gutachten zum 64. DJT, Bd. 1, C 66 f.

⁶⁵⁷ Diese systematisch bedenkliche Aufspaltung der Regelungen zur Kabelbelegung rechtfertigt sich dadurch, dass die Plattformregulierungsvorschriften der §§ 52 ff. RStV definitionsgemäß nur die digitale Signalverbreitung betreffen (vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stetner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 51b Rn. 5). Zuvor waren die Vorgaben für analoge und digitale gemeinsam in § 52 RStV a.F. geregelt, wobei die materiellen Unterschiede zwischen beiden Regulierungsregimen weitgehend den heutigen entsprachen.

⁶⁵⁸ Vgl. zum Verwaltungsaktscharakter dieser Entscheidung VG Berlin, MMR 1998, 552 (554) m. w. N.; *Beucher/v. Rosenberg*, ZUM 1996, 643 (645 f.). Anfänglich waren die ersten beiden Voraussetzungen dergestalt gekoppelt, vgl. *Kirschnek*, Landesmediengesetz BW, 163 ff.; *Ricker*, ZUM 1997, 1 (3 f.) m. w. N. Schließlich bedurfte es einer Einigung zwischen Programmveranstalter und Netzbetreiber.

⁶⁵⁹ *Bornemann*, K&R 1999, 265 (270). Kritisch zum seinerzeitigen Kabelbelegungsmonopol der Landesmedienanstalten *Engel*, Medienordnungsrecht, 19 f., 93 f.; *Ders.*, *Kabelfernsehen*, 33 ff.; v. *Reinersdorff*, MMR 2006, 192; *Schwarz*, MMR 5/2006, XXIV.

RStV auch heute noch für die analoge Kanalbelegung umschreibt – die Etablierung einer präventiven Zugangskontrolle, um auch im Kabelnetz dem verfassungsrechtlichen Postulat des Meinungspluralismus zu genügen.⁶⁶⁰

In den analogen Belegungsregimen fanden bzw. finden sich ein „Vorrang“- und ein „Auswahlmodell“⁶⁶¹, die sich hinsichtlich des Entscheidungsspielraums der Landesmedienanstalt bei der Belegungsentscheidung unterscheiden.⁶⁶² Dieser Spielraum ist beim Vorrangmodell, bei dem die einzuspeisenden Programme gesetzlich einzelnen Gruppen zugeordnet sind („gesetzlich bestimmt“⁶⁶³, „ortsüblich“ bzw. „ortsmöglich“⁶⁶⁴, „herangeführt“), auf die letzte Gruppe der herangeführten Programme beschränkt⁶⁶⁵, während beim Auswahlmodell die Einspeisung nur einer kleinen Gruppe von Programmen gesetzlich determiniert ist, sodass hier der Entscheidungsspielraum entsprechend größer ist.⁶⁶⁶

Hinsichtlich eines Entscheidungsspielraums *des Netzbetreibers*, der zunächst weder im Vorrang- noch im Auswahlmodell existierte, nahm § 38 SächsPRG 199⁶⁶⁷ eine Vorreiterrolle ein. Denn dieser gewährte erstmalig dem Netzbetreiber ein wenn auch beschränktes Mitspracherecht bei der Belegung *seiner* Infrastruktur. Da die verpflichtend einzuspeisenden Programme gesetzlich vorgegeben waren, reduzierte sich die Rolle der sächsischen Landesmedienanstalt auf die Ausübung einer Missbrauchsaufsicht.⁶⁶⁸

⁶⁶⁰ Vgl. nur *Schütz*, MMR-Beil. 2/2001, 20 (21).

⁶⁶¹ Vgl. statt vieler *Dörr*, ZUM 1997, 345 (350 ff.).

⁶⁶² Vgl. *Thomaschki/Krakies*, ZUM 1995, 368 (370). Kritisch hinsichtlich einer Differenzierung etwa *Aschenbrenner*, Deregulierungszwang, 39 Fn. 100; *Stettner*, Kabelngpass, S 54 ff.

⁶⁶³ Insbesondere öffentlich-rechtliche und ausnahmsweise private Programme (vgl. *Beucher/Leyendecker/Rosenberg*, Mediengesetze, RStV, § 52 Rn. 28 m. w. N). Strittig ist die Einordnung öffentlich-rechtlicher Spartenprogramme (vgl. *Wille/Heckel*, ZUM 1997, 240 [241 ff.] einer- und *Ricker*, ZUM 1997, 1 ff. andererseits).

⁶⁶⁴ Diese Kategorien ablehnend *Castendyk*, ZUM 1993, 464 (472 f.); *Ladeur*, DÖV 1997, 983 (984); *Stettner*, ZUM 2000, 204; aA *Dörr*, ZUM 1997, 337 (356); differenzierend *Thomaschki/Krakies*, ZUM 1995, 368 (371).

⁶⁶⁵ Zu den dann einschlägigen „Vorrangskriterien“ diesen Fall existierten wiederum Vorrangskriterien, vgl. *Thomaschki/Krakies*, ZUM 1995, 368 (371); *Beucher/ v. Rosenberg*, ZUM 1996, 643 (649). Auf einer zweiten Stufe existierten sodann „weiche“ Auswahlkriterien (Programmvielfalt, Meinungsvielfalt, Umfang des Informationsangebotes, Zuschauerakzeptanz, Förderung der Meinungsvielfalt, Angebotsvielfalt; vgl. dazu auch die „Empfehlung zur Kanalbelegung“ der DLM vom Juni 1995; abgedruckt bei *Beucher/Leyendecker/v. Rosenberg*, Mediengesetze, § 52, Rn. 38; hierzu auch *Hess*, AfP 1996, 233 [235 f.]); zum Sonderproblem der „Kanalteilung“ vgl. *Wille*, ZUM 1996, 356 ff.

⁶⁶⁶ Zur gerichtlichen Überprüfbarkeit der Auswahlentscheidung vgl. *Ladeur*, DÖV 1997, 983 (987); umstritten ist, ob eine Ermessensentscheidung (so VGH BW, DÖV 1996, 705 [706]) oder ein Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsseite vorliegt (OVG Nds., ZUM 1996, 712 [715]; VG Berlin, MMR 1998, 552 [555] m. w. N.; *Beucher/v. Rosenberg*, ZUM 1996, 643 [651]).

⁶⁶⁷ Sächsisches Privatrundfunkgesetz in der Fassung vom 18. Januar 1996 (SächsGVBl. 13).

⁶⁶⁸ So statuierte § 38 Satz 3 SächsPRG: „Kommt der Betreiber der Kabelanlage diesen Pflichten nicht nach, kann die Weiterverbreitung von der Landesmedienanstalt untersagt werden; (...)“.

Die durch § 38 SächsPRG 1996 erstmals in Deutschland⁶⁶⁹ eingeführte Kombination hoheitlich determinierter Zwangsbelegung bei gleichzeitiger Gewährung unternehmerischer Freiräume für den Netzbetreiber wird als Must-Carry-Modell bezeichnet. Der SächsVGH ist anfänglichen Bedenken⁶⁷⁰ gegen die Verfassungsmäßigkeit dieses Modells mit Blick auf die Sicherstellung von Meinungsvielfalt entgegengetreten. Diese sei schon in ausreichendem Maße durch die obligatorisch einzuspeisenden Programme gewährleistet; auch habe die Landesmedienanstalt, deren Rolle sich dadurch auf eine ex-post zuständige Missbrauchsinstanz beschränkt⁶⁷¹, ausreichende Instrumentarien zur Vielfaltsgewährleistung zur Verfügung.⁶⁷² Dem sächsischen Beispiel sind zwischenzeitlich weitere Bundesländer gefolgt, die den Netzbetreibern durch eigene Belegungsspielräume einen Anreiz zum Netzausbau schaffen wollen.⁶⁷³

2. Das Verhältnis von Rundfunk und Telemedien im analogen Kabel

Nach dem das analoge Kabel anfänglich eine reine Fernsehdomäne war, begehrten später vermehrt auch Mediendienste Eingang in das Breitbandkabel. Dem trugen die Landesmediengesetze zunächst durch sog. Pilotklauseln Rechnung, wonach entsprechenden „neuartigen“ Diensten seitens der Landesmedienanstalt einzelne Kabelkanäle im Rahmen sog. Pilotprojekte zu Erprobungszwecken zugewiesen werden konnten.⁶⁷⁴ Sobald diese Erprobungsphase mit einem positiven Ausgang beendet war, waren diese Dienste an letzter Stelle der Belegungsranfolge ebenfalls zwingend einzuspeisen.

Auch im Hinblick auf die Behandlung von neuartigen Rundfunkdiensten ging das SächsPRG gegenüber den sonstigen Landesmediengesetzen einen Sonderweg. Nach dem § 38 Abs. 1 Nr. 4 SächsPRG 1996 war für „Mediendienste im Sinne des MStV“ mindestens ein Kabelkanal reserviert. Damit erhielten diese Dienste ebenfalls einen Must-Carry-Status und gingen allen Angeboten bei der Einspeisung vor, die aufgrund der autonomen Auswahlent-

⁶⁶⁹ Seinen Ursprung nimmt Must-Carry in den USA; vgl. hierzu *Esser-Wellié*, Breitbandkommunikation, 101 ff.

⁶⁷⁰ Etwa *Stettner*, ZUM 2000, 204 (205, Fn. 5); *ders.*, ZUM 1997, 673 (697 f.); *Hochstein*, AfP 1997, 770 (771); *Dörr*, ZUM 1997, 337 (353, 360), der insoweit auch auf *Thomaschki/Krakies*, ZUM 1995, 368 (373) verweist. Letztere erachten eine gesetzliche Bestimmung indes nur dann für verfassungswidrig, wenn sie die Kabelbelegung vollständig in das Ermessen des Netzbetreibers stellt, was auf § 38 SächsPRG nicht zutrifft.

⁶⁷¹ Kritisch zu dieser Entscheidung *Stettner*, Kabelbelegung, 47. Demgegenüber hat der SächsVerfGH in der Bagatellgrenze von 700 an eine Kabelanlage angeschlossene Wohneinheiten einen Verstoß gegen die Rundfunkfreiheit gesehen; ebenso bereits *Dörr*, ZUM 1997, 337 (347 f.); *Stettner*, ZUM 1997, 673 (696 f.).

⁶⁷² NVwZ-RR 1998, 345 (350). Zwar hat der SächsVerfGH eine Überprüfung der Vorschrift anhand von Art. 20 Abs. 1 Satz 2 der Verfassung des Landes Sachsen (SächsVerf) vorgenommen; diese Regelung ist jedoch mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG wortlautidentisch. Vgl. zu der Entscheidung auch *Dörr/Eckl*, NJW 1999, 1925 (1935).

⁶⁷³ Vgl. zu diesem Ziel etwa Landtag BW, Dr. 12/4026, 58 f. Dieser Entwicklung als „sachlich geboten“ zustimmend *Birkert/Reiter/Scherer*, Landesmediengesetz BW, Vor §§ 18-22, Rn. 1; zur heutigen Regelung der analogen Kabelbelegung vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 51b, Rn. 31.

⁶⁷⁴ Vgl. zu einer solchen Regelung (Art. 30 S. 2 BayMG a. F.) *Bornemann*, K&R 1999, 265 (266, 270).

scheidung des Netzbetreibers ihren Weg ins Kabel fanden. Hieraus resultierte eine faktische Bevorzugung dieser Dienste auch vor sonstigen Rundfunkangeboten, die nicht in den Genuss eines Must-Carry-Status kamen.⁶⁷⁵

3. Die digitale Kabelbelegung als Vorbote der Plattformbelegung

Zunächst beanspruchten die Landesmedienanstalten auch bei der Verteilung digitaler Kabelkapazitäten ein umfassendes Dedizierungsrecht. Sie nahmen dabei nicht nur für sich in Anspruch darüber zu befinden, welchen Veranstaltern ein Platz im technisch zuerst digitalisierten Hyperband zugeordnet wird; sie entschieden zudem darüber, welche der Kanäle darin überhaupt zur digitalen Rundfunkverbreitung Verwendung finden.⁶⁷⁶ Die Medienanstalt Berlin-Brandenburg (MABB) beschied etwa gegenüber der DTAG als damaliger Betreiberin des Berliner BK-Netzes, dass zwei Hyperbandkanäle zur Verbreitung analoger Programme zur Verfügung zu stehen hätten.⁶⁷⁷

Zur Vereinheitlichung der Regulierungsvorgaben entschieden sich die Länder im Vierten RÄndStV auch für den Bereich der digitalen Kabelanlagen bundeseinheitliche Belegungsregeln einzuführen.⁶⁷⁸ Erklärtes Ziel dieser Regelungen war es einerseits die gestalterischen Spielräume der Kabelnetzbetreiber zu erhöhen sowie diesen die Möglichkeit zu geben, sich bei der Belegung stärker an den Zuschauerinteressen zu orientieren⁶⁷⁹; andererseits sollte ein Kapazitätsbereich definiert werden, in den zur Gewährleistung der nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG sicherzustellenden Vielfaltsanforderungen bestimmte Programme zwingend einzuspeisen sind.⁶⁸⁰ Zu diesem Zweck wurde mit dem damaligen § 52 Abs. 2 bis 4 RStV a. F. auch für digitale Kabelanlagen eine Must-Carry-Regelung eingeführt. Diese unterscheidet sich zwar in

⁶⁷⁵ Kritisch hierzu etwa *Beucher/Leyendecker/v. Rosenberg*, Mediengesetze, § 52, Rn. 35. Die Mehrzahl der Bundesländer (z. B. Bayern, Hessen, Niedersachsen) beschränkten sich darauf, die unbezifferte Berücksichtigung von Telemedien als Teil eines vielfältigen Angebots zu fordern.

⁶⁷⁶ Vgl. *Bartosch*, CR 1997, 517 (520); kritisch zu diesem Vorgehen *Engel*, Kabelfernsehen, 33 ff.; zu den Widmungsrechten des Netzbetreibers vgl. ausführlich unten Kap. 3, B.IV.2.

⁶⁷⁷ Dem widersprach das von der DTAG angerufene VG Berlin, MMR 1998, 164 (165 ff.) mit ablehnender Anmerkung *Engels/Schulz*; kritisch zur föderal-kompetenziellen Argumentation des VG *Gersdorf*, Regelungskompetenzen, 48 ff., 66 ff.

⁶⁷⁸ Zur Knappheit der Übertragungsfrequenzen als Legitimation des Must-Carry-Regimes *Herrmann/Lausen*, Rundfunkrecht, § 30, Rn. 27; *Hesse*, Rundfunkrecht, Kap. 6, Rn. 23 f.; *Dörr/Janik/Zorn*, Zugang, 197.

⁶⁷⁹ Letzteres vor dem Hintergrund der Informationsfreiheit der Rezipienten ausdrücklich begrüßend *Weisser*, NJW 2000, 3526 (3527 mit Fn. 9). Zur Forderung nach einer Berücksichtigung der Zuschauerinteressen vgl. bereits *Castendyk*, ZUM 1993, 464 (470 f.).

⁶⁸⁰ Vgl. die amtliche Begründung z. 4. RÄndStV, BT-Dr. 12/4372, 115. Dadurch, dass die Begründung die Zuschauerinteressen als Abwägungsbelang auf der Seite des Netzbetreibers verortet bringt sie zum Ausdruck, dass selbst eine vollständig an Zuschauerinteressen orientierte Kabelbelegung nicht zur Herstellung der verfassungsrechtlich geforderten Vielfalt führen würde. Zur Regulierung der digitalen Kabelbelegung durch den 4. RÄndStV vgl. *Hesse*, ZUM 2000, 183 (185 f.); allgemein zum 4. RÄndStV *Ring*, ZUM 2000, 177.

ihrem Anwendungsbereich, der sich auf „Betreiber einer Kabelanlage“ beschränkte⁶⁸¹, erheblich von § 52b RStV, dieser ist ihr aber im Übrigen in Systematik und materiellem Regelungsgehalt sehr ähnlich.

IV. Das Belegungsregime des § 52b RStV im Einzelnen

Die Frage, mit welchen Diensten und in welchem Verhältnis diese Dienste zueinanderstehen, beantwortet § 52b RStV, dessen Regelungsgegenstand die „Belegung von Plattformen“ ist. Es handelt sich hierbei um die zentrale rundfunkrechtliche Vorschrift für den „Kampf der Dienste“ um Übertragungskapazitäten.

1. Überblick über die Belegungsvorgaben für Plattformen

Die Belegungsvorgaben des § 52b RStV etablieren das sog. Must-Carry-Modell technologieunabhängig für sämtliche Plattformen im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV.⁶⁸² Dieses auch als „Stufenmodell“⁶⁸³ bezeichnete Regelungskonzept besteht aus drei voneinander zu trennenden Gruppen, die jeweils unterschiedliche Anforderungen an die Belegung eines bestimmten Bereichs einer Plattform stellen.

Bei der ersten Gruppe handelt es sich – der Modellbezeichnung entsprechend – um den sog. Must-Carry-Bereich, der diejenigen Programme aufzählt, die zwingend durch den Plattformbetreiber einzuspeisen sind. Die zweite Gruppe enthält den sog. Can-Carry-Bereich.⁶⁸⁴ Dieser ist dadurch gekennzeichnet, dass der Gesetzgeber auf die Nennung konkreter Programme, deren Einspeisung vorgeschrieben wird, verzichtet hat; stattdessen entscheidet in diesem Bereich der Plattformanbieter selbstständig (§ 52b Abs. 4 RStV), welche Programme er einspeist. Bei dieser Entscheidung ist er allerdings an die in § 52b Abs. 1 Nr. 2 RStV aufgeführten Kriterien gebunden, an denen er seine Auswahlentscheidung zu orientieren hat. Die dritte Gruppe schließlich eröffnet dem Plattformanbieter den größten Entscheidungsspielraum. In diesem Bereich ist er von jeglichen medienrechtlichen Belegungsvorgaben befreit

⁶⁸¹ Zur Frage der Anwendbarkeit auf DSL-Netze vgl. *Wille/Schulz/Fach-Petersen*, in: Hahn/Vesting (2. Aufl.), RStV, § 52, Rn. 63 (ablehnend).

⁶⁸² Vgl. *Christmann*, ZUM 2009, 7 (11); *Grewenig*, ZUM 2009, 15 (19); *Schütz*, MMR 9/2007, X (XI); *Ritkowski*, ZUM 2008, 403 (405); *Weisser/Glas*, ZUM 2009, 914 (917); kritisch zum Must-Carry-Modell für Kabelnetzbetreiber *Möschel*, MMR-Beil. 2001, 13 (16).

⁶⁸³ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52b, Rn. 7 ff.

⁶⁸⁴ Einheitliche Bezeichnungen für diesen Bereich haben sich nicht durchsetzen können. So wird er teilweise als „medienrechtlicher Vielfaltsbereich“ oder „Non-Must-Carry-Bereich“ bezeichnet. Im Rahmen dieser Arbeit wird hingegen derjenige Kapazitätsbereich als „Non-Must-Carry-Bereich“ bezeichnet, in dem der Plattformbetreiber nur den allgemeinen Gesetzen unterworfen ist.

(„Non-Must-Carry“) und hinsichtlich seiner Belegungsentscheidung alleine an die allgemeinen Gesetze gebunden. Dementsprechend kann sich der Plattformbetreiber bei seiner Entscheidung innerhalb dieses Bereichs grundsätzlich auch von rein wirtschaftlichen Erwägungen leiten lassen. Sinn und Zweck dieser abgestuften Regelungsintensität ist das Austarieren des durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 geschützten Allgemeininteresses an möglichst umfassender Meinungsvielfalt auf einer Plattform sowie den wirtschaftlichen Partikularinteressen der Plattformanbieter; denn es ist dies, die Belegung einer Plattform mit Programmen und Diensten, die über die Attraktivität einer Plattform und damit den geschäftlichen Erfolg ihres Anbieters entscheidet.⁶⁸⁵

2. Anwendungsbereich der Plattform – insbesondere Widmungsfrage

Der Anwendungsbereich des Plattformbelegungsregimes bestimmt sich grundsätzlich aus der Kombination der Plattformanbieterdefinition des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV und den Ausnahme- bzw. Befreiungstatbeständen in § 52 Abs. 1 Satz 2 sowie 52b Abs. 3 RStV⁶⁸⁶; auch die ZPS ist zu berücksichtigen.⁶⁸⁷ Von besonderer Bedeutung ist allerdings, inwieweit der Plattformanbieter selbst darauf Einfluss nehmen kann, ob er den Belegungsvorgaben unterfällt, etwa indem er nur einen kleinen Teil seines Netzes digitalisiert. Daran knüpft sich die Frage an, ob der Plattformanbieter gesetzlich verpflichtet werden kann, sein Netz zu digitalisieren („Zwangsdigitalisierung“).

Der einzige für das Breitbandkabel relevante Befreiungstatbestand in § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV ist der für sog. hybride Plattformen.⁶⁸⁸ Eine hybride Plattform führt verschiedene Infrastrukturen bzw. Plattformen auf einem einzigen Endgerät zusammen. Weist der Befreiung begehrende Plattformanbieter nach, dass Must-Carry- und Can-Carry-Angebote auf einem gleichartigen Übertragungsweg ohne zusätzlichen technischen oder finanziellen Aufwand auf demselben Endgerät⁶⁸⁹ empfangbar sind, ist er von den Vorgaben des Belegungsregimes be-

⁶⁸⁵ Mit dem Belegungsrecht der Netzbetreibers korreliert eine Anzeigeverpflichtung (§ 52b Abs. 4 Satz 2 RStV), um der ZAK die Wahrnehmung ihrer Rolle als Missbrauchsaufsicht zu ermöglichen.

⁶⁸⁶ Ein Beschränkung des Anwendungsbereichs bei Plattformen mit weniger als 60 Programmen wurde im Gesetzgebungsverfahren verworfen, vgl. *Schütz*, MMR 9/2007, X (XI).

⁶⁸⁷ Eine weitere Eingrenzung ergibt sich aus der Beschränkung auf private Betreiber. Gemischt-wirtschaftliche Betreiber unterfallen der Plattformbelegung, da diese unter dem RStV als privat anzusehen sind.

⁶⁸⁸ Die ZAK spricht – in irreführender und daher abzulehnender Weise (vgl. oben Kap. 3 A.I.2.c.; vgl. auch *Weisser/Glass*, ZUM 914 [917]) – bei den nach § 52b Abs. 3 RStV befreiten Plattformen von „*Programmplattformen*“. Auch das BKartA verwendet den Begriff, vgl. BKartA, B 7 – 22/05 (Iesy/Ish), Tz. 75.

⁶⁸⁹ Etwa ein Endgerät, das über einen DVB-C- und DVB-T-Tuner verfügt; *Christmann*, ZUM 2009, 7 (12), die als Hauptanwendungsfall die Kombination von DVB-T und IP-TV erachtet; zweifelnd: *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52b, Rn. 27.

freit.⁶⁹⁰ Dadurch ändert sich zwar nichts an der Plattformeigenschaft der privilegierten Plattform⁶⁹¹, die durch die Plattformbelegung zu gewährleistende Vielfaltssicherung, für die es als Bezugspunkt nur auf das konkrete Empfangsendgerät ankommt⁶⁹², wird aber auf anderem Weg erreicht.⁶⁹³ Schon aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht ist diese Regelung notwendig, da die Belastung eines Plattformanbieters mit einer Zwangsbelegung bei anderweitiger Vielfaltssicherung für den konkreten Rezipienten auf einem konkreten Endgerät, nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig wäre.⁶⁹⁴ Im Übrigen erlaubt sie eine effizientere Frequenznutzung.

Während die einzelnen Landesmediengesetze keine gesonderten Regelungen zur Plattformbelegung enthalten⁶⁹⁵, erweitert § 1 Abs. 3 ZPS die Befreiungstatbestände.⁶⁹⁶ Danach erfolgt eine Befreiung auch dann, wenn dem Plattformanbieter nur ein Teil der verfügbaren Gesamtkapazität überlassen ist und die Belegungsvorgaben auf der verbleibenden Kapazität eingehalten sind. Diese Regelung verbleibt ohne Anwendungsbereich, da es mehrere Plattformanbieter auf einer einzigen Plattform nicht gegeben kann. Dies folgt bereits aus der Anknüpfung der Plattformanbieterdefinition an die Angebotszusammenstellung auf der Gesamtkapazität⁶⁹⁷; gleiches gilt nach § 3 Abs. 1 Satz 1 ZPS.⁶⁹⁸ Auch die mit § 1 Abs. 3 ZPS vergleichbare Regelung des § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV lässt mit ihrem Anknüpfen an einen „anderen Übertragungsweg“ kein anderes Verständnis zu.

Wesentlich relevanter als die kodifizierten Befreiungstatbestände ist hingegen, ob der Plattformanbieter selbst auf Anwendbarkeit und Umfang der Belegungsvorschriften auf seine Infrastruktur nehmen kann, indem er Teile seiner Infrastruktur einem anderen Zweck als der Übertragung von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien dediziert oder diese bewusst nicht

⁶⁹⁰ Eines Befreiungsantrags bedarf es nach dem Wortlaut nicht („ist von den Anforderungen [...] befreit, soweit“), die Freistellung erfolgt *ipso iure* (aA wohl Ritlewski, ZUM 2008, 403 [406]).

⁶⁹¹ Daher ist auch die Bezeichnung „Programmplattform“ unzutreffen (vgl. oben Fn. 688).

⁶⁹² AA Ritlewski, ZUM 2008, 403 (405 f.), der ein Verschwinden der Must-Carry-Programme im „digitalen Dschungel“ befürchtet. Er übersieht, dass die Auffindbarkeit eines Programmes ein Problem offener EPGs und kein Belegungsproblem ist. Vgl. in diesem Zusammenhang Grewenig, ZUM 2009, 15 (20) zur Vielfaltssicherung durch Auffindbarkeit. Für eine öffentlich-rechtliche Suchmaschine spricht sich MABB-Direktor Hans Hege in seinem Beitrag auf www.faz.net vom 01.09.2012 aus.

⁶⁹³ Die Befreiung kann nur in dem Umfang gewährt werden, wie die Sicherstellung der notwendigen Programme („entsprechende Angebote“) durch den anderen Übertragungsweg auf demselben Endgerät sichergestellt wird; kritisch Christmann, ZUM 2009, 7 (12).

⁶⁹⁴ Abzulehnen ist die Erstreckung auch auf Can-Carry-Programme, da sich deren Auswahl aufgrund des Auswahlspielraums des Plattformanbieters (vgl. Kap. 3 B.IV.5) nicht vergleichen lässt.

⁶⁹⁵ Sie wiederholen entweder den Wortlaut des § 52b RStV (so etwa § 32a MStV HH/SH) oder verweisen auf ihn (§ 37 Abs. 6 NMedienG). Zwingend notwendig ist dies nicht, da der RStV aufgrund der jeweiligen Zustimmungsgesetze der einzelnen Länder (zum Procedere vgl. nur Fechner, Medienrecht, 10. Kap., Rn. 121 ff.) im Rang eines einfachen Landesgesetzes steht. Für Spannungsverhältnisse mit noch vorhandenen älteren Vorschriften zur digitalen Kabelbelegung lässt sich auf *lex posterior derogat legi priori* rekurrieren.

⁶⁹⁶ Zum Streit einer Analogie zu Bagatellklauseln der analogen Kabelbelegung vgl. Hahne, Kabelbelegung, 70 f.

⁶⁹⁷ Vgl. ausführlich hierzu oben (Kap. 3 A.I.2).

⁶⁹⁸ „Auf der Übertragungskapazität“, gemeint ist die gesamte Kapazität; vgl. auch ALM, Jahrbuch 2008, 36.

digitalisiert. Unter einer Vorgängerregelung⁶⁹⁹ des § 52b RStV zur Kabelbelegung wurde diese Frage kontrovers diskutiert. Es standen sich eine an den Wortlaut („soweit“) anknüpfende „Widmungslösung“⁷⁰⁰, wonach es zunächst einer positiven Willensentscheidung des Netzbetreibers zugunsten der Rundfunkverbreitung bedürfe, und eine teleologisch orientierte „Gesamtkapazitätslösung“⁷⁰¹ gegenüber, wonach die technisch insgesamt verfügbare Kapazität Anknüpfungspunkt der Belegungsvorgaben sein müsse.⁷⁰²

Obleich sich diese Diskussion schon angesichts des divergierenden Wortlauts des § 52b RStV nicht unmittelbar übertragen lässt, stellt sich doch auch unter dessen Geltung die Frage, ob der Plattformanbieter durch eine bewusste Entscheidung gegen die Verwendung digitaler Übertragungstechnik oder die Verbreitung von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien Einfluss auf dessen Geltung nehmen kann.

a. Widmungsrecht des Plattformanbieters (Übertragungstechnik)

Die Plattformregulierung des RStV knüpft explizit an die digitale Signaldistribution an; werden die Übertragungskapazitäten nicht digital genutzt, liegt schon keine Plattform vor. Ist nun aber ein Netzbetreiber hoheitlich gezwungen, sein Netz oder zumindest einen Teil dessen zu digitalisieren, würde er im Ergebnis automatisch auch der Plattformregulierung unterfallen. Für eine solche „Zwangsdigitalisierung“ ist zwischen der geltenden Rechtslage und einer zukünftigen gesetzlichen Zwangsdigitalisierung etwa der Kabelinfrastruktur zu differenzieren.

i. De lege lata: Entscheidungshoheit des Netzbetreibers

Grundsätzlich ist die Wahl der verwendeten Übertragungstechnik eine autonome unternehmerische Entscheidung eines Netzbetreibers. Sie ist Ausdruck der Nutzungsbefugnis über sein Eigentum und durch Art. 14 GG geschützt.⁷⁰³ Dies entspricht auch der Auffassung des EuGH, der ausgeführt hat, „dass es dem Kabelnetzbetreiber freisteht, die Kanäle seines Netzes einer analogen oder einer digitalen Nutzung zuzuweisen“.⁷⁰⁴ Es fragt sich daher, ob eine

⁶⁹⁹ § 52 Abs. 2 RStV i.d. Fassung des 4. RÄndStV: „Soweit Betreiber von digitalisierten Kabelanlagen Fernsehprogramme oder Mediendienste verbreiten, gelten hierfür die Bestimmungen der Absätze 3 bis 5.“

⁷⁰⁰ Schütz, MMR-Beil. 2/2001, 20 (24); ders. Kommunikationsrecht, Rn. 441; Spoerr/Luczak, ZUM 2010, 555.

⁷⁰¹ Irion/Schirmbacher, CR 2002, 61 (65).

⁷⁰² Im Ergebnis bestand Konsens zwischen Vertretern beider Auffassungen, dass zumindest soviel Kapazität seitens des Netzbetreibers für die Rundfunkverbreitung bereitgestellt werden müsse, dass die qualitativen Vorgaben des Must- und Can-Carry-Bereichs ein quantitatives Minimum an verfügbarer Übertragungskapazität voraussetzten (vgl. Schütz, MMR-Beil. 2/2001, 20 [24]).

⁷⁰³ Vgl. Spoerr/Luczak, ZUM 2010, 553 (559); Roßnagel/Hilger, MMR 2002, 445 (447).

⁷⁰⁴ EuGH, Slg. 2008, I-10889, Rn. 48.

gesetzliche Regelung besteht, die eine verfassungs- und europarechtskonforme Beschränkung der Entscheidungsfreiheit des Netzbetreibers enthält.

Bereits vorab ist zu konstatieren, dass die insoweit infrage kommenden Vorschriften, die im Ergebnis bereits aus anderen Gründen nicht als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommen⁷⁰⁵, allesamt dem Landesrecht entspringen und damit kompetenzrechtliche Probleme aufwerfen. Denn die Frage, in welcher Übertragungstechnik ein Kabelnetz betrieben wird, ist primär eine solche der Sendetechnik, sie betrifft die Transportfunktion des Netzes.⁷⁰⁶ Die fehlende inhaltliche Relevanz folgt schon daraus, dass der überwiegende Teil von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien – vorbehaltlich der Kapazitätssituation – sowohl analog als auch digital übertragen werden kann. Die Wahl der Übertragungstechnik fällt damit in die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 11 GG.⁷⁰⁷

(1) Beschränkung der Entscheidungsfreiheit durch § 52b RStV?

Zunächst lässt sich die Vorschrift des § 52b RStV selbst nicht als taugliche Ermächtigungsgrundlage für eine Zwangsdigitalisierung, den sog. *switch-over*, heranziehen. Schon der an die „zur Verfügung stehende Gesamtkapazität“ anknüpfende Wortlaut legt ein Verständnis nahe, wonach § 52b RStV kein Mindestmaß zu digitalisierender Übertragungskapazität definiert, sondern das Vorhandensein einer solchen voraussetzt. Als eingriffslegitimierende Regelung⁷⁰⁸ würde die Vorschrift zudem nicht den Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips⁷⁰⁹ an die Normenbestimmtheit genügen.⁷¹⁰

⁷⁰⁵ I.E. ebenso *Wimmer*, ZUM 2002, 534 (539); *Christmann/Enßlin/Wachs*, MMR 2002, 291 (293); *Schütz*, MMR-Beil. 2/2001, 20 (23); *Spoerr/Luczak*, ZUM 2010, 553 (555); vgl. auch VG Berlin, MMR 1998, 164 ff.

⁷⁰⁶ Vgl. *Gersdorf*, Zugang zu Kabelnetzen, 274; *Spoerr/Luczak*, ZUM 2010, 553 (557).

⁷⁰⁷ So auch VG Berlin, MMR 1998, 164 (167); zustimmend die Anm. von *Müller-Using/Lücke*, MMR 1998, 167; ferner *Schütz*, MMR-Beil. 2/2001, 20 (24); *ders.*, MMR 1998, 11 (12); *ders.*, Kommunikationsrecht, Rn. 441; *Spoerr/Luczak*, ZUM 2010, 553 (557); zu denkbaren Konstellation einer Länderzuständigkeit in diesem Zusammenhang vgl. *Wille/Schulz/Fach-Petersen*, in: Hahn/Vesting (2. Aufl.), Rundfunkrecht, RStV, § 52 Rn. 65; eine Länderkompetenz bejahend *Gersdorf*, Regelungskompetenzen, 52; *ders.*, Zugang zu Kabelnetzen, 273 f.; *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2000, 36 (42); implizit auch *Bartosch*, CR 1997, 517 (521); *Trafkowski*, Medienkartellrecht, 238; *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, Gutachten zum 64. DJT, Bd. 1, C 98.

⁷⁰⁸ Denkbar wäre etwa eine Berechnung der Mindestgröße digitaler Kapazität durch die absolut bestimmbare Größe, der es für die Must-Carry-Programme bedürfe, und zu dieser die dazu relativ – da gleichgroß – bestimmbare Kapazität für den Can-Carry-Bereich addiert.

⁷⁰⁹ Zum Rechtsstaatsprinzip und seinen einzelnen Ausprägungen vgl. etwa *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, § 12 Rn. 12 ff; im Hinblick auf Inhalts- und Schrankenbestimmungen *Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG, Bd. 1, Art. 14, Rn. 220; zum Bestimmtheitsgebot BVerfGE 49, 89 (126 f.).

⁷¹⁰ Vgl. VG Berlin, MMR 1998, 164 (165) mit zustimmender Anm. *Müller-Using/Lücke*, MMR 1998, 168, zu den Anforderungen an eine Ermächtigungsgrundlage, um Netzbetreiber zur Bereitstellung von Kapazitäten für Rundfunkzwecke zu verpflichten. *Spoerr/Luczak*, ZUM 2010, 553 (555) übertragen diese Anforderungen *a fortiori* auf die Indienstnahme eines Netzbetreibers zugunsten einer bestimmten Übertragungstechnik.

(2) Digitalisierungszwang am Beispiel von § 4 Abs. 6 SächsPRG?

Ebenso wenig lässt sich der Vorschrift des § 4 Abs. 6 SächsPRG eine Rechtsgrundlage für die Zwangsdigitalisierung der Kabelinfrastruktur entnehmen. Nach dieser sollen Rundfunk und vergleichbare Telemedien spätestens ab 1. Januar 2015 nur noch digital übertragen werden.⁷¹¹ Ihre sprachliche Gestaltung könnte tatsächlich für die Kodifizierung eines definitiven *switch-over*-Datums sprechen; auch enthält sie die unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten notwendige Übergangsphase bis zu einer – vermeintlichen – endgültigen Analog-Abschaltung.⁷¹²

Diesem Normverständnis steht indes die Regelungssystematik der Vorschrift entgegen, wonach § 4 SächsPRG die Zuordnung technischer Übertragungskapazitäten zugunsten von Veranstaltern und Plattformanbietern betrifft. Eine solche Zuordnung ist nicht mit der Schaffung verfügbarer Kapazitäten gleichzusetzen, sie setzt die Existenz zuzuordnender Kapazitäten vielmehr voraus. Für die Schaffung zuzuordnender Frequenzen lässt sich den Absätzen 1 bis 5 des § 4 SächsPRG nichts entnehmen. Vielmehr verdeutlicht etwa § 4 Abs. 1a SächsPRG, der die Erschließung und Nutzung neuer Techniken und Nutzungskapazitäten betrifft, dass § 4 SächsPRG lediglich Programmsätze beinhaltet.⁷¹³

(3) Digitalisierungszwang am Beispiel von § 39 Abs. 1 Nr. 2 MStV BB?

Schließlich scheidet auch § 39 Abs. 1 Nr. 2 MStV BB Zwangsdigitalisierungsvorschrift aus. Danach sind Kabelanlagen so zu errichten und zu betreiben, dass sie dem Bedarf und dem Stand der Übertragungstechnik entsprechen. Zwar ist dies ausweislich der Überschrift eine Pflicht des Kabelanlagenbetreibers, ihre Verletzung ist jedoch sanktionslos (vgl. § 60 MStV BB); auch ein Einschreiten der Landesmedienanstalt ließe sich aufgrund des Wortlauts der Norm nicht auf sie stützen. Dies verdeutlicht ein Vergleich mit dem Wortlaut des § 39 Abs. 2 MStV, der einen Kabelanlagenbetreiber explizit zu aktivem Tun verpflichtet. Absatz 2 betrifft jedoch nur die Bereitstellung von technischen Dienstleistungen für die digitale Programmverbreitung, nicht hingegen die Schaffung digitaler Kapazitäten.

⁷¹¹ Hierbei handelt es sich um eine Ausnahme nur für die Kabelinfrastruktur, da im Übrigen eine vollständige Digitalisierung bereits ab dem 1. Januar 2010 erfolgen sollte.

⁷¹² Vgl. dazu *Hahne*, Kabelbelegung, 170.

⁷¹³ So auch das Verständnis von *Spoerr/Luczak*, ZUM 2010, 553 (555), die in § 4 SächsPRG eine „*Handlungsdirigative für staatliche, zuteilende Zuweisungsentscheidungen*“ sehen. Bestätigt wird dies durch die Aussage des seinerzeit zuständigen Staatsministers *de Maizière*, wonach die Norm ein „*politisches Zeichen*“ zur Einläutung des digitalen *switch-over* sein sollte, vgl. Sächs. Landtag, LT-Dr. 3/20, 1342.

ii. Mögliche Zwangsdigitalisierung *de lege feranda*?

Steht demnach fest, dass es derzeit an einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage für eine zwangsweise Dedizierung der Kabelinfrastruktur fehlt, ist weiter zu fragen, ob eine solche Norm zukünftig geschaffen werden könnte. Unabhängig des „ob“ müsste eine solche Norm jedenfalls grundsätzlich dem Bundesrecht entstammen.⁷¹⁴ Anders als für die terrestrische Rundfunkverbreitung, für die in § 63 Abs. 5 TKG a.F. ein definitiver Termin für den analogen „Switch-Off“ normiert war⁷¹⁵, sollte die Digitalisierung von Satellit und Kabel ursprünglich marktgetrieben erfolgen.⁷¹⁶ Bei der Satellitenverbreitung hat sich die Volldigitalisierung bis 2012 tatsächlich vollzogen, beim Kabel hat sich die Prognose eines *switch-over* bis 2010 hingegen als zu optimistisch erwiesen, hier erfolgt nur knapp 56 Prozent der Verbreitung digital.⁷¹⁷ Dies erklärt sich insbesondere daraus, dass die Wechselkosten für Kabelnutzer für einen Digitalumstieg höher sind; anders als Satellitennutzer sind sie insbesondere nicht an ein separates Zusatzgerät gewöhnt.⁷¹⁸ Auch das attraktive Fernsehangebot des analogen Kabelfernsehens trägt zur Wechselunwilligkeit bei.⁷¹⁹

Für eine vollständige Digitalisierung des Kabelempfangs spricht insbesondere die dadurch optimierte Frequenznutzung. Insbesondere durch nach wie vor stattfindendes *Simulcasting* von Rundfunkprogrammen werden wertvolle Übertragungskapazitäten verbraucht. Dem Gesetzgeber stehen grundsätzlich mehrere Optionen offen, um eine vollständige Digitalisierung des Kabels zu forcieren. Neben der Implementierung staatlicher Anreizsysteme⁷²⁰ gehört hierzu auch die Kodifizierung eines Abschalt datums für die analoge Kabelverbreitung nach Vorbild des § 63 Abs. 5 TKG a.F.⁷²¹, an der es, wie soeben dargestellt, bislang fehlt. Diese müsste nicht nur der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung gerecht werden, sondern auch materiell verfassungsgemäß sein. Denn eine Zwangsdigitalisierungsvorschrift greift gleichermaßen in die Rundfunkfreiheit und Wirtschaftsfreiheiten sowohl der Netzbetreiber⁷²² als auch der Rundfunkveranstalter ein.⁷²³ Maßgebend ist insoweit, dass beide auf eine mög-

⁷¹⁴ Vgl. etwa § 64 Abs. 4 TKG für terrestrische Hörfrequenzen.

⁷¹⁵ Vgl. dazu Grünwald, *Analoger Switch-Off*, passim; ders., MMR 2001, 89 ff.

⁷¹⁶ So der Vorschlag der *Initiative Digitaler Rundfunk* des BMWi im „Startszenario 2000“, 4 f.; zu den Übergangsszenarien vgl. Hahne, *Kabelbelegung*, 170 ff.

⁷¹⁷ Vgl. Kunow, in: ALM (Hrsg.), *Digitalisierungsbericht 2013*, 36.

⁷¹⁸ Hamann, ZUM 2009, 2 (5).

⁷¹⁹ Vgl. Spoerr/Luczak, ZUM 2010, 553 (554) auch zu weiteren Gründen.

⁷²⁰ Vgl. dazu Spoerr/Luczak, ZUM 2010, 553 (555 f.).

⁷²¹ Für dessen Anwendung auch auf das Kabel Rickert, in: Heun (Hrsg.), *Hdb. TKG*, Teil J Rn. 19. Überzeugend mit Verweis auf die Wortlautgrenze dagegen Spoerr/Luczak, ZUM 2010, 553 (554).

⁷²² Vgl. dazu oben Kap. 3 B.II.1. Zur gegenüber von Belegungsvorgaben gesteigerten Eingriffsintensität eines Widmungszwangs vgl. Bauer, *Netz und Nutzung*, 75 f.

⁷²³ Zur stärkeren Akzentuierung der Rundfunkfreiheit als subjektives Abwehrrecht, vgl. Kap. 4, B.IV.1.b. Demgegenüber ist die Informationsfreiheit der Zuschauer nicht betroffen, da die Zwangsdigitalisierung einer Verbreiterung des Informationsangebots dient, vgl. Spoerr/Luczak, ZUM 2010, 553 (560).

lichst hohe Reichweite ihrer Infrastruktur bzw. ihres Programms angewiesen sind und im Zuge der Umstellung auf vollständige Digitalverbreitung zumindest vorübergehend Reichweitenverluste hinnehmen müssten. Dies gilt insbesondere für die Netzbetreiber, die mit einer Kundenabwanderung zu alternativen Infrastrukturen konfrontiert sein könnten.

Es kommt daher auf die Verhältnismäßigkeit einer Zwangsdigitalisierung an. Im Ausgangspunkt ist die Verbesserung der Kapazitätssituation und die daraus folgende Steigerung der Angebotsvielfalt ein legitimes Interesse. Gleichwohl sprechen die besseren Gründe gegen die Verhältnismäßigkeit einer solchen Regelung. Zunächst findet sich bereits im analogen Kabelnetz eine erhebliche Programmvielfalt.⁷²⁴ Zudem zeigen Beobachtungen der Medienwissenschaften, dass alleine eine unüberschaubare Angebots- nicht zwangsläufig zu einer Steigerung der Meinungsvielfalt führt, sondern – angesichts des beschränkten Medienzeitbudgets – eher kontraproduktiv für den Meinungsbildungsprozess sein kann.⁷²⁵ Außerdem verfügen über dreiviertel der Haushalte mittlerweile über einen Anschluss zum offenen Internet, wodurch sie Zugriff auf eine unüberschaubare Angebotsvielfalt haben. Schließlich ist auch beim Kabel ein deutlicher Trend zur fortschreitenden Digitalisierung zu erkennen. So hat sich dessen Digitalisierungsgrad zwischen 2009 und 2013 nahezu verdoppelt.⁷²⁶ Angesichts dessen erscheint eine Zwangsdigitalisierung des Kabels als nicht erforderlich im verfassungsrechtlichen Sinne.⁷²⁷

b. Widmungsrecht des Plattformanbieters (übertragene Inhalte)

Von der soeben dargestellten Entscheidung über die verwendete Übertragungstechnik ist die Frage der Dedizierung des Kabels für bestimmte Dienstekategorien zu unterscheiden. Die Plattformanbieterdefinition, die eine Verbreitung von Rundfunk und Telemedien verlangt, legt nahe, dass es der Netzbetreiber grundsätzlich in der Hand hat, ob er als Plattformanbieter agieren will und damit dem Plattformbelegungsregime unterfällt oder nicht. Entscheidet er sich gegen eine Verbreitung von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien, wäre er kein Plattformanbieter und damit nicht Regelungsadressat des § 52b RStV.⁷²⁸ Gleichwohl dürfte diese Konstellation praktisch jedenfalls mittelfristig nicht anzutreffen sein, da das Kabel seine

⁷²⁴ In diese Richtung das VG Berlin, MMR 1998, 164 ff.

⁷²⁵ Vgl. dazu ausführlich unten Kap. 4, B.II.2.c.

⁷²⁶ Kunow, in: ALM, Digitalisierungsbericht 2013, 36.

⁷²⁷ Skeptisch auch *Spoerr/Luczak*, ZUM 2010, 553 (563), die zu Recht darauf hinweisen, dass eine solche jedenfalls einheitlich für NE-3 und NE-4 erfolgen müsste.

⁷²⁸ Gleiches gilt mangels aktiven *Belegungsakts* iSd § 52b RStV, wenn Nutzer lediglich über einen durch den Netzbetreiber vermittelten offenen Internetzugang Zugriff auf Rundfunk und vergleichbare Telemedien haben. So auch für Vorgängerregelung des § 52 RStV *Wille/Schulz/Fach-Petersen*, in: Hahn/Vesting (2. Aufl.), Rundfunkrecht, RStV, § 52 Rn. 65; *Bauer*, Netz und Nutzung, 71.

Attraktivität gerade auch aus seinem Rundfunkangebot speist.⁷²⁹ Praktisch relevanter dürfte hingegen die Konstellation sein, in der ein Netzbetreiber nur einen Teil der ihm zur Verfügung stehenden Übertragungskapazitäten zur Verbreitung von Rundfunk und Telemedien verwenden will, während er mittels der restlichen Kapazitäten andere Dienste anzubieten gedenkt.⁷³⁰ Auch insoweit gilt im Ausgangspunkt, dass die Dedizierungsentscheidung alleine dem Netzbetreiber zusteht, solange sie ihm nicht verfassungsgemäß qua Gesetz vorgegeben ist.

i. Widmungszwang qua RStV?

Eine solche gesetzliche Dedizierungsvorgabe lässt sich § 52b RStV nicht entnehmen. Auch diese Vorschrift ließe sich im Sinne beider oben beschriebenen Ansichten⁷³¹ – Widmungs- vs. Gesamtkapazitätslösung auslegen. Auf *einfachgesetzlicher* Ebene sprechen die besseren Auslegungsargumente – Wortlaut („*Gesamtkapazität*“) sowie Systematik (Non-Must-Carry-Bereich gerade für Nicht-Rundfunk- und Telemediendienste⁷³² wäre sonst bedeutungslos) – sprechen für ein Verständnis im Sinne der Gesamtkapazitätslösung und gegen eine Widmungsbefugnis des Netzbetreibers.⁷³³ Betritt man jedoch die verfassungsrechtliche Ebene kehrt sich dieser Befund um und führt – jedenfalls – über eine verfassungskonforme Auslegung des § 52b RStV zur Anerkennung der Widmungslösung. Denn auch hier gilt nichts anderes als bei der Untersuchung des § 52b RStV als Zwangsdigitalisierungsvorschrift.⁷³⁴ Es fehlt der Norm für den weitergehenden – da über die Verteilung hierfür vom Netzbetreiber gewidmeter Übertragungskapazitäten – an der insoweit notwendigen Bestimmtheit in Tatbestand und Rechtsfolge.⁷³⁵

Soweit sich der Netzbetreiber allerdings für die Verbreitung von Rundfunk und Telemedien entscheidet, soweit unterliegt er auch dem Belegungsregime des § 52b RStV. Daraus folgt auch, dass der in diesem Fall der digitalen Verbreitung von Rundfunk und Telemedien

⁷²⁹ Ebenso *Wimmer*, ZUM 2002, 534 (544); *Rhein*, MMR-Beil. 2/2001, 3 (10); *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 205 f.; aA *Wille*, ZUM 2002, 261 (267), die durch einen „*Rundfunkkorridor*“ sicherstellen will, dass zumindest Teile des Kabelnetzes zu Rundfunkzwecken verwendet werden; vgl. auch *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 140; *Ladeur*, ZUM 2002, 252 (260 f.).

⁷³⁰ Dieses Risiko hervorhebend *Grewenig*, ZUM 2009, 15 (20). Die Möglichkeit, das Kabelnetz auch zur Verbreitung anderer Dienste als Rundfunk und Telemedien zu nutzen, existiert in der Praxis seit der Einführung der digitalen Übertragungstechnik. Bis dahin war das Breitbandkabel aufgrund der Kapazitätsknappheit in erster Linie dem Rundfunk vorbehalten, wenngleich auch andere Nutzungsformen technisch möglich gewesen wären.

⁷³¹ Vgl. zu beiden Ansätzen oben (Kap. 3, B.IV.2.).

⁷³² Vgl. die Begründung zu § 52 RStV a. F., LT-Dr. NRW 12/4372, 116.

⁷³³ In diese Richtung auch *Ladeur*, ZUM 2002, 252 (261).

⁷³⁴ Oben Kap. 3, B.IV.2.a.i.1.

⁷³⁵ Ebenso *Bauer*, Netz und Nutzung, 75 f.; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52b, Rn. 10

zur Verfügung gestellte Kapazitätsumfang groß genug sein muss, um jedenfalls eine Verbreitung der Must- sowie Can-Carry-Angebote zu gewährleisten.

ii. Widmungszwang qua sonstigen Landesrechts?

Lässt sich dem RStV also keine Ermächtigungsgrundlage für eine verpflichtende Indienstnahme bestimmter Kapazitätsbereiche zum Zwecke der Rundfunkübertragung entnehmen, enthalten jedoch einige Landesmediengesetze diesbezügliche Regelungen.⁷³⁶ Exemplarisch sei hier § 34 Satz 1 MStV BB a.F.⁷³⁷ erwähnt:

„Die Übertragungsmöglichkeiten in den Kabelnetzen im Geltungsbereich dieses Staatsvertrages dienen der Verbreitung von Rundfunk und, soweit dadurch der Vorrang der Vielfaltssicherung nicht beeinträchtigt wird, der Verbreitung von Telemedien und Telekommunikationsdiensten.“⁷³⁸

Allerdings fehlte auch dieser Vorschrift die Struktur einer klassischen Ermächtigungsgrundlage, die über einen Tatbestand und eine Rechtsfolge verfügt. Vielmehr erweckte auch sie den Eindruck eines allgemeinen Programmsatzes. Ergänzt wurde sie allerdings durch folgenden Satz 2:

„Im Fall kollidierender Nutzungsinteressen entscheidet die Medienanstalt nach Anhörung der Beteiligten und unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen des Netzbetreibers (...).“

Hierdurch wurde der MABB eine Letztentscheidungsbefugnis für den Fall eingeräumt, dass verschiedene Dienstekategorien um einen Platz im Kabel konkurrieren. Nach ihrer systematischen Stellung betraf die Norm Konkurrenzverhältnisse sowohl im analogen als auch

⁷³⁶ Auch eine frühere Fassung der bayerischen Kanalbelegungssatzung enthielt in § 2 einen Widmungszwang, vgl. dazu *Schütz*, MMR-Beil. 2/2001, 20 (22). Nach der aktuellen Fassung (Bay. StAnz. Nr. 31) kommt eine zwingende Frequenzweisung jedoch nur dann in Betracht, „solange in einer Kabelanlage Fernsehprogramme oder Telemedien (...) verbreitet (...) werden“ (Hervorhebung d. Verf.), sodass es dem Netzbetreiber freisteht, seine Anlage für andere Zwecke als die Rundfunkverbreitung zu nutzen.

⁷³⁷ Die Vorschrift ist mit Wirkung vom 01.01.2014 weggefallen, vgl. Abgeordnetenhaus-Dr. 17/1203, 37.

⁷³⁸ Vgl. hierzu *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 37 f. Die Vorschrift befand sich im dritten Unterabschnitt, der nach seiner amtlichen Überschrift die „Nutzung des Kabels“ betrifft. Durch diese Überschrift soll hervorgehoben werden, dass dieser Übertragungsweg auch für Nichtrundfunkdienste eingesetzt werden kann (vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Dr. 15/0234, 28).

im digital genutzten Kabel.⁷³⁹ Damit ging die Norm deutlich über den Regelungsgehalt des § 52b RStV hinaus. Dies folgt aus dem Zusammenspiel der Sätze 1 und 2: Indem Satz 1 sämtliche über das Breitbandkabelnetz übertragbaren Dienste – Rundfunk, Telemedien, Telekommunikationsdienste – in die Betrachtung einbezog, folgte, dass mit den „Übertragungsmöglichkeiten in den Kabelnetzen“ sämtliche technisch verfügbaren Kapazitäten gemeint waren.⁷⁴⁰ Durch den Satz 2 erhielt die Landesmedienanstalt sodann die Befugnis diese Kapazitäten selbst dann einem Rundfunkangebot zuzusprechen, wenn der Netzbetreiber diese gar nicht zugunsten des Rundfunks gewidmet hatte, sondern hierüber etwa einen Telekommunikationsdienst verbreiten wollte.⁷⁴¹ Als Korrektiv waren bei dieser Entscheidung die wirtschaftlichen Interessen des Netzbetreibers in Rechnung zu stellen. Letzteres sollte eine Grundrechtsbeeinträchtigung im Hinblick auf Art. 12 und 14 GG abzumildern.⁷⁴²

Unabhängig von der materiellen Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift stellte sich aber auch hier die Frage der Gesetzgebungskompetenz der Länder Berlin und Brandenburg. Diese beurteilt sich hier ggf. anders als bei der Widmung des Kabels für eine bestimmte Übertragungstechnik⁷⁴³, da bei der Widmung für eine bestimmte Dienstekategorie ein größerer Inhaltsbezug gegeben ist. Dieser größere Inhaltsbezug rückt die Vorschrift auf den ersten Blick Richtung der Rundfunkkompetenz der Länder. Folglich wird teilweise vertreten, die Länder seien hier zuständig, da sich das sendetechnische Element auf die bloße technische Realisierbarkeit der Verteilung beschränke, während die Vorschrift im Kern das inhaltlich-kommunikationsbezogene Nutzungskonzept des Netzbetreibers betreffe.⁷⁴⁴ Auch sei Art. 87f Abs. 1 GG hier nicht einschlägig, da die der Universaldienstverpflichtung unterfallenden Dienste in ausreichendem Maße über alternative Infrastrukturen erreichbar seien.⁷⁴⁵

⁷³⁹ So auch die Gesetzesbegründung, Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 13/3228, 14.

⁷⁴⁰ Auch nach der Begründung gilt der „Grundsatz, dass alle technisch verfügbaren Übertragungskapazitäten vorrangig der Übertragung von Rundfunk dienen“, Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 13/3228, 15.

⁷⁴¹ Schütz, MMR-Beil. 2/2001, 20 (23): „Ermächtigung zum Widmungszwang“ für die Landesmedienanstalt.

⁷⁴² Kritisch zur materiellen Verfassungsmäßigkeit Engel, Kabelfernsehen, 57; Schütz, MMR-Beil. 2/2001, 20 (23); Ders., MMR 1998, 11 (12 f.). AA unter Hervorhebung der Sozialpflichtigkeit des Netzeigentums Gersdorf, Regelungskompetenzen, 75 ff.

⁷⁴³ Vgl. oben Kap. 3 B.IV.2.a.i.

⁷⁴⁴ Gersdorf, Regelungskompetenzen, 49 ff.; ders., Zugang zu Kabelnetzen, 273 ff.; ähnlich ders., Internet über Rundfunkfrequenzen, 47 ff.; ebenfalls für eine Verbandskompetenz der Länder Wichmann, Vielfaltssicherung, 58 ff.; unklar Uhle, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 73, Rn. 170 f., der einerseits die Bereitstellung der zu nutzenden Frequenzen sowie Fragen des Netzzugangs kompetenziell dem Bund zuordnet, während er andererseits annimmt, die Regelung der Nutzung der bereitgestellten („zugewiesenen“) Frequenzen sei Ländersache; die Kompetenzfrage offenlassend Vesting, Unentgeltliche Kabelkanalbelegung, 83 f.

⁷⁴⁵ Vgl. dazu bereits oben (Kap. 2, B.II.2.b.ii.(3)).

Dem kann jedoch mit der Gegenansicht nicht gefolgt werden.⁷⁴⁶ Es verhält sich vielmehr umgekehrt: Die Dedizierung des Kabels für bestimmte Dienstekategorien („ob“) ist denklogisch der Aufteilung der Frequenzen zwischen einzelnen Diensten der berücksichtigten Dienstekategorien („wie“) vorgeschaltet.⁷⁴⁷ Dies entspricht im Übrigen auch der Regelungssystematik bei terrestrischen Frequenzen.⁷⁴⁸ Dem steht auch gerade nicht entgegen, dass telekommunikationsrechtliche Regelungen zur Breitbandkabelnetznutzung nicht existieren. Der Bundesgesetzgeber hat sich bewusst dazu entschieden, dem Netzbetreiber keine Widmungsvorgaben zu machen.⁷⁴⁹ Danach ist der verfassungsrechtliche Kompetenzkonflikt wie folgt aufzulösen: Während die *Rundfunk*kompetenz der Länder einschlägig ist, soweit es darum geht, welchen konkreten *Rundfunk*veranstaltern die für die *Rundfunk*verbreitung zur Verfügung stehenden Frequenzen zugewiesen werden⁷⁵⁰, betrifft die vorgelagerte technische Frage, welche der grundsätzlich universell einsetzbaren Übertragungskapazitäten des Kabels überhaupt der *Rundfunk*nutzung zugesprochen werden, der Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Mit anderen Worten obliegt es dem Bund zunächst festzulegen, ob und in welchem Umfang die Kapazitätsbereiche des Breitbandkabels mit *Rundfunk* und sonstigen Diensten zu belegen sind.

Nur dieses Verständnis entspricht ferner den verfassungsrechtlichen Wertungen des Art. 87 f GG. Nach dessen Absatz 1 hat der Bund für eine flächendeckende und angemessene Gewährleistung von Telekommunikationsdienstleistungen zu sorgen, wozu – wie gesehen – auch der *Rundfunk* zählt. Die verfassungsrechtlich dem Bund zugewiesene und auch das Breitbandkabel erfassende Universaldienstgewährleistungspflicht liefe leer, wenn der Bund keinerlei Einfluss darauf ausüben könnte, mit welchen Diensten und in welchem Verhältnis ein Übertragungsweg belegt wird; es wäre ihm dann nicht möglich, die für die telekommunikati-

⁷⁴⁶ Ebenso VG Berlin, MMR 1998, 164 ff.; *Bauer*, Netz und Nutzung, 68; *Wille*, ZUM 2002, 261 (266); *Weisser/Lübbert*, K&R 2000, 274 (276); *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 40 f.; *Irion/Schirmbacher*, CR 2002, 61 (63 f.).

⁷⁴⁷ So auch *Gersdorf*, Regelungskompetenzen, 49 selbst: „Die Technik gibt insoweit den Rahmen vor, innerhalb dessen über die Verwendung der verfügbaren Übertragungskontingente entschieden werden kann.“

⁷⁴⁸ Der Bund ordnet durch § 55 TKG sämtliche verfügbaren Frequenzen einer jeweiligen Nutzungsform zu, etwa der *Rundfunk*übertragung; die Länder verteilen diese dem *Rundfunk* zugeordneten Frequenzen sodann gemäß § 51 RStV auf die einzelnen *Rundfunk*anbieter.

⁷⁴⁹ Vgl. auch *Schütz*, MMR-Beil. 2/2001, 20 (23); *ders.*, in: *Geppert/Piepenbrock/Schütz*, TKG, § 42, Rn. 66. Die Freigabe der Frequenznutzung in und längs von Leitern erfolgte im Jahre 2001 durch eine Ergänzung der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung, vgl. oben (Kap. 2, B.II.2.b.ii.).

⁷⁵⁰ Vgl. *Badura*, in: *Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof*, BK, GG, Art. 73 Nr. 7, Rn. 31; *Seiler*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, Art. 73, Rn. 33.4.

ve Grundversorgung notwendigen Kapazitäten freizuhalten⁷⁵¹, wodurch er seiner diesbezüglichen verfassungsrechtliche Pflicht nicht nachkommen könnte.⁷⁵²

Schließlich schränkt *Gersdorf* selbst an anderer Stelle ein, dass die Länderkompetenz „ausschließlich solche Übertragungswege [betrifft], die für Rundfunkzwecke, daß heißt die für Verteildienste für Ton- und Bewegtbildsendungen reserviert sind“⁷⁵³. Verschwindet aufgrund der Konvergenz der Netze die quasi naturgesetzliche Reservierung des Breitbandkabelnetzes für die Verbreitung klassischen Rundfunks und lassen sich stattdessen sämtliche Kommunikationsdienste hierüber verbreiten, spricht dies für einen Wegfall der von *Gersdorf* angenommenen Verbandskompetenz der Länder für die Reglementierung des Verteilungskampfs zwischen Rundfunk und sonstigen Diensten.

c. Umwidmungsrecht?

Schließlich steht dem Kabelnetzbetreiber korrespondierend mit den zuvor beschriebenen Widmungsrechten (Übertragungstechnik, Dienstekategorien) auch ein korrespondierendes Umwidmungsrecht zu.⁷⁵⁴ Er ist also nicht an eine einmal getroffene Widmungsentscheidung getroffen, sondern kann sein Netz nach derzeitiger Rechtslage auch Re-Analogisieren oder Dienstekategorien austauschen.⁷⁵⁵ Denn wenn dem Netzbetreiber ein Widmungsrecht zusteht, muss ihm auch die Um- bzw. Entwidmung möglich sein.⁷⁵⁶ Jedes andere Ergebnis würde zudem eine unter dem Aspekt des Art. 3 Abs. 1 GG kaum zu rechtfertigende Ungleichbehandlung bedeuten.⁷⁵⁷ Es ist nicht ersichtlich, warum ein „Plattformanbieter“, der sein Netz erstmalig widmet und sich entscheidet, nur Telekommunikationsdienstleistungen hierüber zu erbringen, nicht zur Übertragung von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien verpflichtet werden kann, während ein Plattformanbieter, der zunächst Rundfunk und vergleichbare Telemedien verbreitet, an diese Widmungsentscheidung gebunden sein soll.⁷⁵⁸

⁷⁵¹ Vgl. *Engel*, RTKom 2000, 189 (191); *Bauer*, Netz und Nutzung, 74.

⁷⁵² *Windthorst*, Universaldienst, 304 ff.; *Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87f, Rn. 62 ff.; dies erkennt auch *Gersdorf* (vgl. *ders.*, Zugang zu Kabelnetzen, 280 f.), der aber dennoch zu einem abweichenden Ergebnis für die Gesetzgebungskompetenz (ebd., 281 f.) gelangt, da er wie gesehen (vgl. oben, Kap. 2, B.II.2.b.) nur einen breitbandigen Internetzugang sowie Telefonie und hingegen nicht den Rundfunkempfang als Universaldienstleistungen einordnet.

⁷⁵³ *Gersdorf*, Vergabe terrestrischer Frequenzen, 44.

⁷⁵⁴ Vgl. hierzu auch *Castendyk*, in: v. Hartlieb/Schwarz, HB Filmrecht, 629.

⁷⁵⁵ Um vollständig von den Belegungsvorgaben des § 52b RStV ausgenommen zu werden, muss die Umwidmung allerdings vollständig erfolgen (bspw. vollständige Einstellung der Rundfunkverbreitung), da sonst der verbleibende dem Rundfunk dedizierte Kapazitätsbereich dem Belegungsregime unterfällt.

⁷⁵⁶ Auf den *actus-contrarius*-Gedanken abstellend *Schütz*, MMR-Beil. 2/2001, 20 (24).

⁷⁵⁷ Vgl. *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 205.

⁷⁵⁸ Das Umwidmungsrecht besteht allerdings nicht schrankenlos, vgl. *Schütz*, MMR-Beil. 2/2001, 20 (25).

d. Zwischenergebnis

War zu Zeiten der Kabelbelegungsvorschriften umstritten, inwieweit der Netzbetreiber Einfluss auf den Anwendungsbereich der Belegungsregeln hatte, bestand im Ergebnis Einigkeit, dass jedenfalls ausreichend Kapazität für den Frequenzbedarf von Must- und Can-Carry-Bereich verfügbar gemacht werden musste. Dies gilt auch in Zeiten der Plattformregulierung, jedoch nur dann, wenn sich der Plattformanbieter überhaupt dazu entscheidet, auf seinen Kapazitäten Rundfunk und Telemedien zu verbreiten. Diese vorgelagerte Widmungsentscheidung des „ob“ kann er hingegen frei von staatlicher Einflussnahme treffen. Auf die den Netzbetreiber insoweit reglementierenden Landesregelungen lässt sich eine imperative Indienstnahme von Netzen zur digitalen Verbreitung von Rundfunk und Telemedien wegen der fehlenden Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz der Länder nicht stützen; von bundesrechtlichen Regelungen zu dieser Frage wurde bewusst abgesehen; zu Recht, da ihre materielle Verfassungsmäßigkeit unter Erforderlichkeitsgesichtspunkten ernsthafte Bedenken hervorruft. Sobald sich ein Netzbetreiber jedoch für die digitale Verbreitung von Rundfunk entscheidet, unterfällt er der Plattformbelegung und hat so viel Kapazität verfügbar zu machen, wie zur Erfüllung der Must- und Can-Carry-Anforderungen erforderlich ist. Damit lässt sich auch der praktische Hauptanwendungsfall der Plattformbelegung (teilweise analog, teilweise digital, teilweise Rundfunk/Telemedien, teilweise Telekommunikation) einer Lösung im Sinne der Widmungslösung zuführen.

3. Systematik des Belegungstatbestands

Bei einer Auseinandersetzung mit dem Belegungsregime des § 52b RStV ist zunächst dessen inhärenter Systematik Beachtung zu schenken. Insofern ist im Hinblick auf die Belegung mit Rundfunk danach zu differenzieren, ob eine Plattform ausschließlich mit Fernsehprogrammen (Absatz 1), ausschließlich mit Hörfunkprogrammen (Absatz 2) oder mit beidem – sog. Mischplattform (Absatz 2, Satz 4) – belegt wird.⁷⁵⁹ Damit unterscheidet sich die Plattformbelegung von der ursprünglichen Regulierung der digitalen Kabelbelegung, der eine solche Unterscheidung fremd war.⁷⁶⁰

⁷⁵⁹ Vgl. die amtliche Begründung z. 10. RÄndStV, 31 sowie *Grewenig*, ZUM 2009, 15 (19). Damit wurde die Pflichtbelegung mit digitalen Hörfunkprogrammen erstmals zum Gegenstand einer gesonderten Regelung, vgl. *Ritlewski*, 2008, 403; *Weisser/Glas*, ZUM 2009, 914 (917). Vgl. auch die entsprechende Forderung des APR zum Entwurf des 10. RÄndStV, 5. Hintergrund dieser Neuerung ist, dass durch den extensiven Anwendungsbereich der Plattformbelegung auch Übertragungswege erfasst werden, bei denen die Belegung mit Hörfunkprogrammen im Vordergrund steht, bspw. DAB/DMB, vgl. *Grewenig*, ZUM 2009, 15 (16).

⁷⁶⁰ In der Praxis finden sich überwiegend Mischplattformen wie das Breitbandkabel.

Für zwei der denkbaren Konstellationen – ausschließliches Angebot von Fernsehprogrammen bzw. ausschließliches Angebot von Hörfunkprogrammen – etabliert § 52b RStV jeweils ein gesondertes, in der Systematik aber weitgehend identisches Stufenmodell: Während dem Regelungsadressaten auf der ersten Stufe konkrete Belegungsvorgaben mit Programmen gemacht werden, die zwingend zu übertragen sind („Must-Carry“), vergrößert sich der Entscheidungsspielraum des Plattformbetreibers auf der zweiten Stufe. Dort entscheidet er selbstständig, welche Programme er überträgt, wobei er seine Entscheidung wiederum an gesetzlich normierten Auswahlkriterien zu orientieren hat. Auf der dritten Stufe trifft der Plattformanbieter sodann eine vollkommen selbstständige Entscheidung, die weder durch gesetzliche Auswahlkriterien beschränkt, noch auf Rundfunk und Telemedien limitiert ist. Die Stufenmodelle für reine Fernseh- bzw. Hörfunkplattformen unterscheiden sich alleine aufgrund funktions- und marktspezifischer Besonderheiten.

Da im Breitbandkabel in der Regel sowohl Fernseh- als auch Hörfunkprogramme übertragen werden, es sich bei diesem Übertragungsweg mithin um eine Mischplattform handelt, ist § 52b Abs. 2 Satz 3 RStV besondere Beachtung zu schenken. Danach verbleibt es zunächst für die gesamte Plattform bei der Geltung des Stufenmodells, welches für reine Fernsehprogrammplattformen Platz greift, was insoweit folgerichtig ist, als bei Mischplattformen in der Praxis immer die Übertragung von Fernsehprogrammen im Vordergrund stehen wird. Im Rahmen dieses Stufenmodells hat sodann eine Gesamtbetrachtung von Fernseh- und Hörfunkangeboten bei der Belegungsentscheidung stattzufinden.⁷⁶¹ Dabei umfasst der Must-Carry-Bereich auch im Falle der Gesamtbetrachtung höchstens einen Umfang von einem Drittel des zur digitalen Verbreitung von Rundfunk und Telemedien vorgesehenen Kapazitätsbereichs; eine kapazitätserweiternde Addition der Must-Carry-Bereiche für Fernsehprogramme und Hörfunkprogramme erfolgt nicht.⁷⁶² Im Falle von Kapazitätsengpässen erhöht dieser Umstand die Wahrscheinlichkeit, dass nicht sämtliche Fernseh- und Hörfunkangebote mit Must-Carry-Status eingespeist werden können. Freilich bleibt es dem Plattformanbieter unbenommen, diejenigen Programme mit Must-Carry-Status, die aufgrund des Kapazitätsengpasses und der Ein-Drittel-Obergrenze nicht auf der ersten Stufe übertragen werden müssen, im Rahmen des Can- oder Non-Must-Carry-Bereichs zu übertragen.⁷⁶³ Verpflichtet hierzu ist er hingegen nicht.

⁷⁶¹ Vgl. die amtliche Begründung zum 10. RÄndStV, 31; ferner *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52b, Rn. 25.

⁷⁶² Dies ablehnend *Grewenig*, ZUM 2009, 15 (20).

⁷⁶³ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52b, Rn. 25.

4. Erste Stufe: Der Must-Carry-Bereich

Der Plattformregulierung liegt das Konzept einer abgestuften Regelungsintensität zu Lasten des Plattformanbieters zugrunde. Die höchste Regelungsintensität weist der Must-Carry-Bereich auf, in dem konkrete Programme zur Einspeisung gesetzlich vorgeschrieben sind. Eine Belegungsentscheidung des Plattformanbieters gibt es insoweit nicht.

a. Privilegierte Angebote

Mit dem rundfunkrechtlichen Privileg des Must-Carry-Status werden durch § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 drei Kategorien von Programmen ausgezeichnet: der öffentlich-rechtliche Rundfunk einschließlich programmbegleitender Dienste (lit. a); private Programme mit Regionalfenstern (lit. b); regionale und lokale Programme sowie Offene Kanäle (lit. c).

i. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk

An erster Stelle der dem Must-Carry-Bereich inhärenten Hierarchie stehen die Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bzw. beitragsfinanzierte und Dritte Programme.⁷⁶⁴ Folglich sind nicht beitragsfinanzierte Angebote Rundfunkanstalten nicht zwingend durch den Plattformanbieter einzuspeisen. Anders als noch unter Geltung der Vorgängerregelung zur reinen Kabelbelegung sind aber auch alle Dritten Programme mit Must-Carry-Status versehen, sodass auch landesfremde Programme von dem Verbreitungsprivileg profitieren.⁷⁶⁵

Die Privilegierung der (gebührenfinanzierten) öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogramme folgt aus deren besonderer Bedeutung innerhalb der in ihren Grundzügen von der Verfassung vorgegebenen und im Einzelnen durch den Gesetzgeber ausgestalteten Rundfunkordnung. Sie stellen die „Grundversorgung“⁷⁶⁶ der Bevölkerung mit Rundfunk sicher bzw. nehmen den klassischen Rundfunkauftrag war.⁷⁶⁷ Mit dieser Indienstrafe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks korrespondiert eine verfassungsrechtliche Bestands- und Entwicklungsgarantie. Danach hat der Gesetzgeber durch einfachgesetzliche Regelungen sicherzustellen, dass die

⁷⁶⁴ Dies richtet sich nach dem Rundfunkbeitragsstaatsvertrag vom 15.12.2010, der mit Wirkung vom 1.1.2013 im Zuge des 15. RÄndStV den Rundfunkgebührenstaatsvertrag ersetzt hat. Eine Aufzählung der gebührenfinanzierten Programme findet sich in § 11b RStV.

⁷⁶⁵ Kritisch Stellungnahme der ALM zum Entwurf des 10. RÄndStV, Stand 15.06.2007, 14 f.; VPRT, Stellungnahme zum 10. RÄndStV, 23; vgl. Potthast, in: Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, RStV, Bd. 1, B 1, Rn. 376. Hiergegen lässt sich einwenden, dass auch diese Programme einen spezifischen Beitrag zur Meinungsvielfalt auf der Plattform leisten und ihr Kapazitätsbedarf bei der digitalen Verbreitung gering ist.

⁷⁶⁶ BVerfGE 73, 118 (158); 74, 297 (324 f.)

⁷⁶⁷ Dazu im Einzelnen unten (Kap. 4, A.III.3.c.i.); zur Verfassungswidrigkeit des § 52b RStV aufgrund der Privilegierung auch öffentlich-rechtlicher Spartenprogramme s. unten (Kap. 5, A.I. mit Fn. 1417).

Grundversorgungsprogramme auf den jeweiligen Übertragungswegen auch tatsächlich bei den Rezipienten ankommen. Damit wird es als unvereinbar angesehen, die Plattformanbieter über die Frage der Einspeisung der Grundversorgungsprogramme disponieren zu lassen.⁷⁶⁸ Ausdruck dessen ist § 19 RStV, wonach der öffentlich-rechtliche Rundfunk der Gewährleistung seines Versorgungsauftrags im Sinne einer Grundversorgung durch die Nutzung „geeigneter Übertragungswege“ nachzukommen hat.⁷⁶⁹ Ein in diesem Sinne geeigneter Übertragungsweg ist auch das digitale Kabel, welches von einer stetig wachsenden Zahl von Endnutzern als Übertragungsweg genutzt wird.⁷⁷⁰ Damit ergänzt der an Plattformanbieter gerichtete § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV die den Rundfunkanstalten nach § 19 RStV eingeräumte Möglichkeit der Nutzung des digitalen Kabels, indem er ihre Angebote in einem gewissen Maß für verpflichtend einzuspeisen erklärt.⁷⁷¹

Neben den Angeboten der Rundfunkanstalten, bei denen es sich um Rundfunk im engeren Sinne handelt, spricht § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV auch den „*programmbegleitenden Diensten*“ der dort aufgeführten Programme einen Must-Carry-Status zu. Damit unterscheidet sich die Wortwahl von der des noch zu betrachtenden Can-Carry-Bereichs in Nr. 2, wo ausdrücklich von „*Telemedien und Teleshoppingkanälen*“ die Rede ist. Diese sprachliche Differenzierung legt nahe, dass an die nach Nr. 1 privilegierten Dienste höhere Anforderungen zu stellen sind, es also nicht ausreichend ist, dass es sich um öffentlich-rechtliche Telemedienangebote handelt. Nach der amtlichen Begründung ist der Begriff des „*programmbegleitenden Dienstes*“ von demjenigen des nicht-linearen Telemediendienstes abzugrenzen.⁷⁷² Ersterer erfasst solche Dienste, die an das lineare Programm der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gekoppelt sind, also die in § 11b RStV aufgeführten Voll- und Spartenprogramme, die ihrerseits mit Must-Carry-Status ausgezeichnet sind. Zu diesen „linearen Diensten“ zählt der Fernsehtext, ebenso EPGs.

Nicht erfasst vom Begriff des programmbegleitenden Dienstes sind demgegenüber Telemedien, die ohne Beziehung zum linearen Programm existieren. Hierzu zählen etwa die Mediatheken, die teilweise zwar Wiederholungen des linearen Programms anbieten, dies jedoch

⁷⁶⁸ Vgl. Gersdorf, Chancengleicher Zugang, 109 f.

⁷⁶⁹ Vgl. die amtliche Begründung zum 12. RÄndStV, 32.

⁷⁷⁰ Vgl. Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, RStV, Bd. 2, B 5, § 19, Rn. 4.

⁷⁷¹ Mit diesem Privileg korrespondiert eine Verpflichtung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, ihre Programme auch tatsächlich auf den Plattformen, auf denen sie einen Must-Carry-Status besitzen, zu verbreiten; vgl. auch Engel/Lüdemann, ZUM 2008, 904 (911), die von einer „*doppelten Unverzichtbarkeit*“ von öffentlich-rechtlichem Rundfunk einerseits und dessen Breitbandkabelverbreitung andererseits sprechen.

⁷⁷² Amtliche Begründung zum 10. RÄndStV, 30; vgl. ferner Ladeur, ZUM 2005, 1 (8).

gerade nicht linear, sondern auf Einzelabruf hin. Ebenfalls nicht vom Must-Carry-Privileg profitieren nicht gebührenfinanzierte öffentlich-rechtliche Telemedien.⁷⁷³

ii. Private Programme mit Regionalfenstern

Ebenfalls verpflichtend einzuspeisen sind solche Programme privater Veranstalter, die Regionalfenster ausstrahlen, § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b RStV. Diese Regelung korrespondiert mit § 25 Abs. 4 RStV, der den beiden bundesweit verbreiteten reichweitenstärksten (privaten) Vollprogrammen zum Zwecke der Vielfaltsförderung die Verbreitung von Regionalfenstern vorschreibt. Erfasst sind dabei nicht nur die Regionalfenster selbst, sondern das gesamte Programm.⁷⁷⁴ Damit bleibt die Regelung hinter ursprünglichen Forderungen zurück, wonach sämtliche privaten Vollprogramme aufgrund ihrer gesteigerten Existenzberechtigung im dualen Rundfunksystem auf der ersten Stufe berücksichtigt werden müssten.⁷⁷⁵ Diese Forderung übersieht jedoch, dass das duale Rundfunksystem keinesfalls die Privilegierung konkreter Programme fordert, sondern lediglich sicherzustellen ist, dass auch im privaten Bereich ein Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt gewährleistet wird.

Quantitativ ist die Einspeiseverpflichtung auf die für die Übertragung der beiden Programme notwendigen Übertragungskapazitäten, innerhalb der absoluten Grenze von einem Drittel der Gesamtkapazität für den kompletten Must-Carry-Bereich, beschränkt. Im Umkehrschluss zu lit. a sind die privilegierten Programme begleitenden Telemedien nicht zwingend einzuspeisen, da eine entsprechende Klarstellung fehlt.

iii. Regionale und lokale Angebote sowie Offene Kanäle

Schließlich bindet den Plattformanbieter eine Einspeisepflicht im Hinblick auf regionale und lokale Angebote sowie Offene Kanäle, § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. c RStV. Danach hat er die Kapazitäten für die im jeweiligen Land zugelassenen regionalen und lokalen Fernsehprogramme sowie für die Offenen Kanäle bereitzustellen. Hinsichtlich der Offenen Kanäle

⁷⁷³ Amtliche Begründung zum 10. RÄndStV, 30.

⁷⁷⁴ Derzeit sind dies die Vollprogramme „RTL“ und „Sat.1“. Eingebracht wurde die Privilegierung im Zuge des 8. RÄndStV. Der systematischen Kritik, private Programme hätten keine Grundversorgungsfunktion und könnten daher nicht im Must-Carry-Drittel verortet werden (kritisch auch *Schütz*, MMR 10/2004, X; vgl. auch *ANGA*, Position Medienpolitik und Digitalisierung; *Ders.*, Position zum 10. RÄndStV, 5 f.), lässt sich entgegenhalten, dass die den Regionalfenstern vergleichbaren Landesfenster in Form der öffentlich-rechtlichen Dritten Programme auch im Must-Carry-Bereich abgebildet werden.

⁷⁷⁵ Dies fordernd *Thierfelder*, Zugangsfragen, 106.

bestimmt der zweite Halbsatz, dass diesbezügliche landesrechtliche Vorschriften unberührt bleiben.⁷⁷⁶

Die besondere Berücksichtigung der durch lit. c bevorzugten Programme folgt ähnlich derjenigen des lit. b aus ihrer besonderen Meinungsrelevanz, weil sie regionale und lokale Berichterstattung gewährleisten.⁷⁷⁷ Da diese Art der Berichterstattung im Rahmen der bundesweit verbreiteten Voll- und Spartenprogramme nicht angeboten werden kann und ihre Berücksichtigung seitens des Netzbetreibers aus freien Stücken aufgrund der schwierigeren Paketierung solcher Angebote nicht erwartet werden kann⁷⁷⁸, verdient ihre Bevorzugung uneingeschränkte Zustimmung. Die besondere Bedeutung der Offenen Kanäle speist sich demgegenüber aus der Möglichkeit der direkten Bürgerbeteiligung.⁷⁷⁹

Keine explizite Bevorzugung erfahren regionale und lokale Fernsehprogramme der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Dies erklärt sich wiederum aufgrund des Umfangs des Grundversorgungsauftrags. Denn das Angebot regionaler und lokaler Programme ist den Rundfunkanstalten zwar nicht verboten, es zählt aber gleichfalls nicht zur unerlässlichen Grundversorgung, da die entsprechenden Programme nur einen äußerst geringen Teil der Bevölkerung erreichen.⁷⁸⁰

Eine eigene Kapazitätsobergrenze für die nach lit. c privilegierten Angebote findet sich ebenso wie im Falle der lit. b nicht, vielmehr sind auch hier die erforderlichen Kapazitäten zur Verfügung zu stellen, solange die Ein-Drittel-Grenze für die gesamte Stufe nicht erreicht ist.⁷⁸¹ In der Regel finden sämtliche Angebote auf einem analogen Kanal Platz.

iv. Zwischenergebnis

Der Must-Carry-Bereich privilegiert drei Arten von Angeboten: die gesetzlich bestimmten öffentlich-rechtlichen Programme des § 11b RStV, RTL und Sat.1 als private Programme mit Regionalfenstern sowie regionale und lokale Fernsehprogramme und Offene Kanäle. Sämtlichen dieser Angebote ist gemein, dass sie einen besonderen Beitrag zum Meinungspluralismus leisten, was im Falle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bereits aus seinem verfas-

⁷⁷⁶ Diese Landesregelungen betreffen die Existenz („ob“) und Ausgestaltung („wie“) der offenen Kanäle. Sofern Landesrecht ihre Existenz vorsieht, sind sie einzuspeisen; vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52b, Rn. 15; ferner *Holznel*, MMR 2000, 480 (483). Einige Landesregelungen ergänzen die Einspeiseverpflichtung des RStV um den Punkt der Unentgeltlichkeit (vgl. etwa § 40 Abs. 3 MStV BB a.F.).

⁷⁷⁷ Vgl. auch BVerfGE 74, 297 (327); 83, 238 (324 f., 327).

⁷⁷⁸ Dazu vgl. *Ladeur*, K&R 2001, 496 (503).

⁷⁷⁹ *Gersdorf*, AfP 1997, 424 (425); vgl. auch § 42 MStV BB zu Sinn und Zweck solcher Angebote.

⁷⁸⁰ Vgl. BVerfGE 74, 297 (327 ff., 340, 345); ferner *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 238c.

⁷⁸¹ § 52 Abs. 3 Nr. 2 RStV a. F. sah vor, dass für die genannten Angebote der Kapazitätsumfang eines analogen Kanals bereitzustellen sei. Zum Streitstand, ob hierunter ein analoger Kanal für beide Angebotskategorien (regionale/lokale Programme, Offene Kanäle) zu verstehen war vgl. *Hahne*, Kabelbelegung, 76 f.

sungsrechtlichen Auftrag folgt. Zum Konflikt zwischen Rundfunkdiensten und Telemedienangeboten im Kampf um die digitalen Übertragungskapazitäten lässt sich der ersten Stufe des Must-Carry-Modells entnehmen, dass alleine die die dort genannten öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogramme begleitenden Telemedienangebote zwingend zu verbreiten sind und damit Vorrang gegenüber all denjenigen Rundfunkprogramme genießen, die nicht dem Must-Carry-Bereich zuzuordnen sind.

b. Quantitative Vorgaben

Der Rundfunkstaatsvertrag sieht für den Must-Carry-Bereich einen Kapazitätsumfang von höchstens einem Drittel der für die digitale Verbreitung von Rundfunk zur Verfügung stehenden Gesamtkapazität vor. Bei der Berechnung dieser Gesamtkapazität sind entgegen des insoweit missverständlichen Wortlauts alle zur Verfügung stehenden Kapazitäten, nicht nur die für Rundfunkprogramme zur Verfügung stehenden Kapazitäten zu berücksichtigen.⁷⁸²

Bereits aufgrund des Wortlauts („höchstens“) steht fest, dass es sich bei diesem Kapazitätsumfang um eine Obergrenze handelt.⁷⁸³ Auf den ersten Blick mag die Festlegung einer solchen Obergrenze für den Must-Carry-Bereich mit der gesetzgeberischen Intention der Implementierung des Stufenmodells an sich, nämlich der Schaffung von Investitionsanreizen zum Ausbau der Netzinfrastruktur, in Einklang stehen⁷⁸⁴: Durch einen Ausbau der Netze erhöht sich die digitale Gesamtkapazität, sodass sich auch die Belegungsspielräume des Netzbetreibers vergrößern. Doch betrachtet man die derzeitige Ein-Drittel-Regelung im Lichte der Rechtslage bis zum Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag wird deutlich, dass sie im Hinblick auf den Umfang des Investitionsanreizes einen Rückschritt darstellt.

Bis zum Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag bestimmte sich die zugunsten des Must-Carry-Bereichs definierte Übertragungskapazität in der Größe analoger Fernsehkanäle. Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk bedeutete dies nach § 52 Abs. 3 Nr. 1 RStV a. F. in Verbindung mit § 19 Abs. 5 RStV a. F., dass das digitale öffentlich-rechtliche Gesamtangebot einen Umfang von drei analogen Fernsehkanälen nicht überschreiten durfte.⁷⁸⁵ Dies entsprach

⁷⁸² Vgl. die amtliche Begründung zum 8. RÄndStV, 8.

⁷⁸³ So auch die amtliche Begründung zum 10. RÄndStV, 30.

⁷⁸⁴ Vgl. amtliche Begründung zum 4. RÄndStV, LT-Dr. NRW 12/4372, 115; *Hahne*, Kabelbelegung, 68; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52b, Rn. 8; *Hesse*, ZUM 2000, 183 (187); *Weisser/Lübbert*, K&R 2000, 274 (275); *Zimmer/Büchner*, CR 2001, 164 (167); zur Innovationsförderung jeder zukunftsorientierten Regulierung *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, Gutachten zum 64. DJT, Bd. 1, C 70 ff.

⁷⁸⁵ AA *Wichmann* Vielfaltssicherung, 211 ff.; zur damaligen Rechtslage vgl. *Dörr/Janik/Zorn*, Zugang, 135; *Hahne*, Kabelbelegung, 72 f.; *Zimmer/Büchner*, CR 2001, 164 (166); *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 145 ff. Nach § 19 Abs. 4 Satz 4 RStV a. F. waren ARD und ZDF ermächtigt, neben auch private Angebote in ihre Bou-

einer Beschränkung des öffentlich-rechtlichen Must-Carry-Bereichs auf etwa 24 digitale Programme. Hinzu kamen Übertragungskapazitäten für die privaten Rundfunkprogramme mit Regionalfenstern sowie die Kapazität eines analogen Kanals für digitale regionale und lokale Angebote sowie Offene Kanäle. Aufgrund dieser im Ergebnis statischen Festlegung des Kapazitätsumfangs des Must-Carry-Bereichs profitierte von einem Netzausbau alleine der Kabelnetzbetreiber. Denn ein Anwachsen der digitalen Gesamtkapazität führte nicht auch zu einem Anwachsen des Must-Carry-Bereichs.⁷⁸⁶ Im Unterschied hierzu bestimmt § 52b Abs. 1 Nr. 1 RStV den Kapazitätsumfang des Must-Carry-Bereichs nun flexibel im Verhältnis zur digitalen Gesamtkapazität. Dies hat zur Folge, dass sich der Plattformanbieter im Falle eines Netzausbaus einer größeren Zahl von Übertragungsverpflichtungen ausgesetzt sieht. Aufgrund der Vielzahl der mittlerweile verfügbaren digitalen öffentlich-rechtlichen Angebote erscheint es auch praktisch kaum vorstellbar, dass der Netzausbau soweit voranschreitet, dass Teile des Must-Carry-Bereichs mangels verfügbarer öffentlich-rechtlicher Dienste frei bleiben. Nicht zuletzt aufgrund der europarechtlichen Vorgaben, wonach sich die Anzahl der Must-Carry-Kanäle quantitativ auf das Maß zu beschränken hat, welches zur Erreichung des Pluralismusziels notwendig ist,⁷⁸⁷ sollte die – zudem willkürliche – Kapazitätsobergrenze von einem Drittel im Sinne einer statischen Begrenzung präzisiert werden.⁷⁸⁸

Steht demnach aufgrund der statischen Ein-Drittel-Regelung die Bestimmung der Kapazitätsobergrenze des Must-Carry-Bereichs dem Grunde nach fest⁷⁸⁹, ist damit noch die geklärt, wem die Verfügungsmacht über diesen Kapazitätsbereich zusteht. Anders als bei der analogen Übertragung, bei der den Programmanbietern ganze analoge Kanäle zur Verfügung gestellt werden, erfolgt die digitale Übertragung in Datenströmen mit flexiblen Datenraten.⁷⁹⁰ „Verfügungsberechtigte“ können der Plattformanbieter oder – wie in der „analogen Welt“ – die mit Must-Carry-Status privilegierten Programmanbieter sein. Die Frage mit erheblicher Be-

quets aufzunehmen (sog. Gastprogramme, vgl. § 19 Abs. 4 Satz 4 RStV a. F.; kritisch hierzu *Wimmer*, ZUM 2002, 534 [541 f.]; *Weisser/Lübbert*, K&R 2000, 274 [277]; *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 218 ff.

⁷⁸⁶ Vgl. auch *Hahne*, Kabelbelegung, 75; kritisch *Christmann/Enßlin/Wachs*, MMR 291 (293). Die Anbieter von Must-Carry-Programmen profitierten demgegenüber ausschließlich von Fortschritten im Bereich der Datenkompression; letzterem kritisch gegenüberstehend *Weisser/Lübbert*, K&R 2000, 274 (278).

⁷⁸⁷ Vgl. EuGH, Slg. 2007, I-11135 (11169); vgl. dazu bereits oben (Kap. 4, B.I.1.b.ii.).

⁷⁸⁸ Ähnlich bereits v. *Bonin*, K&R 2002, 565 (570).

⁷⁸⁹ Qualitativ gilt nach § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. d RStV, dass die Must-Carry-Angebote auf solchen Kapazitäten zu verbreiten sind, die im Vergleich mit den übrigen Digitalkapazitäten technisch gleichwertig sind. Die Vorschrift soll eine Umgehung der Übertragungspflichten verhindern, vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52b, Rn. 17. Ein (zukünftiger) Anspruch der Rundfunkanstalten etwa auf eine HD-Verbreitung lässt sich nicht hierauf stützen, da dies ein quantitative Frage ist. Zur Gesetzgebungskompetenz vgl. *Reinemann*, Zugang zu Übertragungswegen, 201 einerseits und *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 222 f. andererseits.

⁷⁹⁰ Vgl. dazu oben Kap. 1, A.I.

deutung für den unternehmerischen Aktionsradius von Plattformanbieter⁷⁹¹ und Rundfunkanstalten⁷⁹² folgt aus der technischen Besonderheit des Multiplexings, wonach einmal zusammengestellte Datencontainer grundsätzlich unverändert beim Nutzer ankommen. Enthält ein Datencontainer Must-Carry-privilegierte Programme, hat der Netzbetreiber somit den gesamten Multiplex einzuspeisen, inklusive sämtlicher darin enthaltener Programme, die keiner Einspeiseverpflichtung unterliegen.⁷⁹³

Bereits der Wortlaut des § 52b Abs. 1 Nr. 1 RStV macht deutlich, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten über keine Kanalhoheit verfügen, bereitzuhalten sind nämlich nur die „erforderlichen Übertragungskapazitäten“.⁷⁹⁴ Auch die Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wird durch das ebenfalls verfassungsrechtliche Gebot sparsamer Frequenznutzung begrenzt.⁷⁹⁵ Dies verdeutlicht auch § 52a Abs. 3 Satz 2 RStV, der technische Veränderungen durch den Plattformanbieter zum Zwecke effektiverer Kapazitätsnutzung zulässt.⁷⁹⁶ Dadurch soll gerade verhindert werden, dass ein Veranstalter mehr Kapazität in Anspruch nimmt, als er für die Verbreitung *seiner* Programme benötigt.⁷⁹⁷ Schließlich ist ein flexibles Bitratenmanagement umso effektiver möglich je größer der Kapazitätspool ist, was wiederum im Interesse der Gesamtvielfalt auf der Plattform ist. Am effizientesten kann daher derjenige das Bitratenmanagement vornehmen, der dieses für die Gesamtkapazität vornimmt.⁷⁹⁸

Aus den vorgenannten Gründen scheidet auch ein Anspruch der Rundfunkanstalten auf ein eigenes Multiplexing aus. Einer Veränderung öffentlich-rechtlicher Multiplexe durch den Plattformanbieter steht insbesondere auch nicht entgegen, dass Programmpakete dem Schutzbereich der Rundfunkfreiheit unterfallen können.⁷⁹⁹ Denn der mit der Veränderung einhergehende Eingriff in die Programmfreiheit legitimiert sich vor dem Hintergrund des zu gewähr-

⁷⁹¹ Verliert dieser komplette Kapazitätsbereiche ohne Rücksicht auf das tatsächlicher Datenvolumen oder genügt die Sicherstellung der Übertragung der Must-Carry-Programme auch bei Lastspitzen?

⁷⁹² Können diese verbleibende Kapazitäten in ihren Multiplexen mit sonstigen Programmen „auffüllen“ bzw. ein Reselling-Modell für diese Kapazitätsbereich einführen? Vgl. dazu *Weisser/Lübbert*, K&R 2000, 274 (277).

⁷⁹³ Vgl. den Beitrag des Dipl.-Ing. *Reiner Müller* im Rahmen des 7. BLM-Symposiums Medienrecht 2004 in München, Tagungsbericht abgedruckt bei *Reinemann*, ZUM 2005, 307 (308).

⁷⁹⁴ Zuvor argumentierten die Rundfunkanstalten mit dem mittlerweile weggefallenen § 19 Abs. 5 RStV (vgl. hierzu *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 19, Rn. 152 ff.), wonach für den Must-Carry-Bereich drei analoge Kanäle vorgesehen waren, die die Anstalten für sich reklamierten; ebenso *Hahne*, Kabelbelegung, 75. Dies widersprach jedoch bereits zum damaligen Zeitpunkt der gesetzgeberischen Intention, da die drei analogen Kanäle lediglich eine technische Maßgröße definiert werden sollte (vgl. Amtl. Begr. z. 4. RÄndStV, LT-Dr. NRW 12/4372, 98); vgl. auch *Engel/Lüdemann*, ZUM 2008, 904 (906 f.); im Ergebnis ebenso *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52b, Rn. 14; *Weisser/Lübbert*, K&R 2000, 274 (278).

⁷⁹⁵ *Herzog*, in: Maunz/Dürrig, GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 238e.

⁷⁹⁶ Vgl. *Engel/Lüdemann*, ZUM 2008, 904 (907).

⁷⁹⁷ Amtl. Begr. z. 10. RÄndStV, 29. Erfasst sind dabei sämtliche technischen Veränderungen, die eine bessere Kapazitätsauslastung gewährleisten, vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52a, Rn. 10.

⁷⁹⁸ Zu diesem Aspekt vgl. auch *Thierfelder*, Zugangsfragen, 95.

⁷⁹⁹ So etwa *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang, 64 ff.; ebenso *Bullinger*, AfP 1997, 761 (762).

leistenden chancengleichen Zugangs der Inhalteanbieter außerhalb des Must-Carry-Bereichs.⁸⁰⁰ Schließlich haben die Rundfunkanstalten ihren nach Wunsch nach einer eigenständigen Multiplexing-Kompetenz im Gesetzgebungsverfahren artikuliert⁸⁰¹, ohne dass der Gesetzgeber diesen Wunsch in der Staatsvertragsnoveller verankert hat.⁸⁰²

c. Kein Must-Carry-Anspruch auf *unentgeltlich* Einspeisung

Schließlich ist für die erste Stufe des Belegungsregimes zu untersuchen, ob der gesetzlich garantierte Einspeisungseinspruch für die privilegierten Programme mit einem Anspruch auf *unentgeltliche* Einspeisung korrespondiert. Anlass dieser Untersuchung ist ein Reihe von Rechtsstreiten⁸⁰³ zwischen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und den Kabelnetzbetreibern der NE-3, dessen Kern die Zulässigkeit der Erhebung von bzw. Fälligkeit von Entgelten für die Einspeisung und Weiterleitung von Must-Carry-Programmen (sog. Einspeisungsentgelte) durch die Kabelnetzbetreiber ist.⁸⁰⁴ Hintergrund der gerichtlichen Auseinandersetzung ist die Aufkündigung der bis dato zwischen Netzbetreibern und Rundfunkanstalten bestehenden Einspeisungsverträge durch letztere zum 31. Dezember 2012. Die darin vorgesehenen Einspeisungsentgelte waren Bestandteil der historisch gewachsenen, von den Regulierungsbehörden gebilligten doppelseitigen Entgeltstruktur bei der Kabelverbreitung.⁸⁰⁵ Diese betrachten die Rundfunkanstalten als überkommenes Relikt, das die Realität des Übergangs der Netzbetreiber zu integrierten Vermarktern nicht mehr abbildet; sie berufen sich daher auf ihr Verbreitungsprivileg in § 52b RStV, welches ihnen eine Einspeisung ihrer Programme vermeintlich gefahrlos garantiert und verweigern gleichzeitig jegliche Entgeltzahlung gegenüber den Netzbetreibern. Sie sind der Auffassung, es bestehe keine Anspruchsgrundlage für

⁸⁰⁰ Vgl. *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang, 109 ff.

⁸⁰¹ Vgl. *Potthast*, in: *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 1, Rn. 379.

⁸⁰² Ob eine vertragliche Vereinbarung zwischen Netzbetreiber und Rundfunkanstalt zulässig ist, die letzterer die Multiplexierung der Must-Carry-Programme in Eigenregie und ein Auffüllen verbleibenden Kapazitäten mit anderen Angeboten erlaubt, ist angesichts der Streichung der sog. Bouquet-Ermächtigung in § 19 Abs. 5 RStV a. F. zweifelhaft (vgl. dazu *Engel/Lüdemann*, ZUM 2008, 904 [908 f.]).

⁸⁰³ Einige Verfahren befinden sich derzeit beim BGH; unterinstanzliche Entscheidungen, allesamt zugunsten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, jedoch nicht rechtskräftig: OLG Stuttgart, Urt. v. 21.11.2013 – 2 U 46/13; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.05.2014 – VI-U (Kart) 16/13; OLG München, Urt. v. 28.11.2013 – 17 HK O 16920/12; LG Mannheim, Urt. v. 19.04.2013 – 7 O 228/12 Kart; LG Bremen, Urt. v. 11.07.2013 – 12 O 244/12; LG Berlin, Urt. v. 30.04.2013 – 16 O 389/12 Kart; LG Mainz, Urt. v. 12.02.2014 – 9 O 233/12. Vgl. auch die Auseinandersetzung zwischen integrierten NE-3/NE-4-Betreibern gegen die Rundfunkanstalten: LG Köln, Urt. v. 13.06.2013 – 31 O (Kart) 346/12; LG Stuttgart, Urt. v. 20.03.2013 – 11 O 215/12.

⁸⁰⁴ Über diesen Kern täuscht die in vielen der bislang hierzu ergangenen Urteile sehr kartellrechtslastige Argumentation der Gerichte hinweg. Hierauf soll nachgehend nicht eingegangen werden, denn maßgeblich ist alleine die Auslegung des Rundfunkrechts im Lichte dessen europa- und verfassungsrechtlicher Vorgaben. Kartell- und allgemein zivilrechtliche Erwägungen stellen nur Einkleidungen dessen und Hilfserwägungen dar.

⁸⁰⁵ Vgl. zum Transportmodell oben Kap. 3, A.I.2.b. Dem Abschluss der Einspeisungsverträge ging Rechtsstreit zwischen DTAG und ORB voraus, vgl. OLG Brandenburg MMR 2002, 612 mit abl. Anmerkungen *Wimmer*, ZUM 2002, 534 (538) und *Wichmann*, TMR 2002, 221.

die Erhebung eines Einspeisungsentgelts zugunsten der Netzbetreiber. Sowohl die bisherigen Gerichtsentscheidungen als auch Teile der Literatur bestätigen diese Sichtweise.⁸⁰⁶ Sie widerspricht jedoch sowohl verfassungs- als auch europarechtlichen Wertungen sowie der einfachgesetzlichen Rechtslage. Bereits die grundsätzliche Herangehensweise ist unzutreffend: Es sind nicht die Netzbetreiber, die eine Anspruchsgrundlage für ihr Entgeltverlangen präsentieren müssen, sondern *umgekehrt*, es bedarf einer verfassungs- und europarechtskonformen Ermächtigungsgrundlage, die eine *unentgeltliche* Inanspruchnahme des Netzeigentums legitimiert. An einer solchen fehlt es.

i. Ausgangspunkt: Grundsatz der Entgeltlichkeit der Kabeleinspeisung

Am Beginn der Untersuchung einer Fälligkeit von Einspeisungsentgelten steht der Befund, dass diese seit jeher von den Kabelnetzbetreibern, die mit der Signaleinspeisung und Weiterleitung eine Dienstleistung erbringen, gefordert und von den Rundfunkveranstaltern auch entrichtet worden sind.⁸⁰⁷ Dass diese tatsächliche Praxis auch der Rechtslage entspricht hat – nach Zurückweisung⁸⁰⁸ – das OLG Hamburg⁸⁰⁹ in seiner Entscheidung zur Pay-TV-Durchleitung entschieden. Darin hat es sämtliche zum Entscheidungszeitpunkt geltenden landesrechtlichen Einspeisungsregelungen daraufhin untersucht, ob sie einen Anspruch auf grundsätzlich kostenlose Einspeisung gewähren, und aufgrund des Negativbefundes den Grundsatz der Entgeltlichkeit aufgestellt: Must-Carry-Verpflichtungen sind danach nicht gleichbedeutend mit einem Anspruch der davon begünstigten Rundfunkveranstalter auf unentgeltliche Durchleitung⁸¹⁰; oder, in den Worten des OLG Hamburg: „*Die aus der Kabelbelegung fließenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen der Klägerinnen [scil. der Kabelnetzbetreiber] gegenüber der Landeszentrale begründen keinen unentgeltlichen Durchleitungsanspruch der Beklagten gegen die Klägerinnen*“.⁸¹¹ Maßgeblich stützt sich das OLG Hamburg hierbei auf einen Umkehrschluss zu solchen Regelungen in den Landesmediengesetzen, durch die Kabelnetzbetreiber ausdrücklich zur unentgeltlichen Bereitstellung von Übertragungska-

⁸⁰⁶ Exemplarisch aus der Rechtsprechung OLG Stuttgart, Urt. v. 21.11.2013 – 2 U 46/13 Rn. 80 ff. zit. n. juris, aus der Literatur *Holznel*, K&R 2013, 454 (455 ff.): „*Anspruchsgrundlagen für die Zahlung von Einspeiseentgelten*“.

⁸⁰⁷ Manifestiert hat sich dies in den darüber geschlossenen Einspeisungsverträgen.

⁸⁰⁸ BGH GRUR 1996, 808 ff.

⁸⁰⁹ OLG Hamburg ZUM-RD 2000, 122 ff. Der BGH hat das Urteil bestätigt; vgl. auch BGH MMR 2004, 29 ff.

⁸¹⁰ Vgl. *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 52b, Rn. 28: „*Inbesondere können Programme mit Must-Carry-Status nicht unter Berufung auf diesen Status die kostenlose Verbreitung verlangen*.“

⁸¹¹ OLG Hamburg ZUM-RD 2000, 122 (133). Dies gilt sowohl für Verbreitungsprivilegien aufgrund von Rangfolgevorgaben als auch aufgrund von gesetzlichen oder behördlichen Belegungsentscheidungen.

pazitäten in bestimmten Fällen, etwa für offene Kanäle verpflichtet werden.⁸¹² Die Existenz solcher Regelungen zeigt, dass der Gesetzgeber die unentgeltliche Inanspruchnahme von Übertragungskapazitäten zu Recht als einen gegenüber der generellen Inanspruchnahme weitergehenden Eingriff versteht und – dort wo er sie für erforderlich hält – einer gesonderten und ausdrücklichen Regelung zuführt.⁸¹³

Alleine die konzertierte Weigerung der Rundfunkanstalten, nun keine Entgelte mehr für die Einspeisung zu zahlen, ist trotz der viel beschworenen – normativen Kraft des Faktischen – für sich nicht ausreichend, um dieses System bzw. den Grundsatz der Entgeltlichkeit zu überwinden. Es bedürfte dazu vielmehr einer entsprechend manifestierten Rechtsänderung.

ii. Einfachgesetzliche Auslegung bestätigt Entgeltlichkeit der Einspeisungsleistung

Gelte es nach dem Vorstehenden nun eigentlich, eine explizit kodifizierte Ausnahme zugunsten der Rundfunkanstalten zu suchen, die es *de lege lata* nicht gibt, lässt sich ferner mittels Auslegung der §§ 52b, 52d RStV belegen, dass der durch das OLG Hamburg für die analoge Kabelverbreitung (Belegungsregeln für die digitale Verbreitung existierten im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht) aufgestellte Grundsatz der Entgeltlichkeit auch für das Plattformregime gilt. Dies belegt zunächst der Wortlaut des § 52b Abs. 1 Satz 1 RStV, wonach der Plattformanbieter lediglich „sicherzustellen [hat], dass die erforderlichen Kapazitäten [...] zur Verfügung stehen“. Zu einem positiven Tun im Sinne einer aktiven Programmeinspeisung ist der Plattformanbieter folglich gesetzlich nicht verpflichtet, es sei denn, die erforderlichen Kapazitäten müssten – da anderweitig vergeben – zunächst „freigemacht“ werden; ist dem nicht so, beschränkt sich die Verpflichtung des Netzbetreibers auf eine Beibehaltung des *Status quo*.⁸¹⁴ Die Einspeisung selbst ist daher – so auch das OLG Hamburg⁸¹⁵ – Gegenstand eines separaten zivilrechtlichen und entgeltlichen Einspeisungsvertrages zwischen Plattformanbieter und Rundfunkveranstalter. Dem liegt die sog. „Zweistufigkeit des Kabelbelegungsregimes“⁸¹⁶ zugrunde, die im Falle von Must-Carry-Vorgaben zwischen dem hoheitlich determinierten „ob“ der Einspeisung (§ 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV) und dem „wie“, also der

⁸¹² *In concreto* der damalige Art. 38 Abs. 1 Satz 2 BayMG.

⁸¹³ Dies verkennen *Hain/Steffen/Wierny*, MMR 2013, 769 (772 f.), die nach einer „ausdrückliche[n] Statuierung einer Entgeltspflicht in dem Sinne, dass hoheitlich eine Zahlungspflicht der Inalteanbieter statuiert wird“ suchen, und aus deren Fehlen in §§ 52b, 52d RStV – zu Unrecht – die Unentgeltlichkeit folgern.

⁸¹⁴ So auch *Stettner*, Kabelbelegung, 53 f.; *Trute/Broemel*, MMR 2012, 1 (11); *Fink/Keber*, MMR-Beil. 2/2013, 1 (32 f.); aA *Hain*, Must-Carry, 21; *ders./Steffen/Wierny*, MMR 2013, 769 (770).

⁸¹⁵ ZUM-RD 2000, 122 (126): „[D]ie öffentlich-rechtliche Kabelbelegungsentscheidung [gewährt] den dort bedachten Programmveranstaltern einen durchsetzbaren Anspruch gegen die Kabelbetreiber auf den Abschluss eines zivilrechtlichen Signaltransportvertrages. [...] Eine solche Verpflichtung gibt aber keine Anspruchsgrundlage auf unentgeltliche Weiterleitung des Programms des Beklagten.“ (Hervorhebung nur hier).

⁸¹⁶ *Trute/Broemel*, MMR-Beil. 1/2012, 1 (12).

Einspeisung selbst und der ihr zugrunde liegenden Konditionen (zivilrechtlicher Einspeisungsvertrag) differenziert.⁸¹⁷

Bestätigt wird dies durch die Systematik des § 52b RStV. Es ist ausschließlich der Plattformanbieter, der – nach § 52b Abs. 4 Satz 4 RStV selbst im Falle eines Verstoßes gegen die Belegungsvorgaben (die Landesmedienanstalt entscheidet dann nur über *die Auswahl*) – über *die Belegung* seiner Plattform entscheidet. Aus dieser Dispositionsbefugnis folgt das Erfordernis einer zivilrechtlichen Einigung zwischen ihm und dem Rundfunkveranstalter. In der Konsequenz bedeutet dies unter medienrechtlichen Gesichtspunkten, dass die Kabelnetzbetreiber die Einspeisung der öffentlich-rechtlichen Must-Carry-Programme einstellen könnten, bis mit diesen ein neuer Einspeisungsvertrag zustande gekommen ist.

Hierfür lässt sich im Übrigen auch die Entstehungsgeschichte der Plattformbelegungsvorschriften heranziehen, da selbst die Amtliche Begründung des Zehnten RÄndStV zu § 52d RStV weiterhin vom Erfordernis eines zivilrechtlichen Einspeisungsvertrages ausgeht.⁸¹⁸ Dieses Verständnis setzt sich in Wortlaut und Telos des § 52d RStV fort. Denn gemäß § 52d Satz 2 RStV hat die Verbreitung von Must-Carry-Angeboten zu „*angemessenen Bedingungen*“ zu erfolgen⁸¹⁹; auch bedarf es einer Offenlegung der „*Entgelte und Tarife*“.⁸²⁰ Die Vorschriften hätten keinen Anwendungsbereich, wenn Must-Carry-Programme von vornherein unentgeltlich einzuspeisen wären.⁸²¹ Normzweck des § 52d RStV ist gerade die Flankierung des Systems grundsätzlicher Entgeltlichkeit unter vielfaltssichernden Gesichtspunkten.⁸²² Eine Sicherung der Meinungsvielfalt in Bezug auf die Entgeltstruktur wäre nicht erforderlich, wenn der Plattformanbieter aufgrund der vermeintlichen Unentgeltlichkeit der Einspeisungsleistung von vornherein keine Verhandlungsmacht über die Entgeltgestaltung hätte und diese folglich nicht zum Nachteil für die Meinungsvielfalt auf seiner Plattform missbrauchen könnte.⁸²³

iii. Verfassungsrechtliche Betrachtung

⁸¹⁷ Belegt wird dies durch die Amtl. Begr. zum 10. RÄndStV.

⁸¹⁸ „Der Inhalt des Verbreitungsvertrages, insbesondere das zu zahlende Entgelt, ist wesentliche Grundlage für die tatsächliche Einspeisung eines Programms und daher entscheidender Faktor für eine vielfältige Belegung der Plattform“.

⁸¹⁹ Vgl. dazu *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52d, Rn. 1 ff.

⁸²⁰ Einer telekommunikationsrechtlichen Regulierung unterliegen die Einspeisungsentgelte hingegen nicht mehr; die BNetzA hält eine solche nicht mehr für angezeigt, vgl. die diesbezüglichen Beschlüsse BK 3-10-083 (KDG), BK 3-10-085 (Kabel BW) und BK 3-10-084 (Unitymedia); zum Ganzen *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 52d, Rn. 5.

⁸²¹ So auch *Gersdorf*, K&R Beihefter 1/2009, 1 (14).

⁸²² Zum Normzweck vgl. *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 52d, Rn. 2. Angesichts dieser *ratio legis* des § 52d RStV ist jedenfalls der Ansatz des OLG Stuttgart, Urt. v. 21.11.2013 – 2 U 46/13 Tz. 115 ff. n. juris, die Vorschrift als mögliche Anspruchsgrundlage für einen Entgeltanspruch des Netzbetreibers abwegig.

⁸²³ Ebenso *Gersdorf*, K&R Beihefter 1/2009, 1 (14).

Bestätigt wird das Erfordernis einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage für die Unentgeltlichkeit der Einspeisungsleistung durch eine verfassungsrechtliche Betrachtung. Denn mit Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG liegt eine Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers zugunsten der privatwirtschaftlichen Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen wie der Einspeisung und Weiterleitung von Rundfunksignalen vor.⁸²⁴ Bereits angesichts dieses Primats der Privatwirtschaftlichkeit der Einspeisungsleistung kann die – hierzu diametral im Gegensatz stehende – Unentgeltlichkeit nur die im Einzelfall ausdrücklich zu normierende und begründende Ausnahme sein.⁸²⁵

Noch deutlicher wird dies im Lichte der Wirtschaftsfreiheiten (Art. 12, 14 GG) der Plattformanbieter. Diese erfassen nicht nur die Entscheidung, welche Programme sie über ihre Infrastruktur verbreiten⁸²⁶, sondern auch zu welchen Bedingungen, einschließlich des ob und der Höhe eines Einspeisungsentgelts.⁸²⁷ Folglich weist eine – vermeintliche – Verpflichtung der Plattformanbieter zu einer verpflichtenden Einspeisung bestimmter Programme, die zudem unentgeltlich zu erfolgen hat, eine doppelte Eingriffsdimension auf: Zunächst (1) die hoheitliche Indienstnahme der privatwirtschaftlichen Übertragungsinfrastruktur zu Lasten ihres Betreibers und (2) die Kompensationslosigkeit dieser Indienstnahme aufgrund der Unentgeltlichkeit. Für beide dieser separaten, aufeinander aufbauenden Eingriffe bedarf es einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Dies gilt insbesondere, da eine entschädigungslose Inanspruchnahme nur ausnahmsweise zulässig ist.⁸²⁸ Während diese sich für die erste Eingriffsstufe, die Indienstnahme der Übertragungskapazität in § 52b RStV findet⁸²⁹, fehlt es an einer solchen Ermächtigungsgrundlage für die zweite Eingriffsstufe, die Unentgeltlichkeit der Einspeisung.⁸³⁰ Es ist vielmehr umgekehrt: Die Eingriffsermächtigung für die erste Stufe stellt ausdrücklich die Entgeltlichkeit der Einspeisung fest.⁸³¹

⁸²⁴ BVerfGE 108, 370 (393); *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 45; vgl. dazu oben Kap. 2, B.II.2.b.ii.(3).

⁸²⁵ Zu diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis vgl. auch *Demir*, Einspeisung, 353: „Die Entgeltlichkeit der Transportleistung stellt den Regelfall dar. Die unentgeltliche Erbringung einer Leistung im geschäftlichen Verkehr wird hingegen explizit als Ausnahme behandelt“. Er bezieht sich dabei auf die entsprechende Aussage des BGH in GRUR 1996, 808 (811).

⁸²⁶ Vgl. dazu bereits oben Kap. 3 B.II.1.a.

⁸²⁷ Vgl. nur *Gersdorf*, K&R Beihefter 1/2009, 1 (9).

⁸²⁸ BVerfGE 58, 137 (148 f.). Dies gilt auch dann, wenn die Unentgeltlichkeit durch Umsätze mit anderen Nutzern kompensiert werden könnte, vgl. BVerwGE NVwZ 2014, 243 (245).

⁸²⁹ Vgl. dazu oben Kap. 3 B.II.4.b.

⁸³⁰ So auch *Gersdorf*, K&R Beihefter 1/2009, 1 (10 f.). Daher stellt sich die Frage der Verhältnismäßigkeit einer unentgeltlichen Indienstnahme *de lege lata* schon nicht. Ob eine entsprechende Regelung *de lege feranda* verfassungsrechtlich denkbar ist, darf unter Erforderlichkeitsgesichtspunkten angesichts der soliden Finanzausstattung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bezweifelt werden. Dem steht auch nicht das Sparsamkeitsgebot des § 19 RStV entgegen, vgl. *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 19, Rn. 26.

⁸³¹ Vgl. soeben unter ii.

iv. Europarechtliche Betrachtung: Art 31 UDRL

Schließlich spricht auch die Europarechtslage nach Art. 31 UDRL⁸³² für die privatrechtliche Entgeltlichkeit der Einspeisungsleistung. Denn auch die UDRL geht in ihrem Regulierungsansatz von einer privatwirtschaftlichen Erbringung der Universaldienstleistungen auf dem freien Markt aus.⁸³³ Nur bei Marktversagen sollen *ausnahmsweise* nationale hoheitliche Regelungen eingreifen. Daher stellen die Must-Carry-Vorgaben in § 52b RStV keine „Umsetzung“ von Art. 31 UDRL im engeren semantischen Sinne dar.⁸³⁴ Art. 31 UDRL eröffnet den Mitgliedsstaaten vielmehr die Option, Übertragungsverpflichtungen einzuführen; keineswegs verpflichtet er sie jedoch hierzu. Machen die Mitgliedsstaaten jedoch von dieser Möglichkeit Gebrauch, haben sie sich im Rahmen der Vorgaben des Art. 31 UDRL zu halten.

Etwas anderes, nämlich die Pflicht zur Kodifizierung expliziter Entgeltlichkeit der Must-Carry-Einspeisung, folgt auch nicht aus Art. 31 Abs. 2 Satz 1 UDRL, der den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit belässt, ein angemessenes Entgelt festzulegen.⁸³⁵ Diese Regelung betrifft von vornherein nur ein *durch die Mitgliedsstaaten* festgelegtes, sprich ein öffentlich-rechtliches Entgelt. Der Einspeisung liegt jedoch wie gesehen ein privatrechtliches Entgelt auf der Basis eines Einspeisungsvertrages zugrunde.⁸³⁶ Maßgeblich ist daher vielmehr Art. 31 Abs. 2 Satz 2 UDRL, der – wie nach geltendem deutschen Recht – den Fall regelt, dass ein (privatrechtliches) Entgelt „vorgesehen“ ist. In diesem Fall haben die Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass dieses verhältnismäßig und transparent erhoben wird. Dem kommt die Bundesrepublik mit § 52d RStV nach. Eine Abkehr vom System grundsätzlicher Entgeltlichkeit findet sich damit auch nicht in Art. 31 UDRL.⁸³⁷

v. Konsequenz I: Einspeisungsverweigerung durch Netzbetreiber

Trifft den Netzbetreiber danach keine öffentlich-rechtliche Pflicht zur unentgeltlichen Einspeisung der Must-Carry-Programme der Rundfunkanstalten ist weiter zu fragen, ob hiermit – wie auf den ersten Blick naheliegend – die Möglichkeit korrespondiert, die Einspeisung dieser Programme zu verweigern. Technisch ist dies ohne weiteres möglich.⁸³⁸ Dagegen könnte

⁸³² Hierzu vgl. bereits oben Kap. 3, B.I.2.a.i.

⁸³³ Vgl. *Wille*, ZUM 2007, 89 (90) unter Verweis auf Art. 15 UDRL.

⁸³⁴ AA offensichtlich das OLG Stuttgart, Urt. v. 21.11.2013 – 2 U 46/13 Tz. 107 zit. n. juris.

⁸³⁵ Auch dies sieht das OLG Stuttgart anders, *ebd.* Tz. 109 zit. n. juris.

⁸³⁶ Vgl. oben unter i. In diese Richtung auch *Fink/Keber*, MMR-Beil. 2/2013, 1 (7).

⁸³⁷ Eine andere Auslegung, ggf. auch eine Gesetzesänderung *de lege feranda*, nämlich eine Privilegierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bei den Kosten der Programmverbreitung würde i.Ü. zu Friktionen mit den unionsrechtlichen Beihilfavorschriften führen; vgl. auch unten Kap. 4, B.IV.2.c. zu den beihilferechtlichen Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

⁸³⁸ Vgl. auch v. *Reinersdorff*, MMR 2002, 222 (224).

sprechen, dass dadurch nahezu die Hälfte der Fernsehhaushalte vom Empfang der für die Meinungsbildung als besonders wichtig erachteten Grundversorgungsprogramme abgeschnitten wäre. Hierbei handelt es sich jedoch um eine zwingende Konsequenz der verfassungs- und rundfunkrechtlichen Aufgabenverteilung zwischen Rundfunkanstalten und Netzbetreibern. Letztere haben lediglich sicherzustellen, dass die für die Verbreitung der Must-Carry-Programme notwendigen Kapazitäten bereitstehen. Der eigentliche Grundversorgungsauftrag obliegt demgegenüber den Rundfunkanstalten. Diese sind qua Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet, ein Programm für die Gesamtheit der Bevölkerung zu veranstalten und deren Versorgung damit im Rahmen der technischen Grundversorgung tatsächlich zu gewährleisten.⁸³⁹ Bestätigt wird dies durch § 11 Abs. 1 Satz 1 RStV, wonach der Funktionsauftrag der Rundfunkanstalten „Herstellung und Verbreitung ihrer Angebote“ umfasst.⁸⁴⁰ Die Rundfunkanstalten haben einen Empfang ihrer Programme flächendeckend durch alle sicherzustellen.⁸⁴¹ Gegen diese Pflicht verstoßen sie, wenn sie das Breitbandkabel als verbreitungsstärksten Übertragungsweg bewusst außer Betracht lassen.⁸⁴² Etwas anderes folgt insbesondere auch nicht aus § 19 RStV. Nach diesem haben die Rundfunkanstalten ihrem Versorgungsauftrag vielmehr „durch die Nutzung geeigneter Übertragungskapazitäten“ nachzukommen.⁸⁴³ Die Eignetheit der Übertragungswege bestimmt sich dabei insbesondere nach dem tatsächlichen Rezeptionsverhalten der Nutzer⁸⁴⁴, sodass – unabhängig von Wirtschaftlichkeitserwägungen⁸⁴⁵ – eine Außerachtlassung des Breitbandkabels bzw. die Verweigerung eines entsprechenden Einspeisungsvertrags den Versorgungsauftrag verletzt.

Die sich daran anknüpfende Frage ist, auf welche Art und Weise die Rundfunkanstalten zur Wahrnehmung ihres Versorgungsauftrags bzw. zum Abschluss des Einspeisungsvertrages angehalten werden können. Die Vorschrift des § 52b RStV hilft insoweit nicht, da sie sich nach Wortlaut und Telos ausschließlich an den Plattformanbieter richtet. Auch die Missbrauchsaufsicht der Landesmedienanstalt nach § 52b Abs. 4 RStV betrifft die Belegung durch

⁸³⁹ BVerfGE 83, 238 (298); 73, 118 (157); vgl. auch *Schulze/Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5, Rn. 264.

⁸⁴⁰ Hervorhebung nur hier; vgl. auch *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 11b Rn. 83 f.

⁸⁴¹ BVerfGE 87, 181 (199); 74, 297 (326); vgl. auch *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 170; *Starck*, in: v. Mangoldt/Kein/Starck, GG, Art. 5, Rn. 120; ferner *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 19, Rn.; *Fink/Keber*, MMR-Beil. 2/2013, 1 (34); *Ladeur*, ZUM 2013, 511; *Ricker/Schiwy*, Rundfunkverfassungsrecht, Teil G, Rn. 4.

⁸⁴² So auch *Ladeur*, ZUM 2013, 511; *Hain/Steffen/Wierny*, MMR 2013, 769 (771); *Engel/Lüdemann*, ZUM 2008, 904 (911); aA *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 52b, Rn. 29-30.

⁸⁴³ § 11 RStV („Verbreitung“) und § 19 RStV („Nutzung“) fordern ein aktives Tun, die zielgerichteten Inanspruchnahme der Übertragungswege. Die Rundfunkanstalten können daher nicht die Verbreitung über Satellit und DVB-T einwenden; erforderlich ist eine zielgerichtete Inanspruchnahme des Breitbandkabels.

⁸⁴⁴ *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 19, Rn. 7; *Ladeur*, ZUM 2012, 939 (940); *Hain/Steffen/Wierny*, MMR 2013, 769 (771).

⁸⁴⁵ Unzutreffend *Hain/Steffen/Wierny*, MMR 2013, 769 (773).

den Plattformanbieter.⁸⁴⁶ Schließlich sind Landesmedienanstalten kompetenziell nicht zur Aufsicht über die Rundfunkanstalten berufen, vgl. § 36 RStV. Stattdessen sind hier vielmehr die nach den Landesrundfunkgesetzen zuständigen Ministerien im Rahmen ihrer beschränkten Rechtsaufsicht über die Rundfunkanstalten zuständig.⁸⁴⁷ Die Rechtsaufsicht greift insbesondere bei evidenten Rechtsverstößen.⁸⁴⁸ Die Außerachtlassung der Kabelverbreitung entgegen der §§ 11, 19 RStV ist ein offensichtlicher Rechtsverstoß. Daher haben die Ministerien sicherzustellen, dass die Rundfunkanstalten Einspeisungsverträge abschließen und dadurch ihrem Verbreitungsauftrag nachkommen.

vi. Konsequenz II: Durchsetzung eines Zahlungsanspruchs

Das Rundfunkrecht enthält keine ausdrückliche Vorschrift, die einen Kontrahierungszwang zwischen Netzbetreibern und Rundfunkanstalten vorsieht.⁸⁴⁹ Eines solchen Kontrahierungszwangs bedarf es allerdings nur dann, wenn die Netzbetreiber – anders als nach hiesiger Auffassung – auch ohne Abschluss eines Einspeisungsvertrages zunächst qua § 52b RStV zur unentgeltlichen Einspeisung verpflichtet sind.⁸⁵⁰ Denn grundsätzlich könnten die Netzbetreiber nach hiesiger Ansicht eine Einspeisung der öffentlich-rechtlichen Programme gänzlich unterlassen. Dass die Kabelnetzbetreiber bislang hiervon abgesehen haben, dürfte nur zum Teil damit zusammenhängen, dass sie sich angesichts der unklaren Rechtslage vor möglichen Bußgeldern (§ 49 RStV) oder dem Kartellrecht fürchten. Größer dürfte die Furcht vor den Kunden sein, die bei einer Abschaltung der reichweitenstarken öffentlich-rechtlichen Programme kaum stillhalten würden.⁸⁵¹

Bei genauerer Betrachtung liegt jedoch eine klassische Entweder-oder-Konstellation vor: Entweder die Rundfunkanstalten nutzen die Kabelkapazitäten nicht⁸⁵² oder – aufgrund der im ureigenen Interesse der Rundfunkanstalten liegenden andauernden Verbreitung – nehmen sie

⁸⁴⁶ Sie haben auch keine Einspeisungsentgeltkompetenz, vgl. *Gersdorf*, K&R-Beihefter 1/2009, 1 (20).

⁸⁴⁷ Bspw. Art. 24 BayRG; zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit vgl. BVerfGE 12, 205 (261); 57, 295 (326).

⁸⁴⁸ *Hahn*, in: *Hahn/Vesting*, Rundfunkrecht, RStV, Anh §§ 11e, 11f, Rn. 45.

⁸⁴⁹ *Gersdorf*, K&R-Beihefter 1/2009, 1 (12 f.), der allerdings – unzutreffend – nicht von einer bloßen Kapazitätsvorhalte-, sondern einer Einspeisungspflicht der Netzbetreiber ausgeht, sieht darin eine „von Verfassungen wegen nicht hinnehmbare Schutzlücke zu Lasten der Kabelnetzbetreiber“. Er plädiert daher für eine Analogie zu § 5 Abs. 7 RStV.

⁸⁵⁰ Vgl. etwa *Trute/Broemel*, MMR-Beil. 11/2012, 1 (24 ff.); *Fink/Keber*, MMR-Beil. 2/2013, 1 (34); *Gersdorf*, K&R-Beihefter 1/2009, 1 (12 f.); *Engel*, ZUM 1997, 497 (507); *ders./Lüdemann*, ZUM 2008, 904 (911). Denkbar wäre i.Ü. auch ein kartellrechtlicher Kontrahierungszwang. Aufgrund der ihnen gesetzlich exklusiv vorbehaltenen Must-Carry-Kapazitäten könnte man sie als Inhaber eines gesetzlichen Nachfragemonopols betrachten; vgl. dazu wiederum *Trute/Broemel*, MMR-Beil. 11/2012, 1 (19 f.).

⁸⁵¹ Mit *Ladeur*, ZUM 2012, 939 (940) könnte man meinen, dass „[m]an zwischen dem Rechtsanspruch auf Unentgeltlichkeit einer Leistung und den Grenzen der tatsächlichen Durchsetzbarkeit einer Entgeltforderung unterscheiden“ muss.

⁸⁵² Vgl. dazu soeben unter v.

die Einspeisungsdienstleistung des Netzbetreibers jedenfalls faktisch weiterhin in Anspruch. Letzteres führt zum konkludenten Abschluss eines Einspeisungsvertrages.⁸⁵³ Die Netzbetreiber erbringen durch die fortdauernde Einspeisung der öffentlich-rechtlichen Must-Carry-Programme nach wie vor eine Leistung gegenüber den Rundfunkanstalten, worin jedenfalls ein konkludentes Vertragsangebot liegt, sog. Realofferte.⁸⁵⁴ Diese Einspeisungsdienstleistung wird bewusst und gewollt von den Rundfunkanstalten in Anspruch genommen.⁸⁵⁵ Insbesondere bei Leistungen der Daseinsvorsorge, zu der öffentlich-rechtlicher Rundfunk schon begrifflich („Grundversorgung“) zählt, genügt im Falle leitungsgebundener Leistungen die bloße Inanspruchnahme der Leistung für das Zustandekommen eines Vertrages.⁸⁵⁶ Unbeachtlich ist dabei die Proklamation der Anstaltsvertreter, man verweigere den Abschluss eines neuen Einspeisungsvertrages. Es gilt allgemein-zivilrechtliche Auslegungsgrundsatz *protestatio facto contraria non valet* unbeachtlich zu sein, wonach bei einem Widerspruch von tatsächlichem Verhalten (Inanspruchnahme der Einspeisungsleistung der Netzbetreiber) und dem Erklärten (Weigerung, einen Einspeisungsvertrag zu schließen), alleine das Verhalten maßgeblich ist.⁸⁵⁷ Weigern sich die Rundfunkanstalten das danach vertragliche fällige Einspeisungsentgelt⁸⁵⁸ zu entrichten, können sich die Netzbetreiber auf ihr vertragliches Zurückbehaltungsrecht berufen (§ 320 BGB).⁸⁵⁹

d. Zusammenfassung

Der Must-Carry-Bereich umfasst Angebote, die als zwingend notwendig für ein Mindestmaß an Meinungsvielfalt auf einer Plattform angesehen werden, vor allem die zur Grundversorgung berufenen öffentlich-rechtlichen Programme, einschließlich begleitender Telemedien. Sie alle genießen ein Verbreitungsprivileg, das ihnen nach hiesiger Auffassung allerdings keine unentgeltliche Einspeisung garantiert. Die Einspeisung erfolgt auf der Grundlage eines typischerweise entgeltlichen, privatrechtlichen Einspeisungsvertrags. Weigern sich die Rundfunkanstalten, das Kabelnetz gezielt in Anspruch zu nehmen, verletzen sie und nicht der Netzbetreiber ihre Verbreitungspflicht; nehmen sie das Kabelnetz weiterhin faktisch in An-

⁸⁵³ Dieses deutet auch das OLG Stuttgart, Urt. v. 21.11.2013 – 2 U 46/13 Rn. 78 zit. n. juris.

⁸⁵⁴ Vgl. dazu BGH NJW-RR 2005, 639 (640).

⁸⁵⁵ Vgl. dazu auch v. *Reinersdorff*, MMR 2002, 222 (223 f.).

⁸⁵⁶ Vgl. BGH NJW 2006, 1667 (1668); NJW-RR 2005, 639 (640). Die Vertreter der Rundfunkanstalten haben wiederholt öffentlich bekundet, dass sie nach wie vor eine Einspeisung ihrer Programme – wenn auch nun unentgeltlich – erwarten; vgl. bspw. MDR-Intendantin *Karola Wille* auf handelsblatt-online v. 25.06.2012.

⁸⁵⁷ BGH NJW-RR 2005, 639 (640); vgl. dazu auch *Busche*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 133, Rn. 56.

⁸⁵⁸ Dessen Höhe hat sich grundsätzlich an der Entgeltregelung der 2012 gekündigten Verträge zu orientieren.

⁸⁵⁹ Sodann gelten wieder die Ausführungen unter v.

spruch, kommt zwischen ihnen und den Netzbetreibern ein konkludenter Einspeisungsvertrag zustande.

Die Größe des Must-Carry-Bereichs bestimmt sich relativ zu der für die digitale Rundfunkverbreitung verfügbaren Gesamtkapazität; sie darf einen Umfang von einem Drittel nicht überschreiten, was im Hinblick auf die Schaffung eines Anreizes zum Netzausbau einen Rückschritt hinter die Vorgängerregelungen der §§ 19, 52 RStV a. F. darstellt. Aus der Zuerkennung des Must-Carry-Privilegs zu bestimmten Angeboten folgt weder, dass deren Veranstaltern konkrete (analoge) Frequenzbänder zugewiesen werden müssen, noch dass diesen Anbietern ein exklusiver Anspruch auf eigenes Multiplexing zusteht. Vielmehr ist ein flexibles Bitratenmanagement durch den Plattformanbieter nicht nur rechtlich zulässig, sondern auch im Interesse einer optimalen Nutzung der Frequenzen praktisch vorteilhaft.

5. Zweite Stufe: Der Can-Carry-Bereich

Auf der zweiten Ebene des durch § 52b RStV kodifizierten Stufenmodells findet sich der auch als „Vielfaltsbereich“ bezeichnete sog. Can-Carry-Bereich. Diese Bezeichnungen resultieren daraus, dass dem Plattformanbieter auf dieser Stufe nicht die Einspeisung konkreter Programme vorgeschrieben wird, sondern er selbst eine grundsätzlich freie Auswahlentscheidung zwischen den verfügbaren Inhalteangeboten trifft. Diese Auswahlentscheidung kann der Plattformanbieter indes nicht alleine in Übereinstimmung mit seinen ökonomischen Zielsetzungen vornehmen, denn durch § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV sind ihm bestimmte Auswahlrichtlinien in Form von Strukturprinzipien vorgegeben. Diese Richtlinien sind auf die Gewährleistung des verfassungsrechtlich geforderten Grundstandards gleichgewichtiger Vielfalt im privaten Teil des dualen Systems ausgerichtet. Denn solange sich der Must-Carry-Bereich weitgehend auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk beschränkt, während der private Rundfunk vornehmlich im Can-Carry-Bereich Berücksichtigung findet, bedarf es in diesem Bereich nach bisheriger Auffassung der Sicherstellung eines solchen Grundstandards, damit den Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG Genüge getan wird.⁸⁶⁰ Zwar ist dem dualen System die Annahme inhärent, solange der öffentlich-rechtliche Rundfunk die unerlässliche Grundversorgung gewährleistet, könne an die Veranstaltung privaten Rundfunks geringere Anforderungen gestellt werden. Dennoch dürfe auch unter Geltung des dualen Systems der

⁸⁶⁰ *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang, 115 weist darauf hin, dass bei deutlicher Zunahme der verfügbaren Übertragungskapazitäten bereits im Must-Carry-Bereich sämtlichen verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprochen werden kann, sofern dort auch eine Vielzahl privat veranstalteter Angebote Berücksichtigung findet. Voraussetzung hierfür wäre allerdings eine gesetzgeberische Neudefinition des Must-Carry-Bereichs.

private Rundfunk nicht alleine den Prinzipien des Marktes überlassen werden. Dies wäre jedoch der Fall, wenn der Netzbetreiber alleine aufgrund ökonomischer Überlegungen über die Einspeisung entscheiden würde. Die zur Vermeidung dessen kodifizierten Auswahldirektiven umfassen daher Selektionskriterien und Angebotskategorien, die der Plattformanbieter im Rahmen seiner Belegungsentscheidung zu berücksichtigen hat. Unter anderem hat er dabei vergleichbare Telemedien und Teleshoppingangebote angemessen zu berücksichtigen. Damit beschreitet der Gesetzgeber auf dieser Stufe einen Mittelweg zwischen Must- und Non-Must-Carry⁸⁶¹: Einerseits trifft der Plattformanbieter die Belegungsentscheidung bereits selbst, dies jedoch nur im Rahmen der ihm gesetzlich vorgegebenen Kriterien.⁸⁶²

a. Quantitative Vorgaben

Nach dem Wortlaut der Vorschrift richtet sich der Kapazitätsumfang des Can-Carry-Bereichs nach demjenigen des Must-Carry-Bereichs. Letzterer macht höchstens ein Drittel der digitalen Gesamtkapazität für die Verbreitung von Rundfunk und Telemedien aus.

Grundsätzlich umfasst demnach auch der Can-Carry-Bereich einen Umfang von höchstens einem Drittel der digitalen Gesamtkapazität.⁸⁶³ Der Verweis auf den Kapazitätsumfang des Must-Carry-Bereichs und damit auch auf den Begriff „höchstens“ führt jedoch zu Unklarheiten, da er in unterschiedlicher Weise verstanden werden kann. Diese Unklarheiten resultieren daraus, dass anders als im Must-Carry-Segment, für das konkrete Programme definiert sind, solch konkrete Vorgaben für den Can-Carry-Bereich gerade fehlen. Im Must-Carry-Bereich kann daher die Konstellation entstehen, dass trotz Einspeisung aller Pflichtprogramme der Umfang von einem Drittel der Gesamtkapazität nicht erreicht ist, etwa aufgrund von Fortschritten im Bereich der Komprimierungstechnik. Im Can-Carry-Bereich hingegen kann es aufgrund der fehlenden Einspeiseverpflichtung zugunsten bestimmter Programme zu einer vergleichbaren Situation nicht kommen.

Der Verweis in § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV lässt sich danach einmal so verstehen, dass sich der Umfang spiegelbildlich nach demjenigen der Must-Carry-Programme richtet. Dies hätte zur Konsequenz, dass der Can-Carry-Umfang auch deutlich geringer ausfallen kann als ein Drittel der verfügbaren Gesamtkapazität, nämlich immer dann, wenn die mit Must-Carry-Status versehenen Programme nicht den Umfang eines Drittels der Gesamtkapazität ausma-

⁸⁶¹ *Hahne*, Kabelbelegung, 79; *Thierfelder*, Zugangsfragen, 106; vgl. auch *Bullinger*, ZUM 2007, 337 (340).

⁸⁶² Im Vergleich zum Must-Carry-Bereich bedeutet dies eine deutliche Ausweitung der Verhandlungsmacht des Plattformanbieters gegenüber den einzelnen Programm- und Diensteanbietern, vgl. *Christmann*, ZUM 2009, 7 (11); *Grewenig*, ZUM 2009, 15 (19).

⁸⁶³ Kritisch zum dynamischen Kapazitätsanspruch des Can-Carry-Bereichs *Wimmer*, ZUM 2002, 534 (544).

chen.⁸⁶⁴ Demnach würde auch im Falle des Can-Carry-Bereichs die Ein-Drittel-Grenze eine Ober-, nicht jedoch eine Untergrenze darstellen. Der Verweis kann indes auch so verstanden werden, dass immer ein Drittel der Gesamtkapazität mit Programmen des Can-Carry-Spektrums belegt sein muss.⁸⁶⁵ Der Ein-Drittel-Umfang würde dann sowohl eine Ober- als auch eine Untergrenze darstellen.

Für letzteres Verständnis, also einen absoluten Kapazitätsanspruch des Can-Carry-Bereichs von einem Drittel der Gesamtkapazität, lässt sich die Entstehungsgeschichte der Norm heranziehen. Denn in ihrer ursprünglichen und nur für digitale Kabelanlagen geltenden Fassung war dem Can-Carry-Bereich ausdrücklich eine Kapazität von einem Drittel der Gesamtkapazität zugesprochen worden.⁸⁶⁶ Es soll jedoch nicht verschwiegen werden, dass es sich hierbei um ein ambivalentes Argument handelt, denn es lässt sich ebenso gut vertreten, der Gesetzgeber habe, indem er die Kapazitätsansprüche von Must- und Can-Carry-Bereich in § 52b RStV aneinander gekoppelt hat, eine bewusste Abkehr von der ursprünglichen Regelung vorgenommen. Hierfür lässt sich auch die Teleologie der ersten beiden Stufen des Must-Carry-Modells heranziehen. So bilden die ersten beiden Stufen dieses Modells das in der deutschen Rundfunkordnung verankerte duale System von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk ab: Die erste Stufe umfasst primär den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, während die zweite Stufe in erster Linie die Angebote privater Veranstalter im Blick hat.⁸⁶⁷ Es ist nicht ersichtlich, dass zur Realisierung des Grundstandards gleichgewichtiger Vielfalt ein Kapazitätsbereich definiert werden muss, der in seiner Größe über denjenigen zugunsten der Sicherstellung der Grundversorgung hinausgeht. Beide Säulen der Rundfunkordnung sollen sich vielmehr ergänzen und durch einen publizistischen Wettbewerb das Gesamtangebot stärken.⁸⁶⁸ Daher sprechen die besseren Argumente dafür, beide Stufen kapazitätstechnisch⁸⁶⁹ identisch zu behandeln, sodass sich der Umfang des Can-Carry-Bereichs spiegelbildlich nach dem tatsächlichen Kapazitätsbedarf des Must-Carry-Bereichs richtet.⁸⁷⁰ Gegebenenfalls kann

⁸⁶⁴ So das Verständnis von *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52b, Rn. 18.

⁸⁶⁵ Vgl. zu einer entsprechenden Forderung *VPRT*, Stellungnahme zum 10. RÄndStV, 20.

⁸⁶⁶ § 52 Abs. 4 Nr. 1 RStV in der Fassung des 4. RÄndStV.

⁸⁶⁷ Vgl. *Christmann*, ZUM 2009, 7 (11); *Grewenig*, ZUM 2009, 15 (19)

⁸⁶⁸ BVerfGE 74, 297 (332); kritisch dazu unten (Kap. 4, A.III.3.d.iii.).

⁸⁶⁹ Eine qualitative Gleichwertigkeitsklausel existiert demgegenüber für den Can-Carry-Bereich nicht, vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52b, Rn. 19; *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 149; *Dörr/Janik/Zorn*, Zugang, 138; kritisch *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 226 f.

⁸⁷⁰ So auch *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 149. Unabhängig davon wird vereinzelt dafür plädiert, den Kapazitätsumfang statisch (vgl. etwa *Wimmer*, ZUM 2002, 534 [544]; *Roßnagel/Hilger*, MMR 2002, 445 [450]) im Umfang analoger Fernsehkanäle zu bestimmen (vgl. *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 224 f.), um auf diese Weise die investitionsfördernde Wirkung der Regelung zu akzentuieren. Dagegen spricht, dass mit der analogen an eine überholte Übertragungstechnik angeknüpft würde. Auch besitzt der Netzbetreiber bereits beachtliche Freiheiten im Can-Carry-Drittel.

daher auch der Can-Carry-Bereich einen Umfang von einem Drittel der Gesamtkapazität deutlich unterschreiten.

b. Inhaltliche Vorgaben bei der Auswahl zwischen Fernsehprogrammen

Dem Plattformanbieter werden durch § 52b RStV der Sicherstellung von Meinungsvielfalt dienende Strukturkriterien vorgegeben, die dieser bei seiner Auswahlentscheidung zu berücksichtigen hat.⁸⁷¹ Der Gesetzgeber sah sich dabei mit der schwierigen Aufgabe konfrontiert, den ohnehin schillernden Begriff der Meinungsvielfalt⁸⁷² in Strukturkriterien zu verdichten, die gleichzeitig so gefasst sind, dass sie eine Auswahlentscheidung des Plattformanbieters praktisch möglich machen.⁸⁷³ Er hat sich dabei für drei maßgebliche Leitkriterien entschieden: die Einbeziehung des Zuschauerinteresses, die Anbieteranzahl und die Programmvielfalt. Diese Kriterien dienen nicht zuletzt auch der Verwirklichung eines chancengleichen Zugangs privater Programmanbieter zu den Übertragungskapazitäten.

i. Ausgangspunkt: Chancengleicher Zugang privater Anbieter

Der Differenzierung zwischen Must- und Can-Carry-Status bringt eine grundsätzliche gesetzgeberische Wertentscheidung zum Ausdruck: Während die mit Must-Carry-Privileg versehenen Programme konkret-individuell als essentiell für die Meinungsvielfalt angesehen werden, ist es im Can-Carry-Bereich die „richtige“ Zusammensetzung von Programmen, deren Meinungsbildungsrelevanz für sich genommen hinter den Must-Carry-Programmen zurückbleibt, der es nach Ansicht des Gesetzgebers gleichwohl für Meinungsvielfalt auf der Plattform bedarf. Mangels konkret-individuellem Einspeisungsprivilegs konkurrieren diese Programme grundsätzlich gleichrangig um die verbleibenden Plattformkapazitäten. Eine Auswahl zwischen diesen grundsätzlich gleichrangigen Programmen – sei es durch die Landesmedienanstalt, sei es durch den Plattformanbieter – hat dementsprechend vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) diskriminierungsfrei zu erfolgen. Die Strukturkriterien des § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV, denen – neben der Verwirklichung

⁸⁷¹ Vgl. *Beucher/v. Rosenberg*, ZUM 1996, 643 (648 ff); *Thierfelder*, Zugangsfragen, 107; zur Vielfaltssicherung bei der Auswahl strukturell gleichrangiger Programme vgl. *Schumacher*, Kabelregulierung, 129 ff.

⁸⁷² Hierzu das BVerfG im 4. Rundfunkurteil (E 73, 118 [159]): „*Gleichgewichtige Meinungsvielfalt lässt sich (...) nicht als messbare, exakt zu bestimmende Größe verstehen (...)*“.

⁸⁷³ Vgl. auch *Ricker*, ZUM 1992, 521 (523).

des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (Meinungsvielfalt) – folglich doppelte verfassungsrechtliche Relevanz zukommt, sollen diesen chancengleichen Zugang der Bewerber gewährleisten.⁸⁷⁴

ii. Einbeziehung der Zuschauerinteressen

Ausgangspunkt und gleichzeitig Maßstab der Auswahlentscheidung des Plattformanbieters ist die Einbeziehung der Zuschauerinteressen („*angeschlossenen Teilnehmer*“).⁸⁷⁵ Damit greift der Gesetzgeber auf ein Kriterium zurück, welches durch das Bundesverfassungsgericht – trotz einer gewissen Nähe zur unter Vielfaltsgesichtspunkten eher skeptisch zu betrachtenden Massenattraktivität – ausdrücklich als tauglich erachtet worden ist und der Informationsfreiheit der Rezipienten Rechnung trägt.⁸⁷⁶ Es sollte auf der Hand liegen, dass eine gewisse Berücksichtigung des Zuschauerinteresses erforderlich ist, da ein von den Rezipienten nicht akzeptiertes und daher nicht eingeschaltetes Programm praktisch nichts zur Pluralismussicherung beitragen kann.⁸⁷⁷ Gleichwohl wird dieses Strukturkriterium – auch vor dem Hintergrund der dem privaten Rundfunk vom BVerfG attestierten Ausgewogenheitsdefizite⁸⁷⁸ – kritisch betrachtet. In Verbindung mit den ohnehin kommerziellen Interessen des Plattformanbieters käme es hierdurch zu einer „*Privatisierung der Meinungsvielfalt*“.⁸⁷⁹ Auch ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Bevorzugung beim Publikum „bekanntere und bewährtere“ Programme den Markteintritt neuer innovativer Angebote zunächst erschweren könnte. Schließlich ist völlig unklar, wie das Zuschauerinteresse, das nach dem Wortlaut in Bezug auf jede einzelne Kabelanlage („*angeschlossene Teilnehmer*“) zu untersuchen wäre, überhaupt festgestellt werden soll.⁸⁸⁰ Gleichwohl überzeugt die Kritik an der Berücksichtigung der Zuschauerinteressen nicht. Denn diese übersieht, dass das Zuschauerinteresse nur eines von mehreren Auswahlkriterien ist. Auch steht einer unkontrollierten, auf Massenattraktivität ausgerichteten Belegungspraxis der Plattformanbieter die Missbrauchsaufsicht durch die Landesmedienanstalten entgegen.⁸⁸¹

⁸⁷⁴ Vgl. zur Kabelbelegung BVerfGE 73, 118 (197 f.) unter Bezugnahme auf BVerfGE 57, 295 (327).

⁸⁷⁵ Amtliche Begründung z. 10. RÄndStV, 30.

⁸⁷⁶ Vgl. BVerfGE 73, 118 (198); zur Berücksichtigung dieses Kriteriums im Rahmen von Kabelrangfolgeentscheidungen ferner *Castendyk*, ZUM 1993, 464 (470)

⁸⁷⁷ *Castendyk*, ZUM 1993, 464 (471); *Weisser*, NJW 2000, 3526 f.; zurückhaltend *Ricker*, ZUM 1992, 521 (525).

⁸⁷⁸ So etwa in BVerfGE 73, 118 (154 f.).

⁸⁷⁹ *Ritlewski*, ZUM 2008, 403 (405), der paternalistisch fordert, das Zuschauerinteresse objektiv im Sinn eines „wohlverstandenen“ Interesses an objektiv-rechtlich erforderlicher Meinungsvielfalt zu verstehen; vgl. *dens.*, Pluralismus als Strukturprinzip im Rundfunk, 194 ff., 237; ähnlich *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 150 f.

⁸⁸⁰ Vgl. dazu *Thomaschki/Krakies*, ZUM 1997, 368 (377 f.); *Thierfelder*, Zugangsfragen, 109; *Castendyk*, ZUM 1993, 464 (472, Fn. 49). Gesonderte Einschaltquoten nach Übertragungswegen werden nicht erhoben.

⁸⁸¹ Die entsprechenden Bedenken von *Ritlewski*, Pluralismus, 196 überzeugen nicht. Die Pflicht vorheriger Belegungsanzeige (§ 52b Abs. 4 Satz 3 RStV) erlaubt den Landesmedienanstalten eine effektive Aufsicht.

iii. Vielzahl von Programmveranstaltern

Neben dem Zuschauerinteresse der Plattformanbieter eine Vielzahl von Programmveranstaltern in seine Auswahlentscheidung einzubeziehen. Dies soll Gefährdungen der Meinungsvielfalt durch eine gezielte Bevorzugung bzw. Benachteiligung von Veranstaltergruppen oder einzelnen Veranstaltern entgegenwirken und den chancengleichen Zugang absichern.⁸⁸² In Verbindung mit § 52b Abs. 4 Satz 2 RStV soll insbesondere den Integrations- und Konvergenztendenzen von Plattformanbietern und Rundfunkveranstaltern begegnet werden⁸⁸³, da danach nur plattformbetreiberfremde Angebote Platz im Can-Carry-Bereich finden.⁸⁸⁴ Schon der Wortlaut des § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV macht deutlich, dass sich die Einbeziehung lediglich auf die Auswahlentscheidung an sich bezieht, nicht hingegen auf die letztendliche Auswahl, die erst dann offensichtlich fehlerhaft ist, wenn nur Programme eines einzigen Anbieters auf der Plattform zu finden wären. Aus Veranstaltersicht führt dies zu der misslichen Konsequenz, dass sie sich auf keinerlei Zugangsgarantien berufen können; ihnen werden lediglich Zugangschancen eingeräumt.⁸⁸⁵

Da der Wortlaut der Can-Carry-Vorschrift nicht nach der Organisationsform der zu berücksichtigenden Veranstalter differenziert, fragt sich schließlich, ob bei der Auswahl auch öffentlich-rechtliche Veranstalter zu berücksichtigen sind.⁸⁸⁶ Diese Sichtweise würde jedoch der Systematik von Must- und Can-Carry-Bereich widersprechen, wonach beide Kapazitätsbereiche die beiden Säulen das duale Rundfunksystem abbilden sollen.⁸⁸⁷ Die zweite Stufe ist danach für den privaten Rundfunk vorgesehen, dessen Entwicklungschancen ebenfalls an der Rundfunkfreiheit partizipieren.⁸⁸⁸ Diese Entwicklungschancen wären jedoch eingeschränkt, wenn im Can-Carry-Bereich zwingend auch öffentlich-rechtliche Veranstalter zu berücksichtigen wären. Andererseits hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass öffentlich-rechtliche Programme, die nicht der Grundversorgung zugerechnet werden können, bei der Vergabe von Kanalkapazitäten – zur Intensivierung publizistischen Wettbewerbs – gleichran-

⁸⁸² Zum Veranstalterbegriff vgl. BVerfGE 97, 298 (310) sowie bereits oben Kap. 3, A.I.2.a.i.

⁸⁸³ Vgl. etwa *Roßnagel/Hilger*, MMR 2002, 445 (449); gegen eine Bevorzugung plattformunabhängiger Angebote *Wimmer*, ZUM 2002, 534 (544); *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 225 f. sowie Kap. 1 A.II.

⁸⁸⁴ Das sind solche Programme, die dem Plattformanbieter weder nach § 28 RStV zugerechnet werden können und auch nicht exklusiv von ihm vermarktet werden; vgl. die Amtl. Begr. z. 10. RÄndStV, 32; zur Vorgängerregelung vgl. *Dörr/Janik/Zorn*, Zugang, 60.

⁸⁸⁵ Vgl. *Hahne*, Kabelbelegung, 79; *Weisser*, NJW 2000, 3526; *Ders./Lübbert*, K&R 2000, 274 (276).

⁸⁸⁶ Etwa Angebote ohne Must-Carry-Privileg, insb. Telemedien; gleiches gilt für Must-Carry-Angebote, die aufgrund von Kapazitätsengpässen im ersten Drittel keinen Platz finden; vgl. *Hahne*, Kabelbelegung, 80.

⁸⁸⁷ Sie wird daher auch als „*privates Vielfaltsdrittel*“ bezeichnet, vgl. *Grewenig*, ZUM 2009, 15 (19).

⁸⁸⁸ Vgl. *Schumacher*, Kabelregulierung, 119.

gig neben den Programmen privater Anbieter zu berücksichtigen sind.⁸⁸⁹ Vermittelnd bietet sich daher folgende Lösung an: Der Plattformanbieter ist zwar nicht verpflichtet, in seiner Can-Carry-Auswahlentscheidung auch öffentlich-rechtliche Programme zu berücksichtigen, er ist gleichwohl nicht daran gehindert, dies dennoch zu tun. In der Praxis sollte diese Frage ohnehin zu keinen nennenswerten Konflikten führen, da die wirtschaftlichen Interessen des Plattformanbieters primär auf eine Berücksichtigung von privaten Anbietern im Can-Carry-Bereich abzielen dürften.⁸⁹⁰

iv. Berücksichtigung verschiedener Programmkategorien

Die veranstalterbezogene personelle Differenzierung wird durch das Strukturmerkmal der programmlichen Vielfalt ergänzt. Zwar ist auch der Begriff der Programmvielfalt unbestimmt und entzieht sich einer exakten Definition⁸⁹¹, ihm liegt jedoch der Gedanke der Verhinderung einer ungleichwichtig hohen Einwirkung einzelner Programme auf den Meinungsbildungsprozess zugrunde.⁸⁹² Die danach notwendige gegenständliche Vielfalt lässt sich am ehesten durch eine Vielzahl unterschiedlicher Programmarten erreichen, die § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV auch erwähnt: Voll-, Sparten- und Fremdsprachenprogrammen sowie nicht entgeltfinanzierte Programme. Eine Plattform, über die nicht wenigstens eines einer jeden dieser Kategorien entsprechenden Programme übertragen wird, würde demnach einen Verstoß gegen die Plattformbelegungs Vorschriften bedeuten.⁸⁹³

Voll- und Spartenprogramme unterscheiden sich in ihrer grundsätzlichen Ausrichtung voneinander: Vollprogramme haben vielfältige Themen zum Gegenstand, sie richten sich an einen großen Rezipientenkreis (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 3 RStV). Demgegenüber richten sich Spartenprogramme mit ihren weitgehend gleichartigen Themen (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 4 RStV) an eine mehr oder weniger exakt definierte Zielgruppe. Aufgrund ihrer geringeren Breitenwirkung⁸⁹⁴ wird Spartenprogrammen grundsätzlich eine gegenüber Vollprogrammen nachrangige Bedeutung beigemessen.⁸⁹⁵ Gleichwohl ist insbesondere im Bereich der Spartenprogramme

⁸⁸⁹ BVerfGE 74, 297 (332 f., 340 f.).

⁸⁹⁰ Vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, § 52b, Rn. 18.

⁸⁹¹ OVG Niedersachsen, ZUM 1996, 712 (715); *Beucher/v. Rosenberg*, ZUM 1996, 643 (648 ff.).

⁸⁹² BVerfGE 73, 118 (159).

⁸⁹³ Vgl. *Wille/Schulz/Fach-Petersen*, in: Hahn/Vesting (2. Aufl.), Rundfunkrecht, RStV, § 52, Rn 95; *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 152.

⁸⁹⁴ Vgl. BVerfGE 74, 297 (345); *Weisser*, ZUM 1997, 877 (881 f.); *Wulff*, ZUM 1997, 543 (551). Es handelt sich dennoch um Rundfunk iSd Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, vgl. nur *Hoffmann-Riem*, AfP 1998, 9 (10 f.).

⁸⁹⁵ Aus der Rechtsprechung: BVerfGE 83, 238 (320); ferner VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 15.11.1993, Az. 10 S 2330/93, 7; aus der Literatur: *Beucher/v. Rosenberg*, ZUM 1996, 643 (649 f.); *Ricker*, ZUM 1992, 521 (525); ferner *Castendyk*, ZUM 1993, 464 (471); *Aschenbrenner*, Deregulierungszwang, 168 ff.; aA v. *Holtzbrinck*, Rangfolgeprobleme, 161 ff.; differenzierend *Schumacher*, Kabelregulierung, 145 ff.

ein deutlicher Zuwachs von Angeboten zu verzeichnen⁸⁹⁶, der private und öffentlich-rechtliche Spartenprogramme gleichermaßen betrifft.⁸⁹⁷ Einer Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Spartenprogramme hat das Bundesverfassungsgericht bereits den Weg geebnet.⁸⁹⁸ Eine Verpflichtung zu deren Berücksichtigung besteht hingegen nicht.

Anknüpfend an die Finanzierungsstruktur sind im Can-Carry-Bereich auch nicht engeltfinanzierte Programme zu berücksichtigen. Lässt der Wortlaut dies offen, so bestätigen die Gesetzesmaterialien, dass gleichwohl auch Pay-TV-Programme Platz innerhalb des Can-Carry-Bereichs finden können.⁸⁹⁹ Diese haben zwar nach wie vor – nicht zuletzt aufgrund des umfangreichen Free-TV-Angebots – eine geringe Reichweite in Deutschland, sodass ihre Berücksichtigung nicht zwingend aus Gründen der Meinungsvielfalt geboten ist.⁹⁰⁰ Doch darf dabei nicht übersehen werden, dass sich der Beitrag von Pay-TV-Angeboten zu einem Meinungsmarkt auch daraus ergeben kann, dass es sich im Vergleich zum herkömmlichen Free-TV um eine in Deutschland noch vergleichsweise junge, vor allem aber andersartige Form der Rundfunkverbreitung handelt.⁹⁰¹ Im Übrigen entspricht ihre Berücksichtigung auch dem Interesse der Plattformanbieter, da sie maßgeblich zur Attraktivität des Plattformangebots beitragen können.⁹⁰² Dem Rundfunkstaatsvertrag lässt sich zudem keine Grundaussage zur Beibehaltung einer möglichst umfangreichen Free-TV-Landschaft entnehmen.⁹⁰³ Mit Ausnahme von – ohnehin *de lege lata* nicht zulässigen⁹⁰⁴ – öffentlich-rechtlichen Pay-TV-Angeboten können daher auch Pay-TV-Angebote im Can-Carry-Bereich berücksichtigt werden.

⁸⁹⁶ Vgl. *Hamann*, ZUM 2009, 2 (3); *Kibele*, Multimedia im Fernsehen, 47; zu dieser Entwicklung auch *Thierfelder*, Zugangsfragen, 47 f.

⁸⁹⁷ Zur Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Spartenprogramme vgl. BVerfGE 74, 297 (346); ferner *Braun/Gillert/Hoberg/Hübner/Kamps*, ZUM 1996, 201 ff.; ablehnend *Kresse*, ZUM 1996, 59 (61 ff., 64 f.).

⁸⁹⁸ Vgl. BVerfGE 74, 297 (332 f., 345 f.): „*Sie können bei Knappheit von Frequenzen zwar keinen Vorrang, wohl aber gleichen Rang beanspruchen wie die Programme der übrigen (privaten – der Verf.) Rundfunkveranstalter (...). (...) Das gilt nicht nur für Regional- und Lokalprogramme, sondern auch für Spartenprogramme der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.*“ Einen Vorrang öffentlich-rechtlicher Spartenprogramme grundsätzlich ablehnend *Ricker*, ZUM 1997, 1 (3 ff.).

⁸⁹⁹ So sollen zwar „*insbesondere frei empfangbare Programme berücksichtigt werden*“, jedoch sind auch „*entgeltliche Angebote in die Vielfaltsbetrachtung einzubeziehen*“ (Amtl. Begr. z. 10. RÄndStV, 30; zustimmend *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 152; vgl. auch *Christmann*, ZUM 2009, 7 (11); *VPRT*, Stellungnahme zum 10. RÄndStV, 20.

⁹⁰⁰ Hierzu *Weisser*, ZUM 1997, 877 (881 ff.).

⁹⁰¹ *Ricker*, ZUM 1992, 521 (526).

⁹⁰² Vgl. *Hahne*, Kabelbelegung, 80, 93; *Weisser/Lübbert*, K&R 2000, 274 (277);

⁹⁰³ *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 152.

⁹⁰⁴ § 13 Abs. 1 Satz 2, 1. HS RStV. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Pay-TV-Angebote ist seit jeher umstritten: ablehnend etwa *Kresse*, ZUM 1995, 178 (184); *Stettner*, ZUM 1995, 293 ff.; *Ring*, ZUM 1995, 173 (174 f.); überzeugend befürwortend *Hoffmann-Riem*, Pay TV, 73 ff. Auch das BVerfG geht von der grundsätzlichen Zulässigkeit solcher Angebote aus, fordert für deren Veranstaltung allerdings eine ausdrückliche einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlage, vgl. E 74, 297 (331); unter Hinweis auf den Wesentlichkeitsgrundsatz zustimmend *Ricker/Schiwy*, Rundfunkverfassungsrecht, Teil B, Rn. 63.

v. Zusammenfassung

Im Can-Carry-Bereich beschränken sich die Handlungsvorgaben für den Plattformanbieter auf die Beachtung der Auswahlstrukturkriterien Zuschauerinteresse, Anbieter- sowie Programmvielfalt. Diese Kriterien stellen den chancengleichen Zugang der privaten Programmveranstalter zu den Übertragungskapazitäten sicher und gewährleisten Meinungsvielfalt auf der Plattform; zudem begegnen sie Gefahren aus Integrationstendenzen der Plattformanbieter. Zwar hat der Plattformanbieter grundsätzlich ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den einzelnen Programmkategorien herzustellen. Er ist jedoch aufgrund der Spezifika der jeweiligen Kategorien nicht gehindert, Differenzierungen vorzunehmen. So bestehen keine Bedenken gegen eine Bevorzugung von Voll- gegenüber Spartenprogrammen, wobei sich in der Praxis schon alleine aufgrund der großen Anzahl von Spartenprogrammen, die das Maß verfügbarer Vollprogramme um ein weites übersteigen, ein Übergewicht zugunsten dieser Programmkategorie einstellen dürfte.

c. Angemessene Berücksichtigung vergleichbarer Telemedien und Teleshoppingkanäle

Schließlich hat der Plattformanbieter im Can-Carry-Bereich vergleichbare Telemedien sowie Teleshopping-Kanäle in angemessenem Umfang zu berücksichtigen. Damit bringt der Gesetzgeber im Hinblick auf das Verhältnis von Rundfunk und Telemedien zwei Grundentscheidungen zum Ausdruck: Zum einen dienen Plattformen wie das Breitbandkabel aus der Perspektive des Rundfunkrechts vorrangig der Verbreitung von Rundfunk; zum anderen können aber auch Dienste, bei denen es sich nicht um Rundfunk handelt, in das Breitbandkabel einzuspeisen.

Die Berücksichtigung von Telemedien im Can-Carry-Bereich ist als „*systematisch fragwürdig*“⁹⁰⁵ kritisiert worden. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative dazu entschieden, bei der Zusammenstellung des Vielfaltsbereichs nicht alleine an die Meinungsbildungsrelevanz eines Angebots anzuknüpfen, sondern zusätzlich die Angebotsvielfalt in den Blick zu nehmen. Angesichts dieser legislativen Grundentscheidung ist es nicht zu beanstanden, wenn unter dem Gesichtspunkt der An-

⁹⁰⁵ Weisser, NJW 2000, 3526 (3527 mit Fn. 10); ders./Lübbert, K&R 2000, 274 (278); kritisch gegenüber der „Gleichstellung von Rundfunkdiensten und sonstigen Nichtrundfunkdiensten“ im Can-Carry-Bereich auch Aschenbrenner, Deregulierungszwang, 194.

gebotsvielfalt die Berücksichtigung von alternativen Angebotsformen wie vergleichbarer Telemedien festgeschrieben wird.⁹⁰⁶

i. Erfasste Dienste

Mit den **vergleichbaren Telemedien** sind zunächst solche Angebote angemessen zu berücksichtigen, die zwar nicht linearer Natur und damit nicht Rundfunk sind, gleichwohl in ihrer Wirkung eine gewisse Fernsehähnlichkeit aufweisen.⁹⁰⁷ Daneben können auch solche Angebote erfasst sein, die entlang eines Sendepfades ablaufen, jedoch nach § 2 Abs. 3 RStV aus dem Anwendungsbereich des Rundfunkbegriffs herausfallen. Im Rahmen des Can-Carry-Drittels können danach insbesondere True-Video- und NVoD-Angebote Berücksichtigung finden, sofern letztere im Wege des Pay-per-View angeboten werden und damit über § 2 Abs. 3 RStV dem Rundfunkbegriff entzogen sind.⁹⁰⁸

Ebenfalls angemessen zu berücksichtigen sind **Teleshopping-Kanäle**.⁹⁰⁹ Der Gesetzgeber des 12. RÄndStV hat sich im Interesse einer normativ gesteuerten Vergrößerung der Angebotsvielfalt entschieden, die angemessene Berücksichtigung auch von Teleshopping-Kanälen ausdrücklich festzuschreiben.⁹¹⁰ Systematisch kohärent mit der Regulierung von Teleshopping-Kanälen (vgl. § 1 Abs. 3 RStV) werden diese trotz der Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des Rundfunkbegriffs nicht wie Rundfunk, sondern gesondert erwähnt.

Internetbasierte Dienste sind häufig, solange sie nicht linear verbreitet werden, als vergleichbare Telemedien zu klassifizieren. Inkorporiert ein Plattformanbieter folglich solche Angebote, bspw. Sender-Mediatheken, Webcasting-Angebote oder Streaming-Dienste, in das

⁹⁰⁶ I. E. ebenso *Sharma*, Chancengleiche Zugang, 154; *Hahne*, Kabelbelegung, 81 f. In der Praxis wirkt sich diese Streitfrage nicht aus, da auch *Weisser/Lübbert* die gesetzgeberische Intention anerkennen und hierfür lediglich vorschlagen, sie im Rahmen einer gesonderten Regelung zu verwirklichen. Für das analoge Kabel hat das VG Hannover, Gerichtsbescheid v. 14.06.2007, Az. 7 A 5462/06, Rn. 62 zit. nach juris, festgestellt, dass die Berücksichtigung von Telemedien zur Meinungs- und Angebotsvielfalt innerhalb der Kabelanlage beiträgt.

⁹⁰⁷ Vgl. hierzu oben (Kap. 1, C.II.2.).

⁹⁰⁸ Vgl. für die Zeit vor dem 9. RÄndStV *Schütz*, Kommunikationsrecht, Rn. 477; *Hahne*, Kabelbelegung, 88 f. Die Feststellung der Fernsehähnlichkeit bzw. Fernsehvergleichbarkeit erfordert eine Einzelfallbetrachtung des konkreten Angebots. Dementsprechend steht die auf einer generellen Betrachtungsweise beruhende Ausnahme bestimmter Angebote aus dem Rundfunkbegriff gemäß § 2 Abs. 3 RStV einer möglichen Fernsehähnlichkeit eines solchen Angebots *im Einzelfall* nicht entgegen.

⁹⁰⁹ Zuvor waren diese als vergleichbare Telemedien erfasst. Die sprachliche Klarstellung musste erfolgen, da es sich bei typischerweise linear ausgestrahlten Teleshopping-Kanälen nach der Neudefinition des Rundfunkbegriffs nun um Rundfunk handelt (vgl. oben Kap. 1, C.II.1.b.).

⁹¹⁰ Vgl. die amtliche Begründung zum 12. RÄndStV, 34; zustimmend *Schütz*, MMR 2009, 230; an der Vereinbarkeit der Aufnahme von Teleshopping-Kanälen in den Can-Carry-Bereich mit Unionsrecht zweifelnd *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 52b, Rn. 64.

Gesamtangebot auf seiner Plattform, tragen diese zur angemessenen Berücksichtigung von vergleichbaren Telemedien bei.⁹¹¹

Fraglich ist daneben, ob bereits die **Vermittlung eines Zugangs zum offenen Internet** genügt, damit der Plattformanbieter seiner Pflicht zur angemessenen Berücksichtigung vergleichbarer Telemedien nachkommt.⁹¹² Hiergegen wird vorgebracht, die vielfaltswahrende Funktion des Can-Carry-Bereichs könne nicht dadurch gewährleistet werden, dass der Nutzer in eigener Verantwortung selbst über die Auswahl der Telemedien entscheidet.⁹¹³ Gegen die Auffassung spricht schon, dass der Nutzer über einen Internetzugang auf eine Vielzahl unterschiedlichster Rundfunk- und vergleichbarer Telemedienangebote unmittelbar zuzugreifen kann; er ermöglicht ein Höchstmaß an Vielfalt und entspricht damit dem Regelungsgedanken der Nr. 2 vollends.⁹¹⁴ Auf diese potentielle Vielfalt kommt es für die vergleichbaren Telemedien im Can-Carry-Bereich auch gerade an. Denn während dem Plattformanbieter Auswahl direktiven für Rundfunkprogramme vorgegeben werden, fehlt es hieran für vergleichbare Telemedien. Maßgebend ist alleine, dass diese in angemessener Zahl auf der Plattform zu finden sind; welche dies *in concreto* sind, ist nach dem Wortlaut unerheblich. Dann kann es aber keinen Unterschied machen, ob der Plattformanbieter eine unkontrollierte⁹¹⁵ Auswahlentscheidung trifft, oder ob diese von jedem Nutzer selbst getroffen wird. Diese Sichtweise begegnet allerdings einem entscheidenden praktischen Einwand. So ist das Angebot eines Internetzugangs mittlerweile grundsätzlich über jede Breitbandkabelplattform technisch möglich, es wird allerdings wie gesehen nicht von sämtlichen Nutzern dieser Plattformen nachgefragt. Dementsprechend hängt es von der jeweiligen vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Plattformanbieter und dem Nutzer ab, ob dieser über einen plattformeigenen Internetzugang Zugriff auf sämtliche internetbasierten Telemedien hat. Aus diesem Grund kann jedenfalls derzeit noch nicht auf einen solchen im Einzelfall vorhandenen Internetzugang zur Erfüllung der abstrakt-generellen Voraussetzungen der angemessenen Berücksichtigung vergleichbarer Telemedien abgestellt werden. Folglich hat der Plattformanbieter konkrete Telemedienangebote auszuwählen und diese der zuständigen Landesmedienanstalt anzuzeigen (vgl. § 52b Abs. 4 Satz 3 RStV).

⁹¹¹ Missverständlich aber im Ergebnis wohl ebenso *Hahne*, Kabelbelegung, 89 f.

⁹¹² Unbestritten ist die Internetzugangsvermittlung selbst kein vergleichbarer Telemedien-, sondern Telekommunikationsdienst ist, vgl. Kap. 1, C.II.3.; dieser unterfällt auch schon mangels Gesetzgebungsbefugnis der Länder nicht der Plattformregulierung, vgl. *Gersdorf*, AfP 2011, 209 (213).

⁹¹³ So *Hahne*, Kabelbelegung, 89 f.

⁹¹⁴ In diesem Sinne auch *ANGA*, Stellungnahme zum XIII. Hauptgutachten der Monopolkommission, 4.

⁹¹⁵ Insbesondere erstreckt sich die Aufsichtspflicht der Landesmedienanstalten nicht auf die Auswahl der Telemedien. Nach § 52b Abs. 4 Satz 4 RStV ist konsequenterweise keine Zwangsbelegung der Plattform mit vergleichbaren Telemedien vorgesehen („die Auswahl der zu verbreitenden Rundfunkprogramme (...) durch die zuständige Landesmedienanstalt“ – Hervorhebung nur hier).

Schließlich können auch sog. **Walled-Garden-Angebote** zum Zugriff auf bestimmte vergleichbare Telemedien zu deren angemessener Berücksichtigung auf der Plattform führen.⁹¹⁶ Solche Angebote können aus Sicht der Nutzer insbesondere dadurch interessant sein, dass der Plattformanbieter eine vordefinierte Kapazitätsreserve zusagt, die eine störungsfreie Übertragung auch bei Lastspitzen gewährleistet.⁹¹⁷ Denkbar sind auch nach innen geschlossene Angebote mit exklusiven Inhalten, auf die – gesichert durch Zugangskontrollsysteme – nur solche Plattformkunden Zugriff haben, die ein gesondertes Entgelt für dieses Angebot entrichten.⁹¹⁸ Allerdings sind plattformanbiereigene bzw. von ihm exklusiv vermarktete Walled-Garden-Angebote – trotz des missverständlichen Wortlauts („*Programme*“) – nach § 52b Abs. 4 Satz 2 RStV nicht für die Erfüllung der im Can-Carry-Bereich erforderlichen angemessenen Berücksichtigung vergleichbarer Telemedien relevant. Dies folgt aus dem Schutzzweck der Norm, die vor den Gefahren vertikaler Integrationsbestrebungen für den Meinungsbildungsprozess schützen soll. Solche Bestrebungen finden gerade auch im zukunftssträchtigen Bereich nicht-linearer und damit telemedialer Dienste statt.

ii. Umfang der Berücksichtigungspflicht⁹¹⁹

Zunächst hat der Plattformanbieter vergleichbare Telemedien und Teleshopping-Kanäle über zu berücksichtigen. Anknüpfend an *Hahne*⁹²⁰ zerfällt diese Berücksichtigung in einen subjektiven (inneren) Tatbestand der Vergegenwärtigung, dass keine Beschränkung auf Rundfunkprogramme erfolgen darf⁹²¹, und einen objektiven (äußeren) Tatbestand, der sich in der tatsächlichen Plattformbelegung manifestiert. Da das Vorliegen des äußeren Tatbestands (Telemedien finden sich tatsächlich auf der Plattform) den sicheren Schluss auf das Vorliegen des inneren Tatbestands (Auswahlentscheidung beinhaltet vergleichbare Telemedien⁹²²) zu-

⁹¹⁶ Zu den Ausprägungen solcher Angebote vgl. *Hahne*, Kabelbelegung, 36.

⁹¹⁷ Zum Aspekt der Netzneutralität vgl. oben Kap. 3, A.II.

⁹¹⁸ Zur schwierigen Vermarktungssituation vgl. *Holzner/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 361 f.

⁹¹⁹ Hier wird nur die Rechtslage *de lege lata* dargestellt. Inwieweit sich ein Stufenverhältnis von Rundfunk und Telemedien bei der Kabelbelegung überhaupt noch rechtfertigt, ist Gegenstand der nachfolgenden Kapitel.

⁹²⁰ Kabelbelegung und Netzzugang, 85 ff.

⁹²¹ Demgegenüber ist eine Gegenüberstellung einzelner Telemedien oder Teleshopping-Kanäle – anders als bei Rundfunkprogrammen – nicht erforderlich. Die gesetzgeberische Intention der Berücksichtigung solcher Programme besteht nicht in der Privilegierung einzelner Dienste, sondern in der Privilegierung der Dienstekategorien in ihrer Gesamtheit im Interesse der Angebotsvielfalt auf der Plattform. Folglich wird die Auswahlentscheidung auch nicht durch die Landesmedienanstalt überprüft; kritisch zur Verfassungsmäßigkeit der Vorgabe der angemessenen Berücksichtigung im Hinblick das Bestimmtheitsgebot *Gersdorf*, Vergabe terrestrischer Frequenzen, 40.

⁹²² Die Einordnung als vergleichbaren Telemediendienst, sprich die Fernsehähnlichkeit, erweitert die Auswahlentscheidung um eine zwingende inhaltliche Komponente.

lässt, sich der Umkehrschluss aber verbietet⁹²³, fragt sich, ob es zwingend einer Manifestation des inneren Tatbestands durch die Platzierung konkreter Telemedien auf der Plattform bedarf.⁹²⁴ Gegen die Notwendigkeit einer positiven Belegungsentscheidung als Manifestation der angemessenen Berücksichtigung spricht zunächst der Wortlaut des § 52b Abs. 4 Satz 2 RStV. Danach hat der Plattformanbieter „*die Belegung von Rundfunkprogrammen oder Telemedien*“ (Hervorhebung des Verf.) der zuständigen Landesmedienanstalt anzuzeigen. Ungeachtet der semantischen Unzulänglichkeit dieser Anordnung⁹²⁵ vermittelt die darin enthaltene Konjunktion „*oder*“ den Eindruck, eine Anzeige käme auch in Betracht, wenn die Plattform nur mit Rundfunk *oder* nur mit Telemedien belegt ist, folglich nicht zwingend beide Dienstekategorien innerhalb des Can-Carry-Bereichs zu finden sein müssen. Diesem Verständnis steht jedoch die der Norm zugrundeliegende innovationsfördernde Regulationsintention entgegen, die zu einer Etablierung der ursprünglich neuartigen Form des Mediendienstes führen sollte.⁹²⁶ Der innovationsfördernde Charakter verkommt allerdings nur dann nicht zu einem leeren Programmsatz, wenn die in Rede stehenden Dienstekategorien tatsächlich Platz im Can-Carry-Bereich finden. Zudem drängen die Grundrechte der Telemedien- und Teleshoppinganbieter auf Verwirklichung, sodass ihnen real existierende und nicht bloß theoretische Zugangschancen einzuräumen sind.⁹²⁷ Schließlich spricht für diese Sichtweise der systematische Zusammenhang der Dienstekategorien innerhalb der Nr. 2. Während für Rundfunkprogramme eine zwingende Abwägungsentscheidung des Netzbetreibers anhand der Auswahlalternativen vorgesehen ist, sind die Kategorien der vergleichbaren Telemedien und Teleshoppingkanäle unabhängig vom Ergebnis dieser Abwägungsentscheidung und damit zwingend im Can-Carry-Bereich zu platzieren. Mithin hat der Plattformanbieter zwingend auch vergleichbare Telemedien und Teleshopping-Kanäle über seine Plattform zu verbreiten; eine Belegung ausschließlich mit Rundfunkprogrammen wäre ein Verstoß gegen § 52b RStV.⁹²⁸

Ferner muss der Plattformanbieter vergleichbare Telemedien und Teleshopping-Kanäle angemessen berücksichtigen. Dieser, typischerweise eine Güter- bzw. Interessenabwägung implizierende unbestimmte Rechtsbegriff ist unter Besinnung auf Sinn und Zweck des Must-Carry-Modells im Allgemeinen und des Can-Carry-Bereichs im Speziellen auszulegen. Diese dienen nicht der Verwirklichung der Interessen der Programm- und Diensteanbieter – deren

⁹²³ Der Plattformanbieter kann Telemedien durchaus angemessen im Rahmen seiner Auswahlentscheidung berücksichtigen, ohne sie jedoch im Ergebnis tatsächlich einzuspeisen.

⁹²⁴ So etwa *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 52b, Rn. 63.

⁹²⁵ Die Wendung müsste lauten: „die Belegung der bzw. seiner Plattform mit Rundfunk und/oder Telemedien“.

⁹²⁶ Zu diesem Zweck im Hinblick auf die analoge Kabelverbreitung vgl. *Schumacher*, Kabelregulierung, 41.

⁹²⁷ Vgl. hierzu *Schütz*, MMR 1998, 11 (13 ff.); aA wohl *Sharma*, Chancengleiche Zugang, 154.

⁹²⁸ So auch *Sharma*, Chancengleiche Zugang, 155; *Wille/Schulz/Fach-Petersen*, in: Hahn/Vesting (2. Aufl.), Rundfunkrecht, RStV, § 52, Rn. 97; *Hahne*, Kabelbelegung, 86.

Privilegierung im Einzelfall erfolgt vielmehr reflexartig –, sondern der Gewährleistung von Meinungs- respektive Angebotsvielfalt.⁹²⁹ Angemessenheit bedeutet danach, dass die infrage kommenden Dienste in einem Verhältnis zueinander zu berücksichtigen sind, der zur Sicherstellung von Angebots- und Meinungsvielfalt erforderlich ist.⁹³⁰ Danach lassen sich zwei Konstellationen von vornherein als unangemessen ausscheiden: Zunächst die Belegung des Can-Carry-Bereichs ausschließlich mit Rundfunkprogrammen, wobei dies wie gesehen bereits aus dem Merkmal der Berücksichtigung folgt. Erst unter Beachtung des Angemessenheitskriteriums scheidet demgegenüber eine ausschließliche Belegung mit vergleichbaren Telemedien und Teleshopping-Kanälen aus. Der Wortlaut mag insofern noch Zweifel zurücklassen, da sich eine „angemessene“ und eine „vollständige“ Berücksichtigung weder sprachlich noch denklogisch ausschließen.⁹³¹ Theoretisch ist es vorstellbar, dass sich die medientatsächlichen Verhältnisse derart verändern, dass eine angemessene Berücksichtigung vergleichbarer Telemedien nur dann vorliegt, wenn diese Dienste die Gesamtheit des Can-Carry-Bereichs ausmachen. Dieses Ergebnis ließe sich auch mit dem übrigen Wortlaut der Nr. 2 in Einklang bringen, da sich die darin enthaltene Wendung „berücksichtigt“ nur auf vergleichbare Telemedien und Teleshopping-Kanäle bezieht. Eine Berücksichtigung von Rundfunkprogrammen mag zwar implizit vom Gesetzgeber vorausgesetzt sein, Niederschlag in der sprachlichen Gestaltung der Nr. 2 findet sie keinen. Ein anderes Verständnis folgt auch nicht zwingend aus der Entstehungsgeschichte der Norm. Zwar ist *Hahne*⁹³² zuzugeben, dass die Erwähnung der damaligen Mediendienste innerhalb des Can-Carry-Bereichs ursprünglich dazu diente, den zu diesem Zeitpunkt neuartigen Diensten „die Tür ins Breitbandnetz einen Spalt breit (zu) öffnen“. Dieser mittlerweile mehr als zehn Jahre alten gesetzgeberischen Intention kommt angesichts der Geschwindigkeit der technologischen Entwicklung heutzutage nur noch eine – wenn überhaupt – nachrangige Bedeutung zu. Dennoch lässt sich eine vollständige Belegung des Can-Carry-Bereichs ausschließlich mit vergleichbaren Telemedien und Teleshoppingangeboten im Hinblick auf die Zielstellung der Regelung, der Gewährleistung größtmöglicher Meinungsvielfalt, nicht legitimieren. Denn zur Erreichung dieses Ziels können die tatsächlichen Nutzungsgewohnheiten nicht vollends außer Acht gelassen werden.

⁹²⁹ Daher scheidet eine Auslegung der Angemessenheit mittels einer Abwägung der durch den definierten Can-Carry-Kapazitätsbereich verklammerten Interessen der Rundfunkanbieter einerseits und der Teleshopping- bzw. Telemedienanbieter andererseits aus.

⁹³⁰ Es wird nicht übersehen, dass auch die Konkretisierung eines unbestimmten Rechtsbegriffs mit einem weiteren unbestimmten Rechtsbegriff nur bedingt hilfreich ist. Gleichwohl erlauben vor diesem Hintergrund Wortlaut und gesetzgeberische Intention des § 52b RStV eine nähere Konkretisierung.

⁹³¹ AA *Hahne*, Kabelbelegung, 86; vgl. auch *Holzner*, in: LfR, Kabelbelegung und Rundfunkfreiheit, 9 (12): „Angemessen' kann nicht ‚vollständig' bedeuten“.

⁹³² *Ebd.*

Wenn demnach anno 2011 noch 97 Prozent des Fernsehkonsums linear, das heißt durch Rundfunkprogramme stattfinden, während zwei Prozent auf die zeitversetzte und sogar nur ein Prozentpunkt auf die Online-Nutzung und damit nur drei Prozentpunkte auf Telemedien entfallen, kann ein vollständiger Verzicht auf Rundfunkprogramme im Can-Carry-Bereich keinen Bestand haben.⁹³³ Demnach sind Rundfunkprogramme sowie vergleichbare Telemedien und Teleshoppingprogramme im Can-Carry-Bereich nebeneinander zu berücksichtigen.⁹³⁴

Dem Einfluss der tatsächlichen Nutzungsgewohnheiten auf die Bestimmung des Angemessenheitsbegriffs ist durch dessen dynamische Auslegung Rechnung zu tragen.⁹³⁵ Zwei Parameter sind dabei von besonderer Bedeutung: Zunächst führen der Netzausbau sowie die voranschreitenden Möglichkeiten der Datenkompression zumindest tendenziell dazu, dass der dem Can-Carry-Bereich dedizierte Kapazitätsumfang zunimmt und damit mehr Dienste innerhalb dieses Bereichs Platz finden. Zum anderen können technische Entwicklungen, allen voran die Einführung des Hybridfernsehens dazu führen, dass der bislang bestehende „Medienbruch“⁹³⁶ zwischen herkömmlichem Fernsehen und Internetnutzung überwunden wird. Legt man nun die derzeitigen Nutzungsgewohnheiten zugrunde, wonach die überwiegende Fernsehnutzung weiterhin linear erfolgt und somit den (linear verbreiteten) Rundfunkprogrammen nach wie vor besondere Bedeutung für die Meinungsbildung zukommt⁹³⁷, bedeutet dies für die Angemessenheit im Can-Carry-Bereich, dass dem Rundfunk folglich ein im Verhältnis größerer Umfang zuzusprechen ist.⁹³⁸ Da sich aufgrund der dem Begriff der Angemessenheit innewohnenden Flexibilität sowie der sich stetig weiterentwickelnden Übertragungstechnik statische Festlegungen im Sinne eines absoluten Kapazitätsumfangs verbieten, kommt alleine eine relative Bestimmung des angemessenen Umfangs im Hinblick auf die Gesamtkapazität in Frage.⁹³⁹

⁹³³ Die Zahlen entstammen der ARD/ZDF-Onlinestudie 2011, abgedruckt bei *Frees/v. Eimeren*, MP 2011, 350. Die Nutzung vergleichbarer Telemedien, insbesondere die zeitversetzte Nutzung von Fernsehinhalten stellt bislang nur eine Randerscheinung dar. Deren Bedeutung nimmt allerdings stetig zu, vgl. *v. Eimeren/Frees*, MP 2013, 358 (366).

⁹³⁴ So auch *Holznel*, in: *LfR*, Kabelbelegung und Rundfunkfreiheit, 9 (18 f.); *Hahne*, Kabelbelegung, 86.

⁹³⁵ *Hahne*, Kabelbelegung, 86 f.

⁹³⁶ Hierzu vgl. *Frees/v. Eimeren*, MP 2011, 350 (351 f.).

⁹³⁷ Vgl. auch *v. Eimeren/Frees*, MP 2013, 358 (366).

⁹³⁸ Zur Tragfähigkeit der Bevorzugung des Rundfunks gegenüber den Telemedien s. das 5. Kapitel.

⁹³⁹ Soweit ersichtlich existiert bislang ein einziger Vorschlag, in welchem prozentualen Umfang vergleichbare Telemedien im Can-Carry-Bereich zu berücksichtigen sind. Dieser Vorschlag sieht eine Telemedien-Quote von mindestens 10, maximal 20 % der Can-Carry-Kapazität vor, vgl. *Hahne*, Kabelbelegung, 87 f. Hierbei kann es sich jedoch allenfalls um eine Richtgröße handeln, da die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der angemessenen Berücksichtigung durch eine Auslegung *im Einzelfall* zu erfolgen hat.

Schließlich liegt eine angemessene Berücksichtigung nur vor, wenn Teleshopping-Kanäle *und* vergleichbare Telemedien auf der Plattform zu finden sind.⁹⁴⁰ Schon die Erwähnung beider Kategorien, gerade da es sich bei Teleshopping-Kanälen definitorisch um Rundfunk handelt, verdeutlicht, dass die gesetzgeberische Intention darauf abzielt, beide Angebotsarten tatsächlich auf der Plattform zu sehen. Für das Verhältnis beider Kategorien zueinander spricht die geringe Meinungsbildungsrelevanz von Teleshopping-Kanälen für ein Übergewicht der vergleichbaren Telemedien. Auch § 1 Abs. 4 RStV illustriert, dass Teleshopping-Kanäle eine dem Rundfunk nachgeordnete Sonderstellung einnehmen sollen.

iii. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Plattformanbieter nur dann eine staatsvertragskonforme Plattformbelegung vornimmt, wenn innerhalb des Can-Carry-Bereichs herkömmliche Fernsehprogramme, Teleshopping-Kanäle sowie vergleichbare Telemedien Platz finden. Letztere zeichnen sich dadurch aus, dass sie trotz ihrer nicht-linearen Verbreitungsweise inhaltlich eine gewisse Fernsehähnlichkeit aufweisen. Das Verhältnis der drei Angebotskategorien zueinander muss eine angemessene Berücksichtigung von Teleshopping-Kanälen und vergleichbaren Telemedien sicherstellen. Aufgrund der im Lichte der technischen Fortentwicklung sowie der Evolution der Nutzungsgewohnheiten ist dem Angemessenheitsbegriff ein dynamisches Verständnis zugrunde zu legen. Es erscheint daher auch nicht ausgeschlossen, dass sich das bislang zugunsten des Rundfunks bestehende Stufenverhältnis innerhalb des Can-Carry-Bereichs zu einem zukünftigen Zeitpunkt umgekehrt und die vergleichbaren Telemedien eine Vorrangstellung erlangen. Von Interesse ist in diesem Zusammenhang vor allem die Entwicklung des sogenannten Hybridfernsehens.

6. Dritte Stufe: Non-Must-Carry-Bereich

Die dritte und letzte Stufe des Belegungsmodells enthält den sog. Non-Must-Carry-Bereich.⁹⁴¹ In diesem Kapazitätsbereich sieht sich der Plattformanbieter keinerlei rundfunkrechtlichen Belegungsvorgaben ausgesetzt. Weder werden ihm konkret einzuspeisende Pro-

⁹⁴⁰ Vor der Novellierung des Rundfunkbegriffs konnte ein Plattformanbieter der angemessenen Berücksichtigung dadurch Rechnung tragen, dass er nur Rundfunk und Teleshopping-Kanäle (seinerzeit dem Telemedienbegriff unterfallend) einspeiste.

⁹⁴¹ Vgl. dazu *Weisser*, NJW 2000, 3526 (3527); *ders./Lübbert*, K&R 2000, 274 (276); *Christmann/Enßlin/Wachs*, ZUM 2005, 291 (293); *Holznagel*, ZUM 2000, 480 (482).

gramme vorgeschrieben noch hat er seine Auswahlentscheidung an pluralismussichernden Strukturkriterien auszurichten. Folglich findet auch die Missbrauchsaufsicht der Landesmedienanstalten auf diesen Kapazitätsbereich keine Anwendung. Auf diese Weise sollen die Plattformen dem wirtschaftlichen Wettbewerb geöffnet werden.⁹⁴² Bei seiner Auswahlentscheidung ist der Plattformanbieter in seinem unternehmerischen Gestaltungswillen lediglich durch die allgemeinen Gesetze – insbesondere TKG und GWB – limitiert. Der Plattformanbieter kann innerhalb dieses Kapazitätsbereichs etwa Pay-TV-Angebote, Telemedien, auch solche, bei denen es sich nicht um „vergleichbare“ handelt, oder aber auch Telekommunikationsdienste anbieten.⁹⁴³ Ebenso kann er den Kapazitätsbereich für die Einspeisung von privaten Free-TV-Programmen, die nicht im Can-Carry-Bereich Platz gefunden haben, nutzen. Schließlich steht auch der Einspeisung von öffentlich-rechtlichen Programmen nichts im Wege, wobei diese Konstellation in der Praxis kaum anzutreffen sein dürfte.⁹⁴⁴ Dem lassen sich verfassungsrechtliche Bedenken nicht entgegenhalten, da jedenfalls über den Must- aber auch den Can-Carry-Bereich ausreichende Vorkehrungen zur Sicherstellung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Vielfaltsniveau auf den Plattformen getroffen sind.⁹⁴⁵

Der Kapazitätsumfang des Non-Must-Carry-Bereichs umfasst nach der gesetzlichen Konzeption grundsätzlich ein Drittel der zur Verbreitung von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien zur Verfügung stehenden Gesamtkapazität. Nur sofern die Must-Carry-Programme nicht das ihnen zustehende Kapazitätsdrittel ausnutzen, geht der Umfang des Non-Must-Carry-Bereichs über ein Drittel hinaus. Zwar reduziert sich der innovationsfördernde weil zum Netzausbau ermunternde Charakter des freien Belegungsermessens im Non-Must-Carry-Bereich dadurch, dass im Falle des Netzausbaus aufgrund deren relativer Bezugsgröße auch der Must- und Can-Carry-Bereich anwachsen. Gleichwohl vergrößert sich auch der Non-Must-Carry-Bereich durch einen Ausbau der digitalen Kapazitäten.⁹⁴⁶

⁹⁴² Bullinger, ZUM 2007, 337 (339 f.).

⁹⁴³ Allerdings war für die digitale Kabelbelegung nicht unumstritten, ob auch andere Dienste außer Rundfunk und vergleichbaren Telemedien im Non-Must-Carry-Bereich Platz finden dürfen, vgl. Dörr/Janik/Zorn, Zugang, 60, 138 ff. (dafür) sowie Thierfelder, Zugangsfragen, 92 (dagegen); vgl. zum Ganzen auch Hahne, Kabelbelegung, 94 f.; vgl. auch die amtliche Begründung zum 4. RÄndStV, LT-Dr. NRW 12/4372, 117, wonach der Netzbetreiber im Non-Must-Carry-Bereich „freie Gestaltungsmöglichkeiten darüber, welche Programme und Dienste er verbreitet“, hat.

⁹⁴⁴ Vgl. Hahne, Kabelbelegung, 93.

⁹⁴⁵ AA Aschenbrenner, Deregulierungszwang, 193 ff.; wie hier Hahne, Kabelbelegung, 92 f.; Gersdorf, Chancengleicher Zugang, 76 ff.

⁹⁴⁶ Vgl. zur diesbezüglichen Regelung der Kabelbelegung Kuch, ZUM 2002, 248 (250).

7. Anpassungen im Falle von Kapazitätsknappheiten

Kommt es zu Kapazitätsengpässen im digitalen Kabel, sollten also mehr Angebote und Dienste Übertragungskapazitäten begehren als vorhanden sind, lässt sich diese Konstellation zunächst ohne weiteres mit dem Stufenmodell lösen. Denn dieses knüpft hinsichtlich der einzelnen Stufen verhältnismäßig an die Gesamtkapazität an, sodass es solange praktikabel ist, als überhaupt eine „Gesamtkapazität“ zur Verfügung steht. Insoweit wiederholt § 52b Abs. 1 Satz 2, Halbsatz 1 RStV nur eine Selbstverständlichkeit, indem er anordnet, dass das Stufenmodell auch im Falle einer Kapazitätsknappheit gilt, allerdings entsprechend der verfügbaren Kapazität gekürzt.

a. Vorrang des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Sollte hingegen der Kapazitätsengpass derart groß sein, dass nicht einmal sämtliche Must-Carry-Programme übertragen werden können, lässt sich der Wertung des § 52b Abs. 1 Satz 2, Halbsatz 2 RStV entnehmen, dass die für das Verbreitungsgebiet gesetzlich bestimmten Programme und Dienste des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vorrangig zu verbreiten sind. Dies ist aus Gründen der Sicherung von Meinungsvielfalt im Kabel sowie zur Sicherstellung des Grundversorgungsauftrags keinen Bedenken ausgesetzt.⁹⁴⁷ Allerdings scheidet eine Belegung ausschließlich mit öffentlich-rechtlichen Programmen aus, da auch die Must-Carry-Programme des § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b und c RStV angemessen zu berücksichtigen sind.⁹⁴⁸ Daraus folgt, dass zumindest ein privates Programm mit Regionalfenstern und ein regionales bzw. lokales Programm oder ein Offener Kanal zwingend zu verbreiten sind. Eine Plattformbelegung mit ausschließlich öffentlich-rechtlichen Angeboten würde mithin auch im Falle extremer Kapazitätsknappheit einen Verstoß gegen § 52b RStV darstellen.

Dass es sich bei einer Kapazitätsknappheit trotz der effektiveren, digitalen Frequenznutzung nicht um eine denktheoretische Konstellation handelt, wurde bereits mehrfach angesprochen. Neben zunehmend kapazitätsintensiven Verbreitungsformen und der Vielzahl von Programm- und Dienstangeboten drohen Engpässe insbesondere vor dem Hintergrund des oben dargestellten Widmungsrechts des Plattformanbieters. Sollte er sich entscheiden, Teile seiner Infrastruktur nicht für die digitale Verbreitung von Rundfunk und Telemedien einzusetzen, unterfällt nur der Kapazitätsrest den Plattformbelegungsregeln.

⁹⁴⁷ Vgl. auch *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52b, Rn. 12.

⁹⁴⁸ Vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 52b, Rn. 12.

b. Verhältnis von Can-Carry- und Non-Must-Carry-Bereich

Keinerlei Festlegungen trifft die Regelung des § 52b Abs. 1 Satz 2 RStV auf den ersten Blick für das Verhältnis von Can- und Non-Must-Carry-Bereich im Falle von Kapazitätsengpässen. Dies überrascht zunächst, da es trotz „Triple-Play“ und Widmungsrecht des Plattformanbieters als kaum denkbar erscheint, dass Übertragungskapazitäten ausschließlich für die Must-Carry-Programme zur Verfügung stehen. Eher wahrscheinlich dürfte die Konstellation sein, in der die Programme mit Must-Carry-Status den überwiegenden Teil der auf der Plattform für Rundfunk und Telemedien verfügbaren Kapazitäten in Anspruch nehmen und nur ein Kapazitätsrest für die sonstigen Programme und Dienste verbleibt.

Diese Situation ließe sich einerseits so auflösen, dass der nicht durch die vorrangig zu berücksichtigenden Must-Carry-Angebote belegte Kapazitätsbereich nach Can-Carry-Grundsätzen, also anhand der für diesen Bereich vorgesehenen Auswahldirektiven belegt wird. Hierfür ließe sich anführen, dass nach der Grundkonzeption des § 52b RStV Must- und Can-Carry-Bereich kapazitätstechnisch aneinander gekoppelt sind. Ferner würde diese Lösung ein Höchstmaß an Vielfalt garantieren, was gerade im Falle knapper Kapazitäten geboten scheint. Andererseits ist denkbar, die verbleibenden Kapazitäten in einen Can-Carry-Anteil sowie einen Non-Must-Carry-Anteil gleichmäßig aufzuteilen. Für diese Lösung lässt sich ebenfalls das Argument der Grundkonzeption des § 52b RStV anführen, der ein dreistufiges Regelungsmodell vorsieht, welches konsequenterweise auch im Falle knapper Kapazitäten auf Verwirklichung drängt.

Bei genauerer Betrachtung des § 52b Abs. 1 Satz 2, 1. Halbsatz RStV wird deutlich, dass in einer solchen Konstellation nur die zuletzt genannte Lösung in Betracht kommt. Denn dieser schreibt vor, die Grundsätze des Satzes 1 entsprechend der verfügbaren Kapazitäten anzuwenden. Fundamentaler Grundsatz des Satzes 1 ist die Dreiteilung der Übertragungskapazitäten, die sodann „entsprechend“ auf den Fall der Kapazitätsknappheit zu übertragen ist. Demgegenüber würde das Wegfallen des Non-Must-Carry-Bereichs bei Kapazitätsknappheit ein wesentliches Abweichen von den Grundsätzen des Satzes 1 bedeuten. Ein solches Verständnis ließe sich mit dem Wortlaut des als Ausnahmenorm eng auszulegenden Satz 2 nicht in Einklang bringen. Mit Hilfe juristischer Auslegungsmethodik lässt sich somit das Verhältnis von Can-Carry- und Non-Must-Carry-ergründen.⁹⁴⁹

⁹⁴⁹ AA wohl *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 149, die jedenfalls eine gesetzgeberische Präzisierung für wünschenswert hält.

c. Berücksichtigung von Telemedien und Teleshoppingkanälen

Auch für das Verhältnis von Rundfunk und Telemedien im Falle von Kapazitätsengpässen lassen sich Satz 2 entsprechende Vorgaben entnehmen. In jedem Fall vorrangig zu berücksichtigen sind die programmbegleitenden Dienste der öffentlich-rechtlichen Programme; sie genießen grundsätzlich auch Vorrang vor den sonstigen Angeboten mit Must-Carry-Status (lit. b und c), jedoch nur insoweit als sie daneben noch eine angemessene Berücksichtigung dieser sonstigen Angebote ermöglichen.

Für sonstige Telemedien gibt § 52b Abs. 1 Satz 2 RStV mit seiner Bezugnahme auf die Grundsätze des Must-Carry-Modells vor, dass diese im für den Can-Carry-Bereich verbleibenden Kapazitätsabschnitt entsprechend § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV angemessen zu berücksichtigen sind. Gleiches gilt für Teleshopping-Kanäle. Daraus folgt, dass grundsätzlich auch im Falle knapper Kapazitäten jeweils mindestens ein Telemediendienst sowie ein Teleshopping-Kanal in Rahmen des Can-Carry-Anteils einzuspeisen sind. Etwas anderes kann erst dann gelten, wenn der Can-Carry-Anteil einen so geringen Kapazitätsumfang einnimmt, dass im Falle der angemessenen Berücksichtigung von Telemedien und Teleshopping ein unverhältnismäßig kleiner Teil für Rundfunkprogramme verbliebe. In diesem Fall erscheint es aufgrund der geringeren Meinungsbildungsrelevanz von Telemedien und Teleshopping-Kanälen noch gerechtfertigt, auf deren Berücksichtigung zu verzichten. Denn diese Dienste tragen im Hinblick auf das Vielfaltspostulat primär zur Angebots- und nicht zur Meinungsvielfalt innerhalb eines Kabelnetzes bei. Dabei ist der Verzicht auf die zwingende Berücksichtigung jedenfalls von Telemedien noch unter einem weiteren Gesichtspunkt angezeigt. Denn die mögliche Kapazitätsknappheit, die ein Eingreifen des Satzes 2 erst notwendig macht, kann aufgrund des sukzessive steigenden Leistungsumfanges der Breitbandkabelnetze nur dadurch entstehen, dass der Plattformanbieter einen Großteil seines Netzes nicht für die Übertragung von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien widmet, sondern für das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen. Hierzu gehört dann in der Regel wie gesehen auch ein schneller Zugang zum offenen Internet. Und gerade in diesem offenen Internet spielen Telemedien, insbesondere Abrufangebote eine wesentliche Rolle. Ist der Breitbandkabelkunde nun aufgrund seines Internetzugangs verbunden mit einem internetfähigen Fernseher selbstständig in der Lage, diese Telemedien im offenen Internet abzurufen, ist nicht ersichtlich, warum entsprechende Angebote zwingend auch in den für die Rundfunkverbreitung vorgesehenen Kapazitätsbereich einzuspeisen sind.

Diese Überlegungen lassen sich zwar nicht eins zu eins auf Teleshopping-Kanäle übertragen, da es sich hierbei nach staatsvertraglicher Lesart um Rundfunkprogramme handelt. Den-

noch müssen auch sie im Falle von Kapazitätsknappheit gegenüber regulären Rundfunkprogrammen zurücktreten. Allerdings sind an die Intensität dieser Kapazitätsknappheit für eine komplette Nichtberücksichtigung von Teleshopping-Kanälen höhere Anforderungen zu stellen, als dies für ein vollständiges Zurücktreten von Telemedien gegenüber Rundfunkprogrammen der Fall ist. Dies entspricht im Übrigen auch der Systematik des § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV. Dieser unterscheidet zwischen Fernsehprogrammen, Teleshopping-Kanälen sowie vergleichbaren Telemedien. Hierbei handelt es sich nicht bloß um eine terminologische Differenzierung, sondern dahinter verbirgt sich die Einschätzung der publizistischen Bedeutung einer jeder dieser drei Kategorien aus Sicht des Gesetzgebers. Teleshopping-Kanälen wird dabei aufgrund ihrer linearen Verbreitungsform eine größere publizistische Relevanz beigemessen als (nicht-linearen) Telemedien, ohne dass diese indes an diejenige klassischer Fernsehprogramme heranreichen würde.

C. Fazit

Das Rundfunkrecht setzt die unions- und verfassungsrechtlichen gemachten Vorgaben durch ein unabhängig vom gewählten Übertragungsweg einschlägiges Plattformbelegungsregime um, welches die Kernregelungen der Belegung von Kabelanlagen, allen voran das Must-Carry-Regime auf sämtliche Infrastrukturen erstreckt. Diesem Regime kann sich ein Netzbetreiber dadurch entziehen, dass er entweder auf eine digitale Übertragung oder auf die Übertragung von Rundfunkdiensten in seinen Netzen verzichtet. Sobald er Rundfunk auf digitalen Datenströmen überträgt, wird der Netzbetreiber zum Plattformanbieter gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 12 RStV, was, von einigen Ausnahmen abgesehen, *inter alia* die Einschlägigkeit des Plattformbelegungsregimes des § 52b RStV zur Folge hat.

Dieses sieht eine Dreiteilung der Kapazitäten entsprechend der vom Gesetzgeber angenommenen Priorität der Dienstklassen – öffentlich-rechtlicher Rundfunk, privater Rundfunk, sonstige Dienste – vor, und konserviert damit die rundfunkrechtliche Sonderstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

Obwohl das Belegungsmodell eine, wenn auch nur im Verhältnis zum privaten Rundfunk, angemessene Berücksichtigung von Telemedien fordert, dokumentiert es doch, dass der Gesetzgeber nach wie vor eine spezifischen Regelungsbedürftigkeit der Inhalteverteilung durch Übertragungsnetze annimmt und diese weder der liberaleren telekommunikationsrechtlichen Regulierung noch, *a fortiori*, dem Markt überlassen will.

Kapitel 4: Das Stufenverhältnis von Rundfunk und Telemedien im Kabel als Produkt einer überkommenen Medienordnung

Die vorstehenden Ausführungen zur Plattformbelegung haben trotz des im Vergleich zur analogen Kabelbelegung liberaleren Regulierungsansatzes die gesetzgeberischen Anstrengungen verdeutlicht, das Breitbandkabel der Rundfunkverbreitung vorzubehalten. Zwar sind Telemedien in einem angemessenen Umfang zu berücksichtigen; auch wird dem Netzbetreiber zugestanden, einen bestimmten Kapazitätsumfang nach eigenen Erwägungen zu belegen, ohne dass er hierbei überhaupt Rundfunkangebote berücksichtigen müsste. Dies vermag jedoch nicht den Befund zu entkräften, dass der Gesetzgeber in erster Linie daran interessiert ist, diesen Verbreitungsweg in möglichst umfassendem Maße der Übertragung von Rundfunk, insbesondere öffentlich-rechtlichem zu dedizieren.⁹⁵⁰ So korreliert die gestiegene und mit zunehmender Kapazitätsvermehrung noch steigende Belegungsautonomie des Netzbetreibers aus Sicht des Gesetzgebers zwingend damit, dass unabhängig von dieser Entscheidungsfreiheit ein Kapazitätsumfang ausgewiesen ist, der die vorrangige Verbreitung von Rundfunk sicherstellt. Dieser Eindruck wird dadurch verstärkt, dass sich nicht nur im Rundfunkstaatsvertrag, sondern auch in anderen Kodifikationen Normen finden, die mitunter explizit eine Vorrangstellung des Rundfunks statuieren. Zu denken ist hier insbesondere an die bereits erwähnte⁹⁵¹ Vorschrift des § 34 MStV BB a.F. Diese schrieb in aller Deutlichkeit fest:

„Die Übertragungsmöglichkeiten in den Kabelnetzen im Geltungsbereich dieses Staatsvertrages dienen der Verbreitung von Rundfunk und, soweit dadurch der Vorrang der Vielfaltssicherung nicht beeinträchtigt wird, der Verbreitung von Telemedien und Telekommunikationsdiensten“.

Dieser Regelung lag folgende Annahme zugrunde: Die Vielfaltssicherung im Bereich audiovisueller Medien als zentralem Motiv der deutschen Medienordnung könne alleine oder jedenfalls überwiegend nur durch Rundfunk erfolgen; aus diesem Grund müsse dem Rundfunk auch im Hinblick auf den Zugang zu den Übertragungswegen eine Vorrangstellung eingeräumt werden; den für die Meinungsbildung vermeintlich weniger relevanten Telemedien und Telekommunikationsdiensten könne demgegenüber folglich beim Zugang zu den Übertragungsstrukturen allenfalls nachrangige Bedeutung zukommen.

⁹⁵⁰ AA Gersdorf, Vergabe terrestrischer Frequenzen, 15, der aus dem Erfordernis angemessener Berücksichtigung von Telemedien im Can-Carry-Bereich eine Erstreckung des Grundsatzes chancengleichen Zugangs vom Rundfunk auf die Telemedien ableiten will.

⁹⁵¹ Vgl. oben (Kap. 3, B.IV.2.a.i.(3)); ferner Gersdorf, Kabeleinspeisung, 37 f.

Unabhängig von den kompetenzrechtlichen Bedenken, denen eine solche Regelung begegnet, drängt sich die Frage auf, ob sich eine solche primäre Indienststellung des Breitbandkabels zugunsten der Rundfunkverbreitung noch als zeitgemäß erweist. Es ist bereits festgestellt worden, dass gerade im Rundfunk- bzw. Medienbereich dynamische Interpretationsansätze im Hinblick auf die Regulierungsvorgaben erforderlich sind, um den medientatsächlichen Entwicklungen in angemessenem Umfang Rechnung tragen zu können. Betrachtet man nun die eingangs dieser Arbeit dargestellten Konvergenzentwicklungen, drängt sich die Frage auf, ob der bestehende Regulierungsansatz des Rundfunkrechts im Allgemeinen und der Plattformregulierung im Speziellen, wonach eine zwingende Vorrangstellung des Rundfunks auch bei der Belegung des digitalen Kabels erforderlich ist, im Lichte dieser Entwicklungen nicht zu überdenken ist. Mit anderen Worten: Rechtfertigen die Besonderheiten des Rundfunks, allen voran seine bislang einhellig angenommene gesteigerte Bedeutung für den Meinungsbildungsprozess sowie die aus diesem Grund implementierten Mechanismen zum Schutz der Meinungsvielfalt, auch im Zeitalter medialer Konvergenz noch dessen privilegierte Sonderrolle?⁹⁵²

Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es zunächst einer Untersuchung der Umstände, die bislang die vielzitierte „Sonderrolle“ des Rundfunks begründet haben sowie der Folgen, die hieran bei der Ausgestaltung der Rundfunkordnung im Allgemeinen und der Ausgestaltung des Zugangs zu Plattformen, allen voran dem Kabelnetz im Speziellen geknüpft worden sind. Gemeint sind damit jedoch nicht die vorstehend behandelten, konkreten einfachgesetzlichen Regulierungsmodelle, sondern die dahinterstehenden, gleichsam übergeordneten theoretischen Konzepte. Sodann ist unter Rekurs auf die im Rahmen der Bestandsaufnahme dieser Arbeit festgestellten Befunde zu den medientatsächlichen Entwicklungen der jüngeren Zeit zu prüfen, ob diese Entwicklungen möglicherweise zu einer Überwindung der Sondersituation des Rundfunks geführt haben. Schließlich ist zu untersuchen, ob die gefundenen Ergebnisse eine Neubewertung des Verhältnisses von Rundfunk und Telemedien zu rechtfertigen vermögen und welches Erscheinungsbild eine solche Neubewertung haben könnte.

⁹⁵² Vgl. *Gersdorf*, MMR-Beil. 2012, 1 (6), der zu Recht darauf hinweist, dass die höhere Regelungsintensität des Rundfunks im engeren Sinne nicht als Rechtfertigungsgrund für seine Privilegierung gegenüber Telemedien etwa bei der Kapazitätsvergabe herangezogen werden darf. Beides – Regulierung und Privilegierung – rechtfertigt sich alleine angesichts der bislang angenommenen Ausnahmebedeutung des linearen Rundfunks für die Meinungsvielfalt als Zielvorgabe der verfassungsrechtlichen Rundfunkfreiheit.

A. Massenmedien, die (bisherige) Sondersituation des Rundfunks und ihre Folgen

Bei Rundfunk handelt es sich zunächst ebenso wie bei Presse und Film um ein Massenmedium. Sämtliche dieser drei Massenmedien werden durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG mit verfassungsrechtlichem Schutz versehen. Während der Verfassungstext auf den ersten Blick wenig Anlass für Differenzierungen zwischen den drei massenmedialen Gattungen bietet, haben sich im Laufe der Zeit dennoch erheblich voneinander abweichende Interpretationen der einzelnen Massenkommunikationsgrundrechte etabliert. Den mit Abstand höchsten Regulierungsgrad weist dabei – hier exemplifiziert anhand des Plattformregimes für die digitale Rundfunkverbreitung – der Rundfunk auf. Dieses Regulierungsregime findet sein Fundament in dem rundfunkverfassungsrechtlichen Überbau, den das Bundesverfassungsgericht im Zuge der vielzählig ergangenen Rundfunkurteile durch die Auslegung des knappen Verfassungswortlauts geschaffen hat. Hierbei hat das Gericht von Beginn an eine Sonderstellung des Rundfunks gegenüber den anderen Massenmedien erkannt und diese als Ausgangspunkt für die besondere Regulierungsbedürftigkeit des Mediums Rundfunk bei der Ausgestaltung einer verfassungsrechtlichen Medienordnung zugrunde gelegt. Nachdem zunächst einige Ausführungen zur Bedeutung von Massenmedien in einer Demokratie im Allgemeinen angezeigt sind, ist zu untersuchen, auf welche Aspekte sich das Bundesverfassungsgericht bei der Annahme der Sondersituation des Rundfunks stützt. Des Weiteren ist zu untersuchen, welche Konsequenzen das Gericht hieraus für die Rundfunkordnung gezogen hat.

I. Die staatstragende Funktion von Massenmedien in der (Medien-)Demokratie

Dem Rundfunk kommt idealiter zunächst wie jedem der Massenmedien eine besondere Bedeutung im Kontext eines demokratisch organisierten Gemeinwesens zu.⁹⁵³ Ein solches Gemeinwesen basiert auf der Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk. In ihrer Ausprägung als parlamentarischer Demokratie werden die unmittelbaren politischen Entscheidungen zwar nicht durch das Volk selbst, sondern durch von ihm legitimierte Volksvertreter getroffen. Das Volk selbst nimmt gleichwohl mittelbar an politischen Entscheidungsprozessen teil, indem es die Volksvertreter, die sich wiederum in Parteien und Fraktionen als Mittel gemeinsamer Interessenvertretung zusammenschließen, durch Wahlen legitimiert. Durch ihre integrierende Funktion erreichen die politischen Parteien eine Stabilisierung der pluralistischen Gesellschaft, indem sie eine Konzentration der Vielzahl von Partikularansichten zu bestimm-

⁹⁵³ Vgl. BVerfGE 12, 205 (260); 35, 202 (222); Herrmann, Fernsehen und Hörfunk, 231 ff., 244 ff., der von der „Macht der Masseninformation“ spricht.

ten Grundströmungen erreichen, und damit erst die Voraussetzung einer funktionsfähigen Regierung ermöglichen.⁹⁵⁴

Sowohl die mittelbare als auch die unmittelbare Teilnahme an politischen Entscheidungsprozessen setzt notwendigerweise einen Wettstreit von Ideen und Überzeugungen voraus.⁹⁵⁵ Solche Überzeugungen und Ideen entstehen jedoch erst dann, wenn ein jeder dazu in der Lage ist, sich in einem umfassenden Sinn zu informieren und korrespondierend damit, seine aufgrund des Informationsprozesses gebildeten Überzeugungen und Meinungen frei zu artikulieren.⁹⁵⁶ Dies gilt in einer parlamentarischen Demokratie gleichermaßen für die Volksvertreter⁹⁵⁷ wie für das Volk in seiner Gesamtheit und jeden einzelnen Bürger. Während der Vorgang des Sich-Informierens durch die Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG abgesichert wird, schützt die Meinungsfreiheit in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GG „*eines der vornehmsten Rechte überhaupt*“, welches für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung „*schlechthin konstituierend ist*“⁹⁵⁸, nämlich das Recht, seine Meinung kund zu tun. Verklammernd betreffen diese beiden grundrechtlichen Freiheiten den Gesamtprozess individueller, demokratischer *Meinungsbildung* und damit einen wesentlichen Aspekt der Persönlichkeitsentfaltung und Vorstufe politischer *Willensbildung*.⁹⁵⁹

Erweitert wird der Schutz des Meinungsbildungsprozesses um ein kollektives Element, welches sich verfassungsrechtlich in den massenkommunikativ konnotierten Grundrechten der Presse-, Rundfunk und Filmfreiheit manifestiert. Diese Grundrechte betreffen folglich den kollektiven Prozess der (politischen) Meinungsbildung, sind jedoch gleichzeitig unabdingbare Voraussetzungen für Informations- und Meinungsbildung eines jeden Einzelnen. Im Zusammenhang mit der besonderen Bedeutung der Massenmedien für diesen Prozess hat sich die Bezeichnung „Mediendemokratie“ etabliert. Dieser Bezeichnung liegt die Annahme einer

⁹⁵⁴ Vgl. *Vesting*, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 219 (230). Wohin eine von Zersplitterung gekennzeichnete Parteienlandschaft führen kann, hat das Ende der Weimarer Republik unter Beweis gestellt.

⁹⁵⁵ Vgl. BVerfGE 5, 85 (205).

⁹⁵⁶ Grundlegend zur überragenden Bedeutung der Meinungsfreiheit in einer Demokratie BVerfGE 7, 198 (207 f.); 12, 113 (125): „*Nur die freie öffentliche Diskussion über Gegenstände von allgemeiner Bedeutung sichert die freie Bildung der öffentlichen Meinung, die sich im freiheitlich demokratischen Staat notwendig ‚pluralistisch‘ im Widerstreit verschiedener und aus verschiedenen Motiven vertretener, aber jedenfalls in Freiheit vorgetragener Auffassungen, vor allem in Rede und Gegenrede vollzieht.*“ Erstmals hatte das BVerfGE damit den Gedanken des Pluralismus begrifflich verwendet. Ähnlich wie in den Verfassungen Frankreichs, Italiens und Großbritanniens findet der Begriff selbst im Grundgesetz keine explizite Verwendung, obwohl er in allen genannten Verfassungen das zentrale medienverfassungsrechtliche Prinzip beschreibt; vgl. *Schellenberg*, Rundfunk-Konzentrationsbekämpfung, 186 f.

⁹⁵⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang das Bonmot des ehemaligen Bundeskanzlers Gerhard Schröder: „*Zum regieren brauche ich nur BILD, BamS und Glotze.*“

⁹⁵⁸ BVerfGE 7, 198 (208); in diesem Sinne auch E 25, 256 (265); vgl. dazu *Degenhart*, K&R 2000, 49 (50).

⁹⁵⁹ BVerfGE 12, 205 (260); 31, 314 (326); 35, 202 (222); 57, 295 (319); 73, 118 (152); vgl. ferner *Degenhart*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 625; zur individuellen und gesellschaftlich-kollektiven Bedeutung des Rundfunks vgl. auch *Ricker/Schiwy*, Rundfunkverfassungsrecht, Teil B, Rn. 79 ff.

doppelten Relevanz der Massenmedien für den demokratischen Willensbildungsprozess zugrunde. Sie dienen in einer parlamentarischen Demokratie einerseits den Volksvertretern als Kommunikationskanal, damit diese mit ihren politischen Botschaften die Masse des Volkes erreichen können. Die Medien nehmen hierbei eine inhaltlich eher passive Rolle als Transporteur fremder Inhalte ein. Zum anderen agieren die Massenmedien aber auch aktiv als Akteure innerhalb des Meinungsbildungsprozesses, indem sie eigene Standpunkte und Überzeugungen bilden und diese nach außen vertreten. Durch das Sichten, Auswählen und Aufbereiten bestimmter Themen aus der Masse verfügbarer Informationen ermöglichen sie dem Einzelnen zudem eine gezielte Information anhand eines in bestimmtem Umfang vorstrukturierten Informationsangebots.⁹⁶⁰ Durch das „Herunterbrechen“ politisch hochkomplexer Sachverhalte und Entscheidungsprozesse nehmen sie eine Vermittlerrolle zwischen der Politik und dem eigentlichen Souverän wahr. Aus dieser Vermittlerrolle an der Nahtstelle demokratischer Willensbildung folgt die überragende, gleichsam „staatstragende“⁹⁶¹ Bedeutung der Massenmedien in einer freiheitlichen Demokratie.

Illustriert wird diese besondere Bedeutung der Massenmedien durch die zunehmende Anpassung des professionell-politischen Entscheidungsfindungsprozesses an massenmediale Bedürfnisse.⁹⁶² Damit einher geht das Bestreben jeder Art von Entscheidungsträger, allen voran solcher politischer Couleur, sich die Agenda-Setting-Funktion der Massenmedien gezielt zunutze zu machen, indem sie aktiv darauf einwirken, welche Themenkomplexe auf der Medienagenda auftauchen.

Schließlich ist zu konstatieren, dass sich die Relevanz der Medien keinesfalls auf die Begleitung demokratisch-politischer Vorgänge beschränkt. Vielmehr kommt den Massenmedien – gerade in Zeiten eines zunehmenden Bedeutungsverlusts der Politik – eine kulturelle und sozial-integrative Rolle zu, die weit über das Verständnis der Massenmedien als „vierter Gewalt“ im Staat hinausgeht.⁹⁶³ Sie dienen als Spiegel der Gesellschaft in allen Lebensbereichen – Kultur, Bildung, Unterhaltung – und schaffen auf diese Weise ein gesellschaftliches Koor-

⁹⁶⁰ Vgl. BVerfGE 97, 228 (258); *Hesse*, Rundfunkrecht, Kap. 2, Rn. 29 ff.; *Holznel*, NordOeR 2011, 205 (206). Damit einher geht die sog. Agenda-Setting-Funktion der Massenmedien. Zurückgehend auf *Cohen*, *The press and foreign policy*, passim, erfolgt massenmediale Beeinflussung danach nicht nur im Hinblick darauf, welche Meinungen („was“) zu einem bestimmten Themenkomplex vertreten werden, sondern – dem vorgelagert – schon darauf, zu welchen Themenkomplexen („worüber“) überhaupt Meinungen gebildet werden sollten und wie viel Aufmerksamkeit diesen Themenkomplexen entgegenzubringen ist („wie viel“); vgl. dazu *Schenk*, in: *Fünfgeld/Mast*, Massenkommunikation, 153 (162 ff.); *ders.*, Medienwirkungsforschung, 433 ff.

⁹⁶¹ *Ricker/Schiwy*, Rundfunkverfassungsrecht, Teil B, Rn. 80; für die Presse vgl. BVerfGE 20, 162 (174).

⁹⁶² So bedienen sich Politiker selbst massenmedialer Werkzeuge wie Vereinfachung und Inszenierung, um auf diese Weise die Deutungshoheit über ihre Botschaften nicht aus der Hand zu geben; vgl. *Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 210 ff.; *Holznel*, VVDStRL 68 (2009), 382 (396 ff.).

⁹⁶³ So auch *Schulz/Held/Kops*, ZUM 2001, 621 (624).

dinatensystem, innerhalb dessen jeder Einzelne seinen Platz suchen kann.⁹⁶⁴ Oder, um es mit *Luhmann* zu sagen: „*Was wir über unsere Gesellschaft, ja über die Welt, in der wir leben, wissen, wissen wir durch die Massenmedien*“.⁹⁶⁵

II. Die bisherige Sondersituation des Rundfunks im Gefüge der Massenmedien

Das Bundesverfassungsgericht leitete die berühmte „*Sondersituation*“⁹⁶⁶ gerade des Rundfunks ursprünglich von drei mit diesem Medium zusammenhängenden, tatsächlichen Strukturmerkmalen ab. Diese Strukturmerkmale lassen sich nach ihrem Anknüpfungspunkt unterscheiden. Sie betreffen die Wirkungsweise des Mediums Rundfunk selbst, seine Veranstaltung sowie die zu seiner Verbreitung notwendige Technik.

1. Publizistische Sondersituation des Rundfunks bzw. Wirkmächtigkeit

Aufgrund seiner Suggestivkraft, Breitenwirkung und Aktualität wird dem Rundfunk eine besondere Wirkmächtigkeit attestiert⁹⁶⁷, die seinen Einfluss auf den Meinungsbildungsprozess, in dem er „Medium“ und „Faktor“ zugleich ist⁹⁶⁸, im Vergleich zu den übrigen Massenmedien, allen voran der Presse, signifikant erhöhen soll. Er habe schlechthin „*konstitutive Bedeutung (...) für eine funktionierende Demokratie*“.⁹⁶⁹ Aufgrund seiner Wirkmächtigkeit obliege ihm eine besondere normative Verantwortung im Kommunikationsprozess, gleichzeitig bedürfe er aufgrund der mit der Wirkmächtigkeit einhergehenden Gefahr des Missbrauchs eines besonders sorgfältigen Umgangs.⁹⁷⁰

Die besondere **Breitenwirkung** macht den Rundfunk zum „Leitmedium“. Sie folgt aus der Eignung, einen Großteil der Bevölkerung gleichzeitig zu erreichen und damit auf deren Mei-

⁹⁶⁴ Vgl. *Held*, Online-Angebote, 83; *Jarren/Donges*, in: Fünfgeld/Mast, Massenkommunikation, 231 (236 f.); *Grimm*, VVDStRL 42 (1984), 46 (69).

⁹⁶⁵ *Luhmann*, Realität der Massenmedien, 9.

⁹⁶⁶ St. Rspr. seit BVerfGE 12, 205 (261); kritisch insbesondere *Hain*, Rundfunkfreiheit, 48 f., der zu bedenken gibt, dass eine Norm, deren Regelungsgehalt maßgeblich unter Rückgriff auf die Lebenswirklichkeit bestimmt wird, ihre verhaltenslenkende Kraft einbüßt, da sie ihre Eigenständigkeit zu jener Lebenswirklichkeit verliert.

⁹⁶⁷ BVerfGE 12, 205 (260); 31, 315 (325 f.); 35, 202 (222); 57, 295 (320); 59, 231 (257); 73, 118 (152); 74, 297 (323 f.); 83, 238 (296); 90, 60 (87); kritisch zum Rekurs auf die faktisch festzustellende publizistische Bedeutung des Rundfunks als Begründungselement für die normative Interpretation der Rundfunk- als dienender Freiheit *Hain*, Rundfunkfreiheit, 42 f., 49 ff.

⁹⁶⁸ BVerfGE 12, 205 (260); 31, 315 (325 f.); 35, 202 (222); 57, 295 (320); 59, 231 (257); 73, 118 (152); 74, 297 (323 f.); 83, 238 (296); 90, 60 (87); kritisch zum Rekurs auf die faktische publizistische Bedeutung des Rundfunks als Grund für die normative Interpretation als dienender Freiheit *Hain*, Rundfunkfreiheit, 42 f., 49 ff.

⁹⁶⁹ BVerfGE 12, 205 (260); 57, 295 (317).

⁹⁷⁰ *Degenhart*, in: *Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof*, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 623; dieser Gedanke ist keineswegs neu, sondern wird seit den Anfangszeiten des Rundfunks im verfassungsrechtlichen Schrifttum bemüht, vgl. bereits *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 168.

nungsbildung einzuwirken. Ausweislich jüngerer Studien sind die Menschen nach wie vor bereit, einen wesentlichen Anteil ihres Tages dem Fernsehen zu widmen.⁹⁷¹ Aufgrund seiner Produktions- und Verbreitungseigenschaften besitzt der Rundfunk große **Aktualität**, da er kurzfristig auf aktuelle Ereignisse reagieren kann und dadurch die Möglichkeit hat, die kollektive Aufmerksamkeit gezielt zu steuern.⁹⁷² Herausgehobene Bedeutung hat schließlich seine **Suggestivkraft**. Die Kombination von bewegten Bildern und Tönen erwächst Rundfunkangeboten ein hoher Grad an Authentizität⁹⁷³, der den Anschein von Autorität und Glaubwürdigkeit vermittelt.⁹⁷⁴ Dies schlägt sich in der höheren Aufmerksamkeit nieder, die allen voran dem Fernsehen gewidmet wird.⁹⁷⁵ Zudem erlauben Bilder, insbesondere bewegte, den für die psychologische Beeinflussung von Massen wichtigen Transport von Emotionen. Anders als das geschriebene Wort, das den Leser zu selbstständigen Gedanken anregt, erreicht Rundfunk das Publikum auf einer oberflächlich-emotionalen Ebene.⁹⁷⁶ Die massenpsychologische Relevanz wird zudem durch die redundante Emotionsvermittlung zusätzlich verstärkt.⁹⁷⁷ Gleichwohl soll nach jüngerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits die Kombination von Text und Ton die maßgebliche Suggestivkraft vermitteln.⁹⁷⁸

Das Verbot schlichter Kausalzusammenhänge ist mittlerweile allerdings in der Kommunikationswissenschaft anerkannt.⁹⁷⁹ Neben dem Medieninhalt und seiner Vermittlungsform können vielmehr unterschiedlichste Faktoren Einfluss auf den Rezeptionsvorgang entfalten können: persönliche („interne“) Prädispositionen des Rezipienten (Intellekt, Befindlichkeit,

⁹⁷¹ Vgl. *Zubayr/Gerhard*, MP 2007, 187 (188).

⁹⁷² Vgl. *Neuberger/Lobigs*, Bedeutung des Internet, 22.

⁹⁷³ Grundlegend BVerfGE 35, 202 (227 ff.); ferner 97, 228 (256); vgl. auch *Gersdorf*, in: Dittmann/Fechner/Sander, Rundfunkbegriff, 137 (141); ausführlich zur Suggestivkraft *Lent*, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, 46 ff.; kritisch zur Verwendung des Begriffs Suggestivkraft *Ritlewski*, Pluralismus, 66 f., der insbesondere dessen negative Konnotation hervorhebt; aus rundfunkökonomischer Sicht hierzu *Kops*, Soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Nachfrage seiner Zuhörer und Zuschauer korrigieren?, AP Köln, Nr. 196, 19 ff.; zur Kritik am Kriterium der Suggestivkraft aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht vgl. die Nachweise bei *Neuberger/Lobigs*, Bedeutung des Internets, 19 f. mit Fn. 21.

⁹⁷⁴ Vgl. nur *Herrmann*, Fernsehen und Hörfunk, 246; so auch *DLM*, Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendienste, 7; aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht *Noelle-Neumann*, Wirkung der Massenmedien, in: Dies./Schulz/Wilke, Fischer-Lexikon Publizistik, Massenkommunikation, 540 ff. Dabei lässt sich differenzieren zwischen der Glaubwürdigkeit, die der konkreten Informationsquelle – etwa einem Politiker – aufgrund ihrer audiovisuellen Vermittlung zukommt, sowie der Glaubwürdigkeit, die das Medium – etwa das Fernsehen – selbst genießt.

⁹⁷⁵ Erstmals wohl *Schulz*, RuF 1975, 70; kritisch *Lehrke*, Pluralismus, 104 f.

⁹⁷⁶ Vgl. nur *Groebel*, in: Fünfgeld/Mast, Massenkommunikation, 319 (325); *Krotz*, RuF 1993, 477 ff.

⁹⁷⁷ Grundlegend zur Bedeutung der Wiederholung inhaltlich simpler, bebildeter Botschaften aus massenpsychologischer Sicht vgl. *Gustave Le Bon*, Psychologie der Massen, *passim*.

⁹⁷⁸ Vgl. BVerfGE 119, 181 (215); kritisch zu dieser Akzentverschiebung *Ory*, AfP 2007, 401 (402 f.).

⁹⁷⁹ Grundlegend *Maletzke*, Medienwirkungsforschung, 36; vgl. auch *Lehre*, Pluralismus in den Medien, 37; anders hingegen der mittlerweile überholte sog. Stimulus-Response-Ansatz, dessen Grundtheorem die Annahme linearer Medienwirkungen ist.

Interesse) oder der „externe“ Kontext der Mediennutzung, insbesondere das soziale⁹⁸⁰ und situative Umfeld der Mediennutzung.⁹⁸¹

Ob der Befund gesteigerter Suggestivkraft daher automatisch auch zu einer tatsächlich höheren Meinungsbildungsrelevanz des Rundfunks gegenüber den sonstigen Massenmedien führt, lässt sich mit Blick auf kommunikationswissenschaftliche Studien zumindest anzweifeln.⁹⁸²

2. Finanzieller Aufwand bei der Veranstaltung von Rundfunk

Ebenfalls in Abgrenzung zur Presse hat das Bundesverfassungsgericht bereits im ersten Rundfunkurteil die wirtschaftliche Sondersituation des Rundfunks hervorgehoben. Ausgehend von der Feststellung, dass das deutsche Pressewesen durch den Wettbewerb einer vergleichsweise großen Anzahl selbstständiger und in ihrer thematischen, politischen und weltanschaulichen Ausrichtung divergierender Publikationen gekennzeichnet ist, prognostizierte das Bundesverfassungsgericht, dass sich eine vergleichbare Anbietervielfalt im Bereich des Rundfunks angesichts des „*außergewöhnlich großen finanziellen Aufwand[s] für die Veranstaltung von Rundfunkdarbietungen*“ nicht einstellen werde.⁹⁸³ Tatsächlich ist die Veranstaltung eines klassischen Rundfunkprogramms mit einem erheblichen finanziellen Risiko verbunden ist, das sich primär aus den hohen Kosten für die Inhaltsgenerierung⁹⁸⁴ und den Aufwendungen für die Verbreitung⁹⁸⁵ ergibt.

3. Frequenzknappheit bzw. technische Sondersituation

Schließlich wurde dem Rundfunk eine technische Sondersituation attestiert, die sich aus dessen bedingungsloser Angewiesenheit auf ein Übertragungsnetz ergibt – „ohne Netz kein Rundfunk“. Zu Zeiten des ersten Rundfunkurteils, in dem das Bundesverfassungsgericht erstmals technische Gründe für die Sondersituation des Rundfunks anführte,⁹⁸⁶ beschränkte

⁹⁸⁰ Hier findet auch die sog. Anschlusskommunikation statt, bei der die massenmedial empfangenen Inhalte im engeren sozialen Zirkel weiterverarbeitet und diskutiert werden; zurückgehend auf *Merten*, Kommunikation, *passim*

⁹⁸¹ Vgl. hierzu statt vieler *Schenk*, in: Fünfgeld/Mast, Massenkommunikation, 155 (157 ff.), der auch die auf *Joseph Klapper* zurückgehende „*Verstärkerhypothese*“ erwähnt, wonach Medien weniger die Einstellungen der Rezipienten verändern als vielmehr vorhandene Einstellungen verstärken; ferner *Hain*, Rundfunkfreiheit, 54.

⁹⁸² Vgl. hierzu unten (B.II.2.b.).

⁹⁸³ BVerfGE 12, 205 (261); ähnlich BVerfGE 83, 238 (302 f.).

⁹⁸⁴ Bspw. Rechteerwerb, personelle Ausstattung, Einrichtung und Unterhaltung von Produktionsstätten.

⁹⁸⁵ Bspw. Errichtung und Unterhaltung von Sendeanlagen, Anmietung von Übertragungskapazitäten.

⁹⁸⁶ BVerfGE 12, 205 (261).

sich dieses Netz auf die terrestrische Übertragung, die zum damaligen Zeitpunkt nicht mehr als die Übertragung einer Programmanzahl im einstelligen Bereich gewährleisten konnte.⁹⁸⁷

Angesichts jener Rahmenbedingungen liegt es allerdings auf der Hand, dass der Zahl der möglichen Rundfunkveranstalter zum damaligen Zeitpunkt von vornherein natürliche Grenzen gesetzt waren. Umso mehr überrascht, dass das Bundesverfassungsgericht an seiner Forderung einer positiven Rundfunkordnung selbst ihm Angesichts der Überwindung dieser technisch bedingten Knappheitssituationen festgehalten hat und daran weiterhin festhält. Hierauf wird zurückzukommen sein.⁹⁸⁸ Zunächst gilt es jedoch zu untersuchen, welche Konsequenzen das Bundesverfassungsgericht aus dieser Sondersituation für die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rundfunkordnung gezogen hat.

III. Zielvorgabe der Rundfunkfreiheit: Meinungsvielfalt

Die soeben beschriebene Sondersituation des Rundfunks ist vom Bundesverfassungsgericht nicht um ihrer Selbst willen festgestellt worden, sondern dient seit jeher als fundamentaler Begründungsansatz für das besondere Verständnis, welches das Gericht der Rundfunkfreiheit entgegenbringt. Während die im vorangegangenen Kapitel dargestellten Belegungsvorgaben für Übertragungsinfrastrukturen eine *mittelbare* Folge dieser Sondersituation sind, sollen nachfolgend deren *unmittelbaren* Folgen untersucht werden. Als unmittelbar werden dabei jene Umstände verstanden, die sich auf den inhaltlichen Aspekt – als Gegenstück des verbreitungstechnischen Aspekts – der Rundfunkfreiheit, die Programmveranstaltung, beziehen. Denn während der übertragungstechnische Aspekt der Rundfunkveranstaltung als Begründung für das „ob“ von Belegungsregeln herangezogen werden kann bzw. muss, so ist das „wie“ dieser Belegungsregeln, also die Frage, wie diese Belegungsregeln mit Blick auf das Verhältnis der einzelnen Dienste, insbesondere Rundfunk einerseits und Telemedien andererseits, ausgestaltet sind, eine diensteinhaltliche Problematik. Mit anderen Worten: Ergibt sich bei infrastrukturbezogener Betrachtung, dass der Übertragungsweg – etwa aufgrund unzureichender Kapazitäten – der Regulierung bedarf, lässt sich hieraus noch nichts dafür gewinnen, ob diese Regulierung eine Deduzierung des Übertragungsweges primär für die Rundfunkübertragung beinhalten *muss*. Bei letzterem handelt es sich um eine inhaltsbezogene Ent-

⁹⁸⁷ Wie von *Thierfelder*, Zugangsfragen, 12, zu Recht angemerkt, weisen Finanz- und Frequenzargument eine gewisse Widersprüchlichkeit auf: Während ersteres als Begründung einer Veranstalterknappheit aufgrund der finanziellen Hürden bei der Rundfunkveranstaltung herangezogen wird, beruht letzteres auf der Gefahr, dass aufgrund der knappen Frequenzen nicht sämtliche Veranstalter in den Genuss einer Übertragungskapazität gelangen können, was jedenfalls eine gewisse Anzahl von existierenden Veranstaltern voraussetzt.

⁹⁸⁸ Vgl. unten (Kap. 4, B.III.) .

scheidung, die bislang zu dem – an dieser Stelle verkürzt zusammengefassten – Ergebnis kommt: Rundfunk überragt in seiner Bedeutung die Telemedien, weil er eine größere Relevanz für die Meinungsbildung aufweist.

Dabei ist zu beachten, dass diese Bewertungsentscheidung – so wie die terminologische Unterscheidung zwischen Rundfunk und Telemedien überhaupt – zunächst keiner verfassungsrechtlichen Notwendigkeit entspringt. Vielmehr handelt es sich sowohl bei Rundfunk als auch bei Telemedien um Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinn.⁹⁸⁹ Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber den Weg zu dieser Differenzierung geebnet, indem es ihm die Möglichkeit der Implementierung eines Systems abgestufter Regulationsintensität eingeräumt hat.

1. Die Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit

Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt dieses einfachgesetzlichen Systems abgestufter Regulationsintensität ist das der Rundfunkfreiheit von der überwiegenden Auffassung entgegengebrachte Verständnis als einer „dienenden Freiheit“.

a. Das Konzept der dienenden Freiheit

Die Rundfunkfreiheit weist im Unterschied zu den meisten Grundrechten eine grundlegende Besonderheit auf. Denn bei ihr handelt es sich nach überwiegender Auffassung – insbesondere derjenigen des Bundesverfassungsgerichts – in erster Linie nicht um ein subjektives Abwehrrecht (*status negativus*), sondern um eine sog. dienende Freiheit. Die Gewährleistung der Rundfunkfreiheit erfolgt danach zwar auch im Interesse ihrer Träger, in erster Linie „dient“ sie jedoch entsprechend der staatstragenden Bedeutung des Rundfunks der Sicherstellung und Förderung einer möglichst freien und umfassenden, individuellen und öffentlichen Meinungsbildung.⁹⁹⁰ Zwar unterscheidet sich der Rundfunk in seiner staatstragenden Funktion zunächst grundsätzlich nicht von der Presse; dennoch wird letztere nach allgemeiner Ansicht – ebenso derjenigen des Bundesverfassungsgerichts – nicht als dienende, sondern als klassische Individualfreiheit verstanden.⁹⁹¹ Nicht zuletzt „dient“ die Meinungsäußerungsfrei-

⁹⁸⁹ Vgl. oben (Kap. 1, C.II.1.a.).

⁹⁹⁰ Vgl. BVerfGE 57, 295 (319 f.); 83, 238 (315); 87, 181 (197 f.), wo das BVerfG feststellt, die Rundfunkfreiheit sei ihrem Träger nicht „zum Zwecke der Persönlichkeitsentfaltung oder der Interessenverfolgung eingeräumt“; zustimmend Kohl, in: Assmann et. al., Festgabe Kübler, 215 (218). Hierzu in europarechtlichem Zusammenhang Stock, K&R 2001, 289 (290 f.), der insoweit vom „Public-Service-Gedanken“ spricht.

⁹⁹¹ Vgl. BVerfGE 74, 297 (323); Wendt, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5, Rn. 50.

heit *selbst* dem Meinungsbildungsprozess.⁹⁹² Doch nur im Falle der Rundfunkfreiheit hat das Bundesverfassungsgericht an die Funktion eines Mediums innerhalb des Meinungsbildungsprozesses unmittelbare Folgen für die Interpretation der dieses Medium betreffenden grundrechtlichen Freiheit geknüpft. Während sowohl die Meinungsäußerungs- als auch die Pressefreiheit als subjektiv-rechtlich geprägte Freiheitsrechte gelten, tritt der subjektiv-rechtliche Gehalt der Rundfunkfreiheit weitgehend hinter deren objektiv-rechtliche Bedeutung zurück.⁹⁹³ Erst spät hat das Bundesverfassungsgericht einen subjektiv-rechtlichen Anspruch des einzelnen auf Rundfunkfreiheit überhaupt anerkannt.⁹⁹⁴ Doch auch dieser subjektiv-rechtliche „Grundrechtsbeachtungsanspruch“⁹⁹⁵ ist weitestgehend auf die objektiv-rechtliche Dimension der Rundfunkfreiheit ausgerichtet, indem er den Grundrechtsträgern eine Handhabe einräumt, mittels derer – im Interesse der Allgemeinheit – eine Überprüfung der einfachgesetzlichen Ausgestaltung der Rundfunkordnung auf deren Verfassungsmäßigkeit ermöglicht werden soll.⁹⁹⁶

Mit *Hoffmann-Riem*⁹⁹⁷ lässt sich das dahinterstehende Konzept der divergierenden Akzentuierung von subjektiv- und objektiv-rechtlicher Bedeutung eines Grundrechts damit zusammenfassen, dass die subjektive Komponente dominiert, sofern die grundrechtlich geschützte Betätigung einen überwiegenden Individualbezug aufweist, während der objektiv-rechtliche Aspekt umso mehr im Vordergrund steht, je mehr die Betätigung einen Dritt- oder Gesamtgesellschaftsbezug aufweist. Wohnt nun aber unter funktionalen Gesichtspunkten sämtlichen der grundgesetzlichen Kommunikationsfreiheiten im gesamtgesellschaftlichen Interesse eine protektive Verantwortung für den Meinungsbildungsprozess inne, so fragt sich, warum es nur die Rundfunkfreiheit ist, die sich in ihrer Wirkung auf eine dienende Funktion unter Marginalisierung subjektiv-rechtlicher Elemente beschränken lassen muss. Warum besteht etwa für die Presse ein weitgehendes Regulierungs*verbot*, für den Rundfunk indes ein ebenso weitgehendes Regulierungs*gebot*?⁹⁹⁸

⁹⁹² Hierauf weist zu Recht *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung, 31, hin.

⁹⁹³ *Hoffmann-Riem*, AöR 109 (1984), 304 (306 f.), hebt allerdings hervor, dass auch die objektiv-rechtliche Bedeutung eines Grundrechts letztendlich auf den Schutz ihrer individuellen, subjektiven Entfaltung zielt.

⁹⁹⁴ BVerfGE 97, 228 (267): „Die Möglichkeit dazu (über die gesellschaftlich relevanten Themen ungeschmälert und wahrheitsgemäß zu informieren – Anm. d. Verf.) muss jedem Veranstalter offenstehen (...)“.

⁹⁹⁵ BVerfGE 97, 298 (314).

⁹⁹⁶ *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung, 31, spricht insofern von einer „Wächterfunktion“ der Träger der Rundfunkfreiheit.

⁹⁹⁷ AöR 109 (1984), 304 (308); vgl. auch *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 50.

⁹⁹⁸ *Körber*, ZWeR 2009, 315 (320); ähnlich *Hain*, Rundfunkfreiheit, 43 f.; so stellt auch das BVerfG in der Lebach-Entscheidung (E 35, 202 [222]) heraus: „Trotz der engeren Fassung des Wortlauts (‘Berichterstattung’) unterscheidet sich die Rundfunkfreiheit wesensmäßig nicht von der Pressefreiheit“. Die weiteren Ausführungen des Gerichts erhellen indes, dass sich diese Aussage alleine auf den gegenständlichen Schutzbereich der Rundfunkfreiheit, den Inhalt der Rundfunksendungen, bezieht; denn weiter heißt es: „sie (die Rundfunkfreiheit – d. Verf.) gilt in gleicher Weise für rein berichtende Sendungen wie für Sendungen anderer Art“.

An dieser Stelle entfaltet die Sondersituations-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ihre Relevanz. Ausgehend von einem kommunikationsverfassungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit im Sinne egalitärer Partizipation aller innerhalb des Kommunikationsprozesses,⁹⁹⁹ gilt es diese Chancengleichheit überall dort zu verteidigen, wo sie gefährdet erscheint.¹⁰⁰⁰ Zwar betrifft dieser Grundsatz kommunikativer Chancengleichheit im Ausgangspunkt ebenfalls sämtliche Massenmedien; es soll jedoch der Rundfunk aufgrund der ihn kennzeichnenden Sondersituation sein, der das größte Gefahrenpotenzial aufweist. Aufgrund seiner wirtschaftlichen und (wirkungs-)technischen Spezifika soll er es sein, auf den bei der Verteidigung kommunikativer Chancengleichheit besonderes Augenmerk zu richten ist. Die Rundfunkfreiheit müsse daher „privilegienfeindlich“¹⁰⁰¹ im Hinblick auf den einzelnen verstanden werden. Stattdessen sei der Meinungsbildungsprozess an sich in den Fokus der Gewährleistung zu stellen. Dies beschreibt die dienende Funktion der Rundfunkfreiheit. Sie manifestiert sich in der Beauftragung des (einfachen) Gesetzgebers mit der Ausgestaltung einer positiven Ordnung, deren zentrales Motiv die Verteidigung kommunikativer Chancengleichheit im Rundfunk zu sein hat.

Historisch betrachtet ist diese Sichtweise durchaus nachvollziehbar, da sich der Rundfunkmarkt gerade nicht wie der Pressemarkt im Laufe eines Entdeckungsverfahrens von der individuellen Verbreitung hin zu einem durch konzentrierte, jedoch ein gewisses Maß an Pluralität gewährleistende Großanbieter entwickelt hat.¹⁰⁰² Für den Rundfunk ist es vielmehr umgekehrt: Den Startpunkt seines Entdeckungsverfahrens markiert eine technisch und finanziell bedingte Marktkonzentration auf anfänglich einige wenige Anbieter. Von diesem Startpunkt hat sich die Situation im Rundfunkbereich jedoch inzwischen deutlich entfernt.

b. Die Kritik am Konzept der dienenden Freiheit

Die Auffassung, wonach es sich bei der Rundfunkfreiheit als Ausnahme zur üblichen Dogmatik der Freiheitsrechte um ein dienendes Grundrecht handelt, ist nicht ohne Widerspruch geblieben. So wird teilweise die konträre Position vertreten, auch die Rundfunkfreiheit

⁹⁹⁹ Der Grundsatz kommunikativer Chancengleichheit geht zurück auf BVerfGE 25, 256 (265); vgl. hierzu *Hoffmann-Riem*, in: Benda/Maihofer/Vogel, HdbVerfR, § 7, Rn. 12; *ders.*, Kommunikationsfreiheiten, Rn. 40; *ders.*, AöR 109 (1984), 304 (317 f.); zum Ganzen auch *Schulz*, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit, 179; *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 169 f.; zur amerikanischen Doktrin des „*marketplace of ideas*“ vgl. instruktiv *Franklin/Anderson/Barnett Lidsky*, Mass Media Law, 6 ff.

¹⁰⁰⁰ *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung, 31.

¹⁰⁰¹ *Hoffmann-Riem*, in: Benda/Maihofer/Vogel, HdbVerfR, § 7, Rn. 12.

¹⁰⁰² Hierauf weist *Laddeur*, Rundfunkfreiheit, in: Faber/Frank, FS Stein, 67 (70).

sei als klassisches Freiheitsrecht, gewährleistet im Interesse ihres Trägers, zu verstehen.¹⁰⁰³ Andere wollen hingegen zwischen dem öffentlich-rechtlichen und dem privaten Rundfunk differenzieren, indem sie der Meinungsvielfalt ein objektiv-subjektives Verständnis als einer Kombination aus dem Gehalt eines individuellen Freiheitsrechts und einer objektiven Garantie der Meinungsvielfalt zuerkennen.¹⁰⁰⁴ Angesichts der heute existierenden Angebotsvielfalt, die über verschiedenste Übertragungswege verbreitet werden kann, habe sich die „dienende Freiheit“ überholt, sodass jedenfalls dem Privatrundfunk, vergleichbar der Presse, größere wirtschaftliche Freiräume zu gewähren seien.¹⁰⁰⁵

Diesen Positionen ist zuzugeben, dass sie die überzeugenderen juristischen Argumente zweifellos auf ihrer Seite haben. Denn weder lässt sich dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 GG eine Unterscheidung dahingehend entnehmen, dass es sich bei der Rundfunkfreiheit um einen Spezialfall gegenüber den anderen massenkommunikativen Grundrechten handelt, die beide als klassische Freiheitsrechte verstanden werden, noch spricht die Systematik des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG für ein solches Verständnis.¹⁰⁰⁶ Auch die Parallele zur Eigentumsfreiheit, die als genuin individuelles Grundrecht verstanden wird, zeigt, dass der Sozialbezug eines Grundrechts an sich nicht dazu führen muss, den subjektiven Gehalt dieses Grundrechts weitgehend in den Hintergrund treten zu lassen. Sowohl Eigentum (Art. 14 Abs. 2 GG) als auch Rundfunk verpflichten, dennoch werden beide Grundrechte dogmatisch unterschiedlich durch das Bundesverfassungsgericht interpretiert. Überhaupt spricht die Aufnahme der Rundfunkfreiheit in den Katalog der *Grundrechte* dafür, sie als klassisches Freiheitsrecht zu verstehen. Ein solches Verständnis legt zudem Art. 1 Abs. 3 GG nahe. Denn wenn die Legislative einerseits an die Grundrechte gebunden ist, andererseits aber im Falle der Rundfunkfreiheit den grundrechtlich umhегten Bereich erst im Wege einfachgesetzlicher Ausgestaltung schaffen muss, erscheint dies widersprüchlich. Schließlich führt das Verständnis in der Praxis zu Friktionen im Hinblick auf das Gewaltenteilungsprinzip: Es kommt zu einer Überlagerung originär legis-

¹⁰⁰³ Vgl. etwa *Hain*, Rundfunkfreiheit, passim; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, passim; *Depenheuer*, AfP 669 (673); *Degenhart*, K&R 2000, 49 (52 f.); *ders.*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 643 ff.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5, Rn. 50 ff.; *Determann*, Kommunikationsfreiheit, 415 ff.; *Weisser*, ZUM 1997, 877 (880 ff.); vgl. ferner die Nachweise bei *Ricker/Schiwy*, Rundfunkverfassungsrecht, Teil B, Rn. 86.

¹⁰⁰⁴ In diese Richtung etwa *Ladeur*, Rundfunkfreiheit, in: Faber/Frank, FS Stein, 67 ff.

¹⁰⁰⁵ So etwa *Bullinger*, ZUM 2007, 337 (342 f.); *ders.*, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, 193 (215 ff.); *Weisser*, ZUM 1997, 877 (881 ff.); *Körber*, ZWeR 2009, 315 (341 f.); ähnlich i. E. jedoch offenlassend Nds. StaatsGH, ZUM-RD 2006, 321 (326 f.).

¹⁰⁰⁶ Vgl. auch *Degenhart*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 643 ff.; *Ricker/Schiwy*, Rundfunkverfassungsrecht, Teil B, Rn. 86; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Ders., GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 110; kritisch auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 I, II, Rn. 122; ähnlich wohl auch *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5, Rn. 50; aA wohl *Ladeur*, AfP 1998, 141, aufgrund des offenen Wortlauts von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.

lativen Handelns durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht.¹⁰⁰⁷ Denn anders als im Falle subjektiv-rechtlich verstandener Grundrechte, bei denen dem Verfassungsgericht in erster Linie die Rolle einer ex-post tätigen Kontrollinstanz zukommt, betätigt es sich im Falle der Rundfunkfreiheit als ex-ante tätiger Ersatzgesetzgeber. Es schafft die wesentlichen Grundpfeiler der Rundfunkordnung und skizziert deren Grenzen. Erst innerhalb dieser Grenzen kann der Gesetzgeber seiner eigentlichen Aufgabe nachkommen.

Es überrascht daher nicht, dass die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts, die im wesentlichen zur Etablierung des vorherrschenden Verständnisses der Rundfunkfreiheit beigetragen hat, mit der Ausnahme karger Andeutungen des Verfassungstexts,¹⁰⁰⁸ weniger juristisch-normativ als vielmehr tatsächlich, eben „funktional“ fundiert ist.¹⁰⁰⁹ Doch auch diese funktional-teleologische Argumentation könnte mit der zunehmenden Konvergenz und ihren Folgen an Überzeugungskraft verlieren. Die einzelnen Elemente der Massenkommunikation verschwimmen zusehends miteinander, sodass auch rechtstatsächliche Umstände nicht länger zwingend für eine Sonderstellung der Rundfunkfreiheit streiten. Aus diesem Grund könnte es vielmehr angezeigt erscheinen, sich sukzessive von der Interpretation der dienenden Rundfunkfreiheit zu verabschieden. Als einen Schritt in diese Richtung lässt sich die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verstehen, wonach ein – wenn auch nur einfachgesetzlich vermittelter – grundrechtlicher Anspruch des Einzelnen auf Rundfunkfreiheit existiert.¹⁰¹⁰ Dieser „Grundrechtsbeachtungsanspruch“¹⁰¹¹, auf den sich gleichermaßen zugelassene private Rundfunkveranstalter wie auch Bewerber um eine Rundfunklizenz berufen können, hat in jüngerer Zeit eine weitere Aufwertung erfahren, indem sich nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts hierauf auch solche Rechtssubjekte berufen können, die nur gesellschaftsrechtlich, gegebenenfalls sogar nur mittelbar an einem Rundfunkveranstalter beteiligt sind.¹⁰¹²

¹⁰⁰⁷ Vgl. etwa *Thum*, 653 (656 f.); *Gounalakis/Wege*, NJW 2008, 800 (802 f.).

¹⁰⁰⁸ Vgl. *Böckenförde/Wieland*, AfP 1982, 77 (78), die für das unterschiedliche Verständnis von Presse- und Rundfunkfreiheit darauf hinweisen, dass das Grundgesetz zwar explizit die Pressefreiheit, nicht jedoch die Rundfunkfreiheit, sondern die „*Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk*“ und damit insbesondere nicht die „*Freiheit zur Berichterstattung*“ erwähnt (Hervorhebungen d. Verf.).

¹⁰⁰⁹ Wobei sich auch diese funktionale Argumentation in den Kanon juristischer Auslegungsmethodik einordnen lässt, da es sich im Kern um eine am Telos der Rundfunkfreiheit orientierte Interpretation handelt. Zudem finden sich auch bei genetischer Auslegung Hinweise, die gegen ein Verständnis der Rundfunkfreiheit als klassische Individualgrundrecht sprechen, vgl. abermals *Böckenförde/Wieland*, AfP 1982, 77 (80 ff.).

¹⁰¹⁰ BVerfGE 97, 228 (267); vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 I, II, Rn. 122.

¹⁰¹¹ *Degenhart*, K&R 2009, 289 (290).

¹⁰¹² BVerfGE 121, 30 (59 f.).

2. Schaffung einer positiven Ordnung als Ausgestaltungsaufgabe des Gesetzgebers

Ogleich das Verständnis der dienenden Freiheit wie soeben gezeigt keineswegs unwidersprochen ist, und, wie noch zu zeigen sein wird, nicht zuletzt aufgrund der Konvergenzentwicklungen weiter an Plausibilität verliert, prägt es gleichwohl die derzeitige Rundfunkordnung und ist damit auch Ausgangspunkt des Rundfunkprivilegs im Kabel. Nachfolgend sollen daher die wesentlichen Determinanten der aus der dienenden Freiheit abgeleiteten Rundfunkordnung dargestellt werden.

a. Erfordernis einer positiven Ordnung des Rundfunks

Um ihrer Rolle als dienender Freiheit im Prozess der demokratischen Meinungsbildung gerecht werden zu können, bedarf die Rundfunkordnung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einer einfachgesetzlichen Ausgestaltung. Das bedeutet, dass es zur Sicherstellung der Funktion des Rundfunks – Meinungsbildung zu ermöglichen – nicht ausreicht, Rundfunk lediglich repressiv im Wege der Abwehr von Eingriffen zu schützen. Vielmehr bedürfe es hierfür einer „positiven Ordnung“, die „die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglicher Breite und Vollständigkeit“ sicherstellt und auf diese Weise „umfassende Information“ gewährleistet, wozu „materielle, organisatorische und Verfahrensregelungen erforderlich“ sind, die sich ihrerseits an der funktionalen Bedeutung der Rundfunkfreiheit orientieren.¹⁰¹³ Dahinter verbirgt sich die Annahme, dass der Gesetzgeber überall dort, wo Gefahren für die ungestörte Teilnahme der Bevölkerung am kommunikativen Meinungsbildungsprozess existieren, rechtliche Barrieren gegenüber diesen Gefahren zu errichten hat.¹⁰¹⁴ Im Lichte der staatstragenden Bedeutung des Rundfunks wird es als nicht ausreichend erachtet, dass Vorkehrungen getroffen werden, die einer staatlichen Einflussnahme auf den Rundfunk vorbeugen, denn den daraus resultierenden Gefahren ließe sich auch mit einem Verständnis der Rundfunkfreiheit als staatsgerichtetem Abwehrrecht begegnen. Stattdessen gilt es im Wege der zu schaffenden positiven Ordnung zu verhindern, dass der Rundfunk weder dem Staat noch einer gesellschaftlichen Gruppe ausgeliefert ist.¹⁰¹⁵ Es gilt, schon vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit gleichgeschalteten und gezielt Propagandazwecken dienen-

¹⁰¹³ Vgl. BVerfGE 57, 295 (320 f.); ferner BVerfGE 83, 238 (296); 87, 181 (198); 90, 60 (88 f.).

¹⁰¹⁴ Gersdorf, Legitimation und Limitierung, 32. Hierzu gehören wie gesehen auch die Plattformbelegungsregeln, die ein missbräuchliches Einwirken des Plattformanbieters auf die Partizipation seiner Netzkunden am Massenkommunikationsprozess verhindern sollen.

¹⁰¹⁵ BVerfGE 90, 60 (88 f.) unter Verweis auf BVerfGE 12, 205 (262).

den Medien in Zeiten der nationalsozialistischen Diktatur, den Rundfunk vor einer einseitigen, außerpublizistischen Indienstnahme zu schützen.¹⁰¹⁶

Durch das Anknüpfen an die gesellschaftliche Gruppe als personelle Messgröße medialer Partizipation nimmt die verfassungsgerichtlich geprägte Medienordnung ein Strukturelement in den Blick, welches charakteristisch auch für die gegenwärtige Gesellschaftsordnung ist. Als Gegenentwurf des totalitären und auf Gleichförmigkeit abzielenden Regimes zwischen 1933 und 1945 hat sich in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg eine pluralistische Gesellschaftsordnung entwickelt, die eine Parallelexistenz vielfältiger Interessen, Ansichten und Meinungen nicht nur toleriert, sondern deren Wettstreit miteinander als ausdrücklich erwünscht betrachtet. Im Vergleich zu kollektivistischen und individualistischen Gesellschaftsmodellen stellt die pluralistische Gesellschaftsordnung einen Mittelweg dar, indem weder ausschließlich der Einzelne noch alleine die Gemeinschaft im Mittelpunkt steht. Anknüpfungspunkt ist vielmehr die Verbindung von Individuen in Interessengruppen.

Vor diesem Hintergrund hat sich der Vielfaltsgedanke als fundamentales Strukturprinzip der hiesigen Medienordnung etabliert. Seine verfassungsrechtliche Verankerung findet das Erfordernis einer pluralen Medienordnung in einer Gesamtschau der Art. 5 Abs. 1 und 20 GG. Denn erst durch die Verknüpfung der verfassungsrechtlichen Kommunikationsfreiheiten mit dem Demokratie- und Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG, die wiederum das verfassungsrechtliche Fundament für die pluralistische Gesellschaftsordnung bereiten, lässt sich die Notwendigkeit auch einer pluralistisch verfassten Medienordnung ableiten.¹⁰¹⁷ Es bedarf aufgrund dieses Zusammenspiels einer Medienordnung, die so beschaffen ist, dass sich jede anfänglich noch so isolierte Mindermeinung im kommunikativen Wettstreit der Ideen durchsetzen und zur Mehrheitsmeinung wandeln kann.¹⁰¹⁸ In individueller Hinsicht wird dieses Erfordernis durch das Sozialstaatsprinzip verstärkt als jedem Einzelnen eine Zugangsmöglichkeit zu diesem „*Meinungsmarkt*“¹⁰¹⁹ zu schaffen ist.

b. Die Ausgestaltungsverpflichtung des Gesetzgebers

¹⁰¹⁶ Vgl. *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9 (10); ferner BVerfGE 97, 228 (266 f.).

¹⁰¹⁷ Ausführlich hierzu *Ritlewski*, Pluralismus, 4 ff.

¹⁰¹⁸ Nicht erforderlich ist hingegen, dass im Rundfunk jede denkbare Meinung auch tatsächlich zum Ausdruck kommt. Dies folgt schon aus der Einschränkung, dass der Rundfunk so zu organisieren ist, dass alle gesellschaftlich *relevanten* Gruppen Berücksichtigung finden, grundlegend BVerfGE 31, 314 (339). Eine Mindermeinung muss sich demnach bereits im gesellschaftlichen Diskurs etabliert und empirische Relevanz erlangt haben. Freilich kann und sollte der Rundfunk diesen Prozess unterstützend begleiten, um eine Versteinerung des in ihm zum Ausdruck gelangenden Gesellschaftsbildes zu verhindern; dies beschreibt die ihm zugedachte Faktorfunktion.

¹⁰¹⁹ BVerfGE 57, 295 (320).

Aus der verfassungsrechtlichen Rundfunkfreiheit folgt wie gesehen ein Auftrag zur Schaffung einer „positiven“ Rundfunkordnung, die eine möglichst umfassende Verbreitung der Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk sicherstellen und damit, als Voraussetzung der Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, umfassende Informationen bieten soll. Die Ausgestaltung dieser Ordnung durch materielle, organisatorische und prozedurale Regelungen obliegt primär dem einfachen Gesetzgeber, der hierbei von seinem Gestaltungsspielraum Gebrauch machen kann.¹⁰²⁰ Seine Einschätzungsprärogative hat der Gesetzgeber erst überschritten, wenn die von ihm getroffene Regelung nicht geeignet ist, das Ziel der Rundfunkfreiheit zu fördern und die von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützten Interessen nicht angemessen berücksichtigt.¹⁰²¹

Der Ausgestaltungsvorbehalt betont die objektiv-rechtliche Komponente der Rundfunkfreiheit. Steht ein Grundrecht unter dem Vorbehalt seiner Ausgestaltung, so wandelt sich die Rolle des Gesetzgebers von derjenigen einer potenziellen Bedrohung der Freiheitsausübung hin zu ihrem Garanten.¹⁰²² Denn ohne einfachgesetzliche Festlegung dessen, was unter Rundfunk zu verstehen ist, fehlt es an einem verfassungsrechtlich geschützten Freiheitsbereich. Ausgestaltende Regelungen schaffen damit erst die Voraussetzungen für die Zulassung von Rundfunkveranstaltern.¹⁰²³ Die Grundrechtsausübung kann folglich erst auf der Ebene des einfachen Rechts erfolgen, weil ohne organisatorische und prozedurale Regelungen das Funktionieren des jeweiligen Grundrechts als nicht gewährleistet angesehen wird.¹⁰²⁴ Parallelen lassen sich insoweit zu anderen Grundrechten ziehen, deren Schutzbereich ebenfalls nach Maßgabe des einfachen Rechts zu bestimmen ist. Zu denken ist etwa an die Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG, in deren Terminologie es sich bei den Ausgestaltungsgesetzen um Inhaltsbestimmungen handeln würde.¹⁰²⁵

Der Hintergrund dieses Ausgestaltungsauftrags besteht darin, dass eine der üblichen Grundrechtsdogmatik zugrundeliegende bipolare Interessenabwägung im Falle des Rundfunks der Vielzahl der Beteiligten und der Mehrdimensionalität der Interessen nicht gerecht

¹⁰²⁰ st. Rspr. seit BVerfGE 12, 205 (262 f.); vgl. auch 57, 295 (321 f., 325 f.); 83, 238 (296, 315 f.); 90, 60 (94); 114, 371 (387); zuletzt 121, 30 (50).

¹⁰²¹ BVerfGE 97, 228 (267). Zu letzterem gehört insbesondere eine Beeinträchtigung der Programmfreiheit der Veranstalter im Sinne gesetzlicher Einflussnahme auf die kommunizierten Inhalte, vgl. *Hoffmann-Riem*, AöR 109 (1984), 304 (313).

¹⁰²² *Hain*, Rundfunkfreiheit, 27.

¹⁰²³ Vgl. *Gersdorf*, Rundfunkfreiheit ohne Ausgestaltungsvorbehalt, 33 f.; *Hoffmann-Riem*, AöR 109 (1984), 304 (312, 315 ff.); *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 5, Rn. 43; *Kibele*, Multimedia im Fernsehen, 58 f., die zu Recht darauf hinweist, dass es sich hierbei nicht um eine dogmatische Besonderheit des Rundfunks handelt. Kritisch *Pestalozza*, NJW 1981, 2158 (2162 f.), der aus dem Gesetzesvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG folgert, dass es der Gesetzgeber sehr wohl auf „den Versuch unreglementierter Rundfunkfreiheit ankommen lassen wollte“.

¹⁰²⁴ Vgl. *Lerche*, AfP SH 2007, 52 (53).

¹⁰²⁵ Kritisch zu diesem Vergleich *Ladeur*, Rundfunkfreiheit, in: *Faber/Frank*, FS Stein, 67 (69).

würde.¹⁰²⁶ Im Zusammenhang mit der Interpretation der Rundfunkfreiheit als dienender Freiheit führt die Ausgestaltungspflicht dazu, dass sich die Schutzrichtung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG weitgehend von den subjektiven Interessen abgelöst hat.¹⁰²⁷

Abzugrenzen sind die Ausgestaltungsgesetze von Schrankenbestimmungen im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG sowie den verfassungsimmanenten Schranken der Rundfunkfreiheit.¹⁰²⁸ Während Ausgestaltungsgesetze konstitutiv für die Rundfunkordnung wirken, kommt den Grundrechtsschranken eine eingriffslegitimierende, die Rundfunkfreiheit begrenzende Wirkung zu.¹⁰²⁹ Gegenstand der Ausgestaltung ist die Rundfunkordnung an sich, entsprechende Gesetze zeichnen sich durch einen Kommunikationsbezug aus; Schrankengesetze dienen demgegenüber der Auflösung einer Kollision der Rundfunkfreiheit mit anderen Grundrechten. Die Abgrenzung kann sich als schwierig erweisen, da sich auch eine Ausstattungsregelung für Grundrechtsträger als belastend darstellen kann. Solange es sich dabei aber um eine zulässige Ausgestaltung handelt, ist sie trotz ihrer belastenden Wirkung nicht als Eingriff zu werten, sodass sie nicht an Art. 5 Abs. 2 GG zu messen ist.¹⁰³⁰ Erst wenn die Regelung nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zur Absicherung einer funktionsfähigen Rundfunkordnung geeignet ist, erweist sie sich als verfassungswidrig.¹⁰³¹

Die Abgrenzung zwischen der ursprünglich nur der Geeignetheitsprüfung unterliegenden Ausgestaltung auf der einen sowie dem am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auszurichtenden Eingriff auf der anderen Seite, die insbesondere Auswirkungen auf die gerichtliche Kontrolldichte gesetzgeberischer Maßnahmen der einen oder anderen Art gezeitigt hat, hat *in praxi* in jüngerer Zeit an Bedeutung verloren. Denn auch im Falle des Erlasses von Ausgestaltungsgesetzen ist die Legislative nun dazu aufgerufen, einerseits die subjektiven Grundrechtsspositionen der Betroffenen sowie andererseits den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu achten; entsprechende Gesetze müssen geeignet *und* angemessen sein.¹⁰³² Damit werden die Unterschiede zwischen Ausgestaltung und Eingriff im Ergebnis weitgehend nivelliert, da auch

¹⁰²⁶ Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 2, Rn. 13, der Rundfunkanbieter, Rezipienten, Werbetreibende und gesellschaftlich relevante Gruppen als zu berücksichtigende Beteiligte nennt.

¹⁰²⁷ Lerche, AfP SH 2007, 52 (53).

¹⁰²⁸ BVerfGE 57, 295 (321); 73, 118 (166); aA, also gegen die Notwendigkeit einer solchen Differenzierung Ricker/Schivy, Rundfunkverfassungsrecht, Teil B, Rn. 185.; wie hier auch Hoffmann-Riem, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch Verfassungsrecht, § 7, Rn. 34 ff., m. w. N. auch zur Gegenansicht.

¹⁰²⁹ Vgl. hierzu Gersdorf, Rundfunkfreiheit ohne Ausgestaltungsvorbehalt, 32 f.

¹⁰³⁰ BVerfGE 73, 118 (166).

¹⁰³¹ Vgl. BVerfGE 57, 295 (320); 74, 297 (324); 83, 238 (296); Hoffmann-Riem, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch Verfassungsrecht, § 7, Rn. 34.

¹⁰³² BVerfGE 121, 30 (59, 63); 97, 228 (267); vgl. auch Lerche, AfP SH 2007, 52 (53); ähnlich Hoffmann-Riem, in: Azzola et al., AK, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 158; ders., Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 107 ff.; aA Gersdorf, Grundzüge, Rn. 80; ders., Legitimation und Limitierung, 33 ff., der funktionales Grundrechtsverständnis und Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als inkompatibel betrachtet.

Ausgestaltungsgesetze zu ihrer Verfassungsmäßigkeit eine eingeschränkte Verhältnismäßigkeitsprüfung passieren müssen.¹⁰³³

c. Verfassungsrechtliche Vorgaben bei der Wahrnehmung der Ausgestaltungsaufgabe

Der Gesetzgeber genießt wie gesehen bei der Wahrnehmung seines Ausgestaltungsauftrags einen weiten Gestaltungsspielraum. Dennoch hat ihm das Bundesverfassungsgericht bestimmte Vorgaben dahingehend auferlegt, welche Ziele der Gesetzgeber mit der durch ihn ausgestalteten positiven Ordnung zu verfolgen hat. Übergeordnete Zielvorgabe des einfachgesetzlichen Rundfunkregimes muss danach die Sicherstellung der „für die freiheitliche Demokratie konstitutive[n]“ Meinungsvielfalt innerhalb des Mediums Rundfunks sein.¹⁰³⁴ In diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber – Stichwort: Gruppenfreiheit – sicherzustellen, dass es nicht zur Entstehung vorherrschender Meinungsmacht einzelner Interessengruppen kommt.¹⁰³⁵ Ferner muss der Rundfunk in die Lage versetzt werden, seiner Public-Service-Funktion im Rahmen der politischen Aufklärung nachzukommen. Dies setzt voraus, dass eine Vermittlung freier, umfassender und wahrheitsgemäßer Informationen stattfindet.¹⁰³⁶ Seine Grenzen findet der Gestaltungsspielraum schließlich in dem grundsätzlich marktkritischen Ansatz des Bundesverfassungsgerichts. Danach steht es dem Gesetzgeber nicht frei, auf eine einfachgesetzliche Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit zu verzichten und die Entwicklung des Rundfunks alleine den Gesetzen des Marktes zu überlassen: Der Rundfunk darf nicht „dem freien Spiel der Kräfte“ anheim gestellt werden¹⁰³⁷, was umso mehr gilt als „einmal eingetretene Fehlentwicklungen – wenn überhaupt – nur bedingt und nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig gemacht werden“¹⁰³⁸ können.

d. Zielvorgabe: Gewährleistung materieller Vielfalt

Steht die Gewährleistung von Vielfalt als verfassungsrechtliches Leitmotiv im Fokus der Rundfunkfreiheit, stellt sich das Problem, diesen schillernden Begriff der Vielfalt bzw. der

¹⁰³³ Die Einschränkung der Verhältnismäßigkeitsprüfung folgt daraus, dass nicht zu prüfen ist, ob das Ausgestaltungsgesetz das mildeste Mittel („Erforderlichkeit“) darstellt; vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 5, Rn. 17; so auch *Degenhart*, K&R 2009, 289 (290 f.); *ders.*, K&R 2011, 374 (375) m. w. N.

¹⁰³⁴ BVerfGE 57, 295 (323).

¹⁰³⁵ BVerfGE 73, 118 (172, 175); vgl. bereits auch BVerfGE 57, 295 (323).

¹⁰³⁶ BVerfGE 12, 205 (243); 20, 162 (175); 60, 234 (240); 66, 116 (133). Der Public-Service-Gedanke findet seinen Ursprung im Rundfunkverständnis der westeuropäischen Besatzungsmächte, vgl. *Seufert*, in: Kohl, Vielfalt im Rundfunk, 134.

¹⁰³⁷ BVerfGE 31, 314 (325); aA *Pestalozza*, NJW 1981, 2158 (2162 f.).

¹⁰³⁸ BVerfGE 57, 295 (323).

Meinungsvielfalt näher zu konkretisieren. Einer Konkretisierung bedarf dieser Terminus nämlich schon deshalb, da sich die Verfassungsmäßigkeit eines die Rundfunkordnung ausgestaltenden Gesetzes danach beurteilt, ob das Gesetz geeignet ist, Meinungsvielfalt zu gewährleisten.¹⁰³⁹ Das Bundesverfassungsgericht versteht unter Meinungsvielfalt einen Zustand, der es ermöglicht, dass *„alle gesellschaftlichen Gruppen mit ihren Vorstellungen, Überzeugungen, Meinungen und Wertungen beteiligt werden und in einem ausgewogenen Verhältnis zu Wort kommen“*.¹⁰⁴⁰

Im Zuge des Konkretisierungsunterfangens begegnen einem mehrere Hürden: Zunächst erweist sich der Vielfaltsbegriff als ausgesprochen vielgestaltig, d. h. ihm lassen sich – auch und gerade im hiesigen Kontext – unterschiedlichste Bedeutungen zusprechen; er lässt sich als publizistische aber auch als ökonomische Vielfalt verstehen; oder eben – wie durch das Bundesverfassungsgericht als Begriffsbestandteil von Meinungsvielfalt. Ursächlich für die Vielgestaltigkeit des Begriffs der Meinungsvielfalt ist die Wechselwirkung zwischen dem politisch-gesellschaftlichen Prozess der Meinungsbildung sowie dem Postulat der Meinungsvielfalt an sich. Denn die viel beschworene Meinungsvielfalt ist im Idealfall gleichsam Ergebnis als auch Bedingung dieses Prozesses. Ohne das notwendige Maß an Meinungsvielfalt sind sowohl der Meinungsbildungsprozess an sich als auch der demokratische Willensbildungsprozess zum Scheitern verurteilt. Gleichzeitig dient der Meinungsbildungsprozess als Vorstufe politischer Willensbildung dem vornehmlichen Ziel, dass ein jeder seine eigene, individuelle Meinung bilden kann, sodass sich – die praktische Notwendigkeit von Mehrheitsentscheidungen einmal außen vor gelassen – am Ende dieses an sich endlosen Prozesses eine Vielzahl unterschiedlicher Meinungen und damit Vielfalt einstellt. Folglich ist der Begriff der Meinungsvielfalt aufgrund seiner politischen Konnotation selbst Gegenstand des Willensbildungsprozesses, den er gleichzeitig bedingt.

Aufgrund der vorgenannten Erwägungen besteht weitgehend Einigkeit, dass sich „Meinungsvielfalt“ einer exakt-definitiven, konkret-praktischen Bestimmung entzieht; es handelt sich vielmehr um die Beschreibung einer Zielvorstellung, deren Erreichen vom Rundfunk schon mangels empirischer Feststellbarkeit nicht verlangt werden kann, sie vielmehr eine geradezu utopische Idealvorstellung verkörpert, nach dieser zu streben der Rundfunk verpflicht-

¹⁰³⁹ Die Begriffe „Vielfalt“ und „Pluralismus“ werden im Folgenden – sofern nicht ausdrücklich hiervon abweichend – synonym im Hinblick auf die Zielvorgabe der Rundfunkfreiheit verwendet; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Annäherung an beide Begriffe bei Paal, *Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht*, 71 ff.

¹⁰⁴⁰ BVerfGE 12, 205 (241, 244); vgl. *Lerche*, NJW 1982, 1676 (1677), der von „effektiver Vielfalt“ spricht.

tet ist.¹⁰⁴¹ Zu diesem Befund gelangt in seinem 4. Rundfunkurteil auch das Bundesverfassungsgericht: „*Gleichgewichtige Meinungsvielfalt lässt sich (...) nicht als messbare, exakt zu bestimmende Größe verstehen (...)*“¹⁰⁴², es handele sich vielmehr um einen „*Richt- und Anährungswert*“¹⁰⁴³. Demgegenüber lässt sich der Zustand, dem der einfache Gesetzgeber qua seines verfassungsrechtlichen Gestaltungsauftrags mittels einer positiven Ordnung im Rundfunk entgegenzuwirken hat, nämlich eine Gefährdung des kommunikativen Pluralismus im vorstehenden Sinne, durchaus praktisch feststellen, da eine solche Gefährdung der empirischen Messung zugänglich ist.¹⁰⁴⁴ Eine solche Gefährdung wäre zu beklagen, wenn „*Meinungen von der öffentlichen Meinungsbildung ausgeschlossen werden und Meinungsträger, die sich im Besitz von Sendefrequenzen befinden, an der öffentlichen Meinungsbildung vorherrschend mitwirken*“.¹⁰⁴⁵ Erweitert man diesen Ansatz der Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht allerdings um einen kulturellen Aspekt, wonach der Vielfaltsgedanke eine zusätzliche, qualitative Stoßrichtung entfaltet, verringert sich der Grad empirischer Feststellbarkeit indes wiederum signifikant.¹⁰⁴⁶

Mit dieser Feststellung einhergehend wird eine weitere Schwierigkeit im Zusammenhang mit dem Topos Meinungsvielfalt bzw. Pluralismus deutlich. Diese Schwierigkeit besteht darin, dass das Maß an Meinungsvielfalt im Rundfunk wie es tatsächlich von der Gesellschaft gefordert wird, nicht kongruent mit demjenigen Maß sein muss, das im Interesse eines umfassenden Meinungsbildungsprozesses optimaler Weise vorhanden sein müsste.¹⁰⁴⁷ Es stellt sich mithin die Frage, aus wessen Perspektive „Meinungsvielfalt“ als zu verfolgendes Leitmotiv zu bestimmen ist, worauf sogleich einzugehen ist. Zuvor ist jedoch als Ausgangspunkt einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung der Vielfaltsproblematik zu untersuchen, ob und wenn ja welches Verständnis materieller Meinungsvielfalt als möglicher Zielvorgabe im verfassungsrechtlichen Sinne aufgrund der Auslegung der Rundfunkfreiheit durch das Bundesverfassungsgericht ausgemacht werden kann. Hieran anschließen soll sich eine Untersuchung diesbezüglicher Stimmen in der Literatur.

¹⁰⁴¹ Vgl. *Schumacher*, Kabelregulierung, 133 m. w. N. *Lerche*, in: Schwarze/Hesse, Rundfunk im digitalen Zeitalter, 21, spricht bildlich von einer „*reichlich glitschigen Substanz, die, will man sie packen, flugs der Hand entspringt*“.

¹⁰⁴² BVerfGE 73, 118 (159); vgl. auch bereits BVerfGE 57, 295 (323 f.): „*Dies ist sicher nicht mit letzter Gewißheit möglich; zumindest muß aber eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen, daß sich in dem gesetzlich geordneten Rundfunksystem eine solche gleichgewichtige Vielfalt einstellt.*“

¹⁰⁴³ BVerfGE 73, 118 (168 f.).

¹⁰⁴⁴ Vgl. auch *Castendyk*, AfP 2008, 467 (473).

¹⁰⁴⁵ BVerfGE 57, 295 (323).

¹⁰⁴⁶ Zu den unterschiedlichen Vielfaltsdimensionen vgl. *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 99 f.; vgl. hierzu auch *Schumacher*, Kabelregulierung, 133 ff.

¹⁰⁴⁷ Das britische *House of Lords* unterscheidet etwa zwischen einem empirischen „*interest of the public*“ und dem normativen „*public interest*“, vgl. *Jameel v Wall Street Europe SPRL* [2007] 1 A.C. 359 (377, 382, 405).

i. Annäherung an den materiellen Vielfaltsbegriff

Zunächst ist zu fragen, ob sich aus der Verfassung Anhaltspunkte ableiten lassen, die für die nähere Bestimmung dessen, was die positive Ordnung an materieller Vielfalt gewährleisten soll, fruchtbar gemacht werden können. Neben der Feststellung, dass sich Vielfalt einer positiven Definition entzieht, ist der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine weitere wesentliche Weichenstellung zu entnehmen. Denn das Gericht differenziert bewusst zwischen inhaltlich-gegenständlicher Vielfalt auf der einen und gleichgewichtiger Vielfalt der Meinungen auf der anderen Seite.¹⁰⁴⁸ Ersteres betrifft die Elemente des klassischen Rundfunkauftrags, letzteres betrifft die Widerspiegelung der unterschiedlichen Meinungen im Programm. Es genügt demnach – aufgrund der Kopplung der Rundfunkfreiheit mit der Meinungsfreiheit – den Anforderungen der Rundfunkfreiheit nicht, wenn zwar ein inhaltlich-gegenständlich, umfassend vielfältiges Gesamtprogramm existiert, wenn darin aber nicht die Bandbreite gesellschaftlicher Meinungen, auch diejenigen vermeintlicher Minderheiten,¹⁰⁴⁹ zum Ausdruck gelangen.¹⁰⁵⁰ Letzteres hat zur Folge, dass eine Bestimmung der Zielvorgabe Vielfalt unter alleiniger Orientierung an Mehrheitsinteressen, ausgewiesen etwa durch hohe Einschaltquoten, auszuschneiden hat. Als (vermeintlich) justiziabler Kontrollmaßstab dient vielmehr der „Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt“.¹⁰⁵¹

Indem es das Bundesverfassungsgericht mit dem Erfordernis eines Grundstandards bewenden lässt und zugleich klarstellt, dass es sich bei gleichgewichtiger Vielfalt nur um einen „Zielwert“¹⁰⁵² handelt, konzidiert das Gericht zweierlei: Zum einen erkennt es an, dass sich optimale Vielfalt nicht legislativ vorschreiben und erst recht nicht exekutiv durchsetzen lässt. Zum anderen liegt dem die zutreffende Erkenntnis zugrunde, dass der Meinungsbildungsprozess selbst, auch in einer pluralistisch verfassten Gesellschaft, keineswegs gleichgewichtig,

¹⁰⁴⁸ Vgl. BVerfGE 74, 297 (326); 83, 238 (315); 87, 181 (199); vgl. auch BVerfGE 73, 118 (155 ff.).

¹⁰⁴⁹ Vgl. nur BVerfGE 73, 118 (155 f.); zur Bedeutung von Reaktanz im Prozess massenkommunikativ vermittelter, kollektiver Meinungsbildung *Martenstein*, Der Sog der Masse, in: DIE ZEIT, Nr. 46 v. 10.11.2011, 17 ff., wonach eine Demokratie ohne reaktante Mindermeinungen auf eine „massenpsychologische Zwangsherrschaft des Einheitsdenkens“ hinauslaufe, ohne dass es hierfür zwingend eines Unterdrückungsapparates bedarf; vgl. in diesem Kontext *Noelle-Neumann*, Die Schweigespirale, passim.

¹⁰⁵⁰ Treffend *Kübler*, AfP 2002, 277 (279): „[W]enn die Mehrheit Gesetze beschließen kann, die die Meinungsfreiheit beschränken, wird diese zum Recht der Minderheit, und damit auch eines jeden Einzelnen, sich in einer Art und Weise zu artikulieren, die die Majorität als abträglich, friedensstörend, geschmacklos und anstößig empfindet.“

¹⁰⁵¹ Vgl. BVerfGE 73, 118 (160). Zu den über diesen Maßstab hinausgehenden, unterschiedlichen Anforderungen hinsichtlich des Umfangs der Meinungsvielfalt an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk einerseits („in möglicher Breite und Vollständigkeit“) und den privaten Rundfunk andererseits („Vielfalt der Meinungen“) vgl. BVerfGE 83, 238 (318) sowie unten (Kap. 4, A.III.3.c.).

¹⁰⁵² BVerfGE 73, 118 (156).

mit anderen Worten ausgewogen verläuft.¹⁰⁵³ Kennzeichen einer solchen Gesellschaft ist vielmehr, dass jede zu einer gewissen Zeit unterrepräsentierte (Gruppen-)Meinung die Möglichkeit erhält, sich im gesellschaftlichen Diskurs zu beweisen, durchzusetzen und damit zu einer Mehrheitsansicht zu evolvieren. Doch ist schon der Meinungsbildungsprozess an sich durch eine entsprechende Dynamik geprägt, kann vom Rundfunk, als einem diesen Prozess beeinflussenden Medium, nicht mehr verlangt werden, als diese Dynamik zu fördern. Hierfür eignet sich jedoch in besonderem Maße die Vorgabe einer abstrakten, praktisch nicht erreichbaren Zielvorstellung, da dem konstanten Streben in Richtung dieser Zielvorstellung ebenfalls ein hohes Maß an Dynamik innewohnt.¹⁰⁵⁴

In thematisch-gegenständlicher Hinsicht stellt das Bundesverfassungsgericht in Rechnung, dass sich Meinungsbildung nicht ausschließlich durch „*Nachrichtensendungen, politische Kommentare oder Sendereihen über Probleme der Vergangenheit, der Gegenwart oder Zukunft*“ vollzieht, sondern vor dem Hintergrund der sozialisierend-integrierenden Funktion des Rundfunks für die Gesellschaft und ihre einzelnen Mitglieder auch „*Hör- und Fernsehspiele, musikalische Darbietungen oder Unterhaltungssendungen*“ verantwortlich zeichnen.¹⁰⁵⁵ In jedem Fall ist sicherzustellen, dass der Rundfunk „*frei, umfassend und wahrheitsgemäß informiert*“¹⁰⁵⁶. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht sukzessive die kulturelle Verantwortung des Rundfunks herausgestellt. Dieses die programmliche Qualität betreffende Postulat gilt primär für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk.¹⁰⁵⁷ Schließlich gilt es im Interesse der Meinungsvielfalt der Entstehung vorherrschender Meinungsmacht, sei diese hoheitlich oder wirtschaftlich begründet, vorzubeugen.¹⁰⁵⁸

Wie der Gesetzgeber die Zielvorstellung umfassend gewährleisteter, wahrheitsgemäßer Meinungsbildung aufgrund umfassender Information zu gewährleisten gedenkt, ist ihm über-

¹⁰⁵³ Auch das Gericht setzt Gleichwertigkeit mit Ausgewogenheit gleich, vgl. BVerfGE 73, 118 (156).

¹⁰⁵⁴ Anders wohl *Schellenberg*, Rundfunk-Konzentrationsbekämpfung, 198 f., der Ausgewogenheit jedenfalls als Zielvorgabe des Gesamtrundfunks für ungeeignet hält; wie hier *Schuster*, Meinungsvielfalt, 134 f.

¹⁰⁵⁵ BVerfGE 12, 205 (260); 31, 314 (326); 73, 118 (152). Dass gerade Unterhaltungssendungen einen wesentlichen Einfluss auf die Meinungsbildung haben können, indem sie durch die Schaffung von vermeintlich gesellschaftlichen Idealvorstellungen und Vorbildpersönlichkeiten einen erheblichen Anteil an der Sozialisation des Einzelnen haben, hebt zu Recht hervor *Dörr*, Multimedia und die Rundfunkfreiheit des Art. 10 EMRK, in: *Ziemske et al.*, FS Kriele, 1417 (1429); vgl. in diesem Sinne auch *Rossen-Stadtfeld*, in: *Kops, Dreistufentest*, 25 (33); *Hoffmann-Riem*, AöR 109 (1984), 304 (336 f.).

¹⁰⁵⁶ BVerfGE 87, 181 (198).

¹⁰⁵⁷ Vgl. BVerfGE 73, 118 (157 f.); 74, 297 (324); 90, 60 (90); hierzu im Zusammenhang mit der Integrationsfunktion des Rundfunks unter Bezugnahme auf die Lebach-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (35, 222 ff.) *Kübler*, in: *Kohl, Vielfalt im Rundfunk*, 21 (25 f.).

¹⁰⁵⁸ Dieser Gesichtspunkt betrifft zwar in erster Linie das nicht zum Gegenstand dieser Arbeit gehörende sog. Medienkonzentrationsrecht; gleichwohl kommt dem Gedanken multimedialer Meinungsmacht auch im Hinblick auf die vertikale Integration der Plattformanbieter Bedeutung zu; aus medienökonomischer Sicht hierzu *Heinrich*, Medienökonomie, Bd. 1, 125, der zu bedenken gibt, dass die Unabhängigkeit des Medieneigentums in keinem zwingenden oder ausreichendem Bedingungs Zusammenhang mit Meinungsvielfalt steht.

lassen, solange die von ihm getroffenen Maßnahmen geeignet sind, überhaupt dieses Ziel zu erreichen. Ferner hat der Gesetzgeber hierbei in Rechnung zu stellen, dass sich die Rundfunkfreiheit in ihrer subjektiv-abwehrrechtlichen Funktion primär zur Programmfreiheit verdichtet.¹⁰⁵⁹ Damit sind ihm solche Regelungen verwehrt, die dem Rundfunkveranstalter die Entscheidungshoheit über das von ihm angebotene Programm nehmen, womit der Konflikt zwischen der Implementierung gesetzlicher, materiell-pluralistischer Kriterien und der programmlichen Autonomie der Veranstalter augenscheinlich wird. Verbleibt damit in materieller Hinsicht allenfalls die legislative Handhabe, einen materiellen Ordnungsrahmen zu schaffen, der die Erreichung möglichst umfassender Pluralität fördert, stehen dem Gesetzgeber auch und gerade auf der Ebene der Organisation der Rundfunkveranstalter Möglichkeiten offen, auf Meinungsvielfalt hinzuwirken; insoweit ist der Gesetzgeber zur Sicherung der positiven Ordnung in der Pflicht, „insbesondere die Organisationsstruktur des Rundfunks“ zu sichern.¹⁰⁶⁰ Hierbei handelt es sich um eine Problematik, die in ihrem Bedeutungsgehalt weit über die Thematik der Plattform- bzw. Kabelbelegung hinausreicht;¹⁰⁶¹ sie berührt die Grundlinien der bundesdeutschen Rundfunkordnung.

ii. Inhaltliche Konkretisierung von Meinungsvielfalt in der Literatur

Die Untersuchung der Bedeutungen, die dem Begriff der Meinungsvielfalt im Hinblick auf das dahinterstehende Konzept zugesprochen werden können, erweist sich für das Verhältnis von Rundfunk und Telemedien bei der Kabelbelegung aus einem einfachen Grund als elementare Weichenstellung. Führt diese Untersuchung zu dem Ergebnis, Meinungsvielfalt sei in verfassungsrechtlich ausreichender Weise dadurch gewährleistet, dass dem einzelnen Rezipienten ein Höchstmaß an audiovisuellen Angeboten zur Verfügung steht, wäre eine Vorrangstellung des Rundfunks bei der Plattformbelegung angesichts der kaum überschaubaren Masse digitaler Rundfunkprogramme sowie audiovisueller, telemedialer Internetinhalte kaum mehr zu rechtfertigen. In diese Richtung argumentieren diejenigen Stimmen in der Literatur, die die mit der Digitalisierung einhergehende Überwindung der Knappheit der Übertragungskapazitäten zum Anlass nehmen, eine vollständige Deregulierung der Kabelbelegung und

¹⁰⁵⁹ Vgl. Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 202.

¹⁰⁶⁰ BVerfG ZUM 1999, 327 (329); zu den Modellen des Organisationspluralismus vgl. unten (Kap. 4, A.III.3.).

¹⁰⁶¹ Gleichwohl kommt dieser Problematik eminente Bedeutung für den Komplex der Plattformbelegung zu. Denn wie dargestellt erfolgt die Privilegierung des Rundfunks, vor allem des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, bei der Plattformregulierung aufgrund seiner vermeintlich größeren Pluralität gegenüber den Telemedien.

damit als logische Folge ein Ende der Privilegierung des Rundfunks zu fordern.¹⁰⁶² Gegenätzlich – und dies mag kaum überraschen – argumentieren die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zugewandten Stimmen, die auch für die Ära vermeintlich ausreichender Übertragungskapazitäten einen (öffentlich-rechtlichen) „*Rundfunkkorridor*“¹⁰⁶³ für das Breitbandkabelnetz fordern.

Die Argumentationslinien zwischen den unterschiedlichen Konkretisierungsansätzen zur konzeptionellen Umsetzung der Zielvorgabe Meinungsvielfalt lassen nahezu durchgehend eine ähnlich interessengefärbte Ausrichtung erkennen: auf der einen Seite die Vertreter des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, auf der anderen Seite die Vertreter der privaten Rundfunkveranstalter. Hiernach differenzierend ließe sich Meinungsvielfalt mit folgenden Konzepten erreichen:¹⁰⁶⁴

(1) Öffentlich-rechtlich geprägte Konzepte

Folgt man den Vertretern der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und den ihnen zugewandten Stimmen in der Literatur, so lässt sich Meinungsvielfalt zunächst durch die Kombination unterschiedlicher Genres und Programmfunktionen erreichen. Ausgehend vom klassischen Auftrag des Rundfunks erfordere Meinungsvielfalt eine programmliche Mischung mit unterhaltenden, informierenden, beratenden, bildenden sowie kulturellen Inhalten, wobei insbesondere die Information einen wesentlichen Bestandteil des Rundfunkauftrags darstellt.¹⁰⁶⁵ Diese Vielfalt kann sowohl „intern“ als auch „extern“ erreicht werden. Von interner Vielfalt wird gesprochen, wenn der Themenmix innerhalb eines Programms, sprich auf einem Sender, erreicht wird, wobei diesbezüglich insbesondere die Vollprogramme in Betracht kommen. Bedarf es hingegen einer Gesamtbetrachtung aller einem Veranstalter zurechenbaren Programme, um die Elemente des klassischen Rundfunkauftrags – Information, Unterhaltung,

¹⁰⁶² So z. B. *Bullinger*, ZUM 2007, 337 (339 ff.); *Schoch*, JZ 2002, 798 (804); von einer „partiellen“ Auflösung der Sondersituation spricht *Hahne*, Kabelbelegung, 1; vgl. dazu ausführlich unten, Kapitel 6.

¹⁰⁶³ Stellvertretend etwa die damalige Justitiarin und heutige Intendantin des Mitteldeutschen Rundfunks *Karola Wille*, ZUM 2002, 261 (267).

¹⁰⁶⁴ Den folgenden Überlegungen liegen die Ausführungen von *Hallenberger*, in: Kohl, Vielfalt im Rundfunk, 10 (12 f.) zugrunde. Aus britischer Sicht vgl. hierzu *Barendt*, in: Kohl, Vielfalt im Rundfunk, 76 ff., der Meinungsvielfalt mit „*diversity*“ oder „*variety*“ übersetzt und als Ansatzpunkt sowohl die Bandbreite der verfügbaren Programme als auch die Bandbreite der darin zum Ausdruck gelangenden Meinungen bezeichnet. Das deutsche Konzept von Meinungsvielfalt versteht er in letzterem Sinne. Zur Mehrdimensionalität des Vielfaltsgebots vgl. auch *Rossen-Stadtfeld*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, RStV, § 25, Rn. 46.

¹⁰⁶⁵ BVerfGE 97, 228 (257): „Die Informationsfunktion des Fernsehens beschränkt sich nicht auf politische Informationen im engeren Sinn. (...) Deswegen gehört zur Information im Sinn des klassischen Rundfunkauftrags, der im Rundfunksystem insgesamt erfüllt werden muß, die gegenständlich uneingeschränkte Information über alle Lebensbereiche unter Zugrundelegung publizistischer Kriterien.“ Vgl. auch BVerfGE 12, 205 (260); 35, 202 (222 f.); 57, 295 (319); 73, 118 (157 f.); 74, 297 (325). Zum Informationsbegriff vgl. *Vesting*, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 219 ff.

Beratung, Bildung, Kultur – zu identifizieren, wird von externer Vielfalt gesprochen. Externe Vielfalt kann demnach etwa durch eine Reihe thematisch ausgerichteter Spartenkanäle erreicht werden.

Vielfalt kann allerdings auch dadurch sichergestellt werden, dass besondere Anforderungen an die Angebotstiefe gestellt werden. Die Angebotstiefe betrifft nicht die quantitative Menge der verfügbaren audiovisuellen Angebote, sondern nimmt jedes einzelne dieser Angebote, jede einzelne Sendung in den Blick. Meinungsvielfalt ist unter diesem Gesichtspunkt dann anzunehmen, wenn das konkrete Programm bestimmte Anforderungen an die Qualität der einzelnen Sendungen sowie im Hinblick auf das Gesamtangebot erfüllt. Qualitative Maßstäbe können die inhaltliche Tiefe oder die ästhetisch-formale Gestaltung einer Sendung sein. Hierzu gehört auch eine thematische Breite des bzw. der Angebote, wobei wiederum besonderes Augenmerk auf die Facetten des Rundfunkauftrags im Sinne seiner Public-Service-Funktion zu legen sind.

(2) Privatrechtlich konnotierte Interpretationsansätze

Meinungsvielfalt soll ebenso dadurch erzielt werden können, dass ein Höchstmaß an verfügbaren Angeboten und Programmen gewährleistet wird, unabhängig davon, welchen Inhalt die einzelnen Angebote aufweisen. Es käme danach nicht auf qualitative Aspekte wie die Programmtiefe oder die gegenständliche Vielfalt des einzelnen Angebots sowie des Gesamtprogramms als Summe aller Einzelangebote an. Maßgeblich wäre alleine eine quantitative Betrachtung. Meinungsvielfalt wäre nach diesem Interpretationsansatz ein Synonym für Angebotsvielfalt, sodass größtmögliche Auswahlfreiheit des Rezipienten gleichbedeutend wäre mit größtmöglicher Meinungsvielfalt. Die durch die Digitalisierung mögliche Programmvermehrung würde danach automatisch zu einer Vergrößerung von Meinungsvielfalt führen, sodass es einer gesetzlichen Privilegierung einzelner Angebote nicht mehr bedürfte und folglich das Rundfunkprivileg zu überdenken wäre.

Meinungsvielfalt ließe sich schließlich auch mit Genrevielfalt gleichsetzen. Maßgebend wären danach weder quantitative noch qualitative Gesichtspunkte, vielmehr käme es alleine auf eine thematisch-gegenständliche, strukturelle Vielfältigkeit des für den Zuschauer verfügbaren Gesamtprogrammangebots an.¹⁰⁶⁶ Zu dieser Vielfältigkeit trägt vor allem die Ausdifferenzierung des Programmangebots durch thematisch spezialisierte Spartensender bei. Die

¹⁰⁶⁶ Vgl. hierzu die Abbildung 14 bei *Never*, Meinungsfreiheit, 173, wonach zur Bestimmung struktureller Angebotsvielfalt auf die Ausstrahlungshäufigkeit von Angeboten entlang einer Genreklassifikation mit 11 Hauptgenres abgestellt wird.

Bedeutung von breit aufgestellten Vollprogrammen würde danach zurücktreten, da es primär auf ein vielfältiges Gesamtangebot ankäme. Folglich wäre auch die Privilegierung einzelner Vollprogramme bei der Kabelbelegung nicht mehr zu legitimieren, sofern die mögliche Programmvielfalt eine diversifizierte Genrevielfalt zu gewährleisten im Stande ist.

(3) Modelle der rechtswissenschaftlichen Literatur

Neben diesen Modellen zur Konkretisierung des Vielfaltsbegriffs in materieller Hinsicht haben sich, anknüpfend an die verfassungsgerichtlichen Vorgaben, auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur Strukturkriterien materiellen Pluralismus¹⁰⁶⁷ entwickelt.

Aus seiner Rolle als Medium im Prozess der Meinungsbildung und der Rückbindung an das Demokratieprinzip folge für die Vielfalt im Rundfunk zunächst das Erfordernis der Wiedergabe der gesamten Bandbreite gesellschaftlicher Ansichten und Meinungen.¹⁰⁶⁸ Die ebenfalls mit dem Demokratieprinzip verwobene Faktorfunktion des Rundfunks erfordere darüber hinaus eine mediale Kontrolle der politischen Handlungsträger, was als qualitatives Kriterium im Sinne investigativen Journalismus verstanden werden kann.¹⁰⁶⁹ Zur Bestimmung materieller Meinungsvielfalt lässt sich ferner die inhaltlich-gegenständliche Diversität des Rundfunkangebots heranziehen. Danach gilt es, im Gesamtsystem Rundfunk die in der Gesellschaft vertretenen Themen und Interessen aufzugreifen, wobei als Anhaltspunkt hierfür die Elemente des klassischen Rundfunkbegriffs in der Diktion des Bundesverfassungsgerichts dienen können. Diese gegenständliche Vielfalt muss grundsätzlich nicht zwangsläufig durch einen einzigen Veranstalter bzw. mittels eines einzigen Programmes sichergestellt werden, sondern kommt auch mittels einer Vielzahl von Spartenprogrammen in Betracht, solange sie insgesamt im Rundfunk sichergestellt ist.¹⁰⁷⁰ In räumlich-geographischer Hinsicht ist materielle Vielfalt dadurch zu gewährleisten, dass der Rundfunk den Besonderheiten unterschiedlicher Sozialisationsräume Rechnung trägt. Diese Räume lassen sich lokal und regional beschränken, auf die Grenzen eines Bundeslandes sowie eines Staates, schließlich auf europäische und

¹⁰⁶⁷ Vgl. insbesondere *Hoffmann-Riem*, Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, 18 f.; *ders.*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 99 ff.; *ders.*, in: Azzola et al., AK, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 137; *Schellenberg*, Rundfunk-Konzentrationsbekämpfung, 192; *Ritlewski*, Pluralismus, 106 ff.; *Lehrke*, Pluralismus, 206 f.; auch *McQuail*, Mass Communication Theory, 160 f.

¹⁰⁶⁸ *Ritlewski*, Pluralismus, 107, spricht von der „Spiegelungsfunktion“.

¹⁰⁶⁹ So auch *Schellenberg*, Rundfunk-Konzentrationsbekämpfung, 192; *Ritlewski*, Pluralismus, 100, spricht in Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR von der Funktion des Rundfunk als eines „public watchdog“.

¹⁰⁷⁰ Die Fragmentierung und Verspartung der Rundfunklandschaft bedeutet damit auf den ersten Blick zunächst einen Zugewinn an Vielfalt. Zur strukturellen Vielfalt im Sinne einer Aufteilung der Programmformen in Voll- und Spartenprogramme: *Schatz/Schulz*, MP 1992, 690 (691 ff.).

internationale Räume.¹⁰⁷¹ Schließlich, und hierbei handelt es sich um ein wesentliches wenn nicht gar das wesentliche Rundfunkmerkmal in einer zukünftigen Medienordnung, stellt die integrative Vielfalt des Rundfunks ein Strukturkriterium materieller Vielfalt dar. Dies betrifft die Fähigkeit massenmedialer Kommunikation, unterschiedliche Ansichten zueinander in Bezug zu setzen, gemeinsame Werte zu vermitteln und damit zum Zusammenhalt der Gesellschaft durch eine gemeinsame Identität beizutragen.¹⁰⁷² Diese Sozialisierungsfunktion verdient angesichts der erwähnten Zersplitterung der Programmlandschaft und sinkenden Rezipientenaufmerksamkeit besondere Bedeutung, wird jedoch in gleichem Maße durch diese Entwicklung infrage gestellt.¹⁰⁷³

iii. Maßgebliche Perspektive bei der Bestimmung von Vielfalt

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich, wenn man fragt, auf wessen Sichtweise bei der Bestimmung notwendiger Vielfalt im Rundfunk abzustellen ist. Abgestellt werden könnte zunächst auf die tatsächlichen Zuschauerpräferenzen, wie sie in Einschaltquoten oder Zuschaueranteilen zum Ausdruck gelangen. (Meinungs-)Vielfalt wäre demnach erreicht, wenn die in der Gesellschaft vorhandenen Meinungen proportional auch im Rundfunk zum Ausdruck gelangen könnten. Vielfalt könnte danach dann unterstellt werden, wenn eine Sendung oder ein gesamtes Programm überdurchschnittlich hoch frequentiert wird.¹⁰⁷⁴ Meinungsvielfalt wäre danach das Ergebnis eines am Markt ausgetragenen Wettbewerbs um Zuschauergunst, eine ergänzende regulative Absicherung zugunsten von Meinungsvielfalt wäre nicht angezeigt. Begründet werden könnte diese Annahme damit, dass ein in der Zuschauergunst hoch angesiedeltes Programm schon deshalb vielfältig sein müsse, weil es in der Lage ist, die Aufmerksamkeit eines großen Bevölkerungsanteils auf sich zu vereinigen.

Diese Sichtweise berücksichtigt die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts indes nur zum Teil. Denn während die Funktion des Rundfunks als *Medium* im Meinungsbildungsprozess mit der zuvor geschilderten Orientierung am tatsächlich vorhandenen Meinungsspektrum durchaus zum Ausdruck gelangt, muss der Rundfunk darüber hinaus auch seiner *Faktorfunktion* gerecht werden. Diese besteht, wie gezeigt, gerade darin, selbst im Meinungsbildungs-

¹⁰⁷¹ Sog. geographische Vielfalt vgl. *ebd.*

¹⁰⁷² Vgl. zur Integrationsfunktion bereits BVerfGE 31, 314 (329).

¹⁰⁷³ Für eine stärkere Rückbesinnung auf die Integrationsfunktion des Rundfunks und eine auf den Rezipienten bezogene, effektive Vielfalt streitet *Ritlewski*, Pluralismus, 107 ff. Er plädiert für einen erfolgsbezogenen Pluralismus, wonach die mittels kommunikationswissenschaftlicher Werkzeuge als theoretisch meinungsrelevant identifizierten Inhalte tatsächlich Relevanz entfalten müssen, indem sie praktisch beim Zuschauer ankommen.

¹⁰⁷⁴ So, wenn auch einschränkend *Never*, Meinungsfreiheit, 171, der Programmqualität quantitativ anhand der Einschaltquote messen will.

prozess aktiv zu werden, wozu es über die bloße Wiedergabe existierender Ansichten hinausgehender Aktivitäten bedarf. Darüber hinaus lässt eine alleine die Massenkompabilität eines Programms betrachtende Sichtweise außer Acht, dass diese Massenkompabilität weder Ausdruck einer besonderen gegenständlichen Vielfalt noch einer hervorgehobenen Programmqualität ist bzw. sein muss. Zudem verbietet der Schutz von Mindermeinungen ein alleiniges Abstellen auf den Massengeschmack.

Unterstützt wird diese Annahme durch Befunde der Medienökonomie. Danach weisen der Rundfunk an sich bzw. bestimmte Programmtypen „positive Externalitäten“ auf.¹⁰⁷⁵ Bei diesen Externalitäten handelt es sich um Effekte, die über diejenigen Wirkungen hinausgehen, die sich für den einzelnen Rezipienten aus dem Genuss eines bestimmten Programmes ergeben. Es handelt sich um Wirkungen, die, vermittelt durch den einzelnen Rezipienten, Dritte oder die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit betreffen. Von dem Genuss eines anspruchsvollen und politisch bildenden Programms kann der jeweilige Rezipient beispielsweise im Hinblick auf den Grad seiner politischen Bildung profitieren, der aufgrund der rezipierten Informationen steigt. Dies wiederum führt zu der Vermutung, dass der konkrete Rezipient künftig, etwa im Zusammenhang mit der Auswahl politischer Entscheidungsträger, überlegtere und damit „bessere“ Entscheidungen zu treffen vermag. Von diesen „besseren“ Entscheidungen profitiert sodann – unterstellt – die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit: eine positive Externalität.¹⁰⁷⁶ Durch den Genuss anderer Programmtypen kann die Fähigkeit des Rezipienten zu sozialer Interaktion gesteigert werden. Hiervon profitieren sodann die Personen, die mit dem besagten Rezipienten sozial interagieren. Ein weiteres Beispiel für positive Externalitäten des Rundfunks kann als gesellschaftliche Sogwirkung beschrieben werden. Es handelt sich dabei um einen Wirkungsprozess, wonach bislang weniger informierte Rezipienten damit beginnen anspruchsvollere Programme einzuschalten, um am gesellschaftlichen Diskurs teilhaben, um „Mitreden“ zu können. In Abwandlung des Idioms „Masse bedeute nicht zwingend Klasse“ könnte man danach meinen, „Klasse führe (irgendwann) zu Masse“.¹⁰⁷⁷ Wiederum profitiert

¹⁰⁷⁵ Vgl. hierzu *Pethig*, in: Kohl, Vielfalt im Rundfunk, 31 (38 ff.). Ebenso können Rundfunkprogramme negative Externalitäten (z. B. Steigerung der Gewaltbereitschaft durch gewaltverherrlichende Inhalte) aufweisen.

¹⁰⁷⁶ Schon dieses Beispiel sollte verdeutlichen, dass diese in der Wirtschaft als Externalitäten benannten Wirkungen einer empirischen Messung nicht zugänglich sind. Denn, wann eine politische Entscheidung als „besser“ bewertet werden kann, ist bereits aufgrund der divergierenden politischen Präferenz des jeweils Bewertenden nicht zweifelsfrei zu klären. Sind es aber nun gerade diese Externalitäten, die dienende Rolle des Rundfunks zur Vielfaltsgewährleistung im Meinungsbildungsprozess betreffen, so verfestigt sich das bereits gewonnene Bild, das der materiellen Bestimmung von Vielfalt natürliche Grenzen gesetzt sind.

¹⁰⁷⁷ Tatsächlich lässt sich dieser Wirkungsprozess allerdings in die umgekehrte Richtung beobachten. Es sind nicht die vermeintlich anspruchsvollen und „pädagogisch wertvollen“ Programme, die den gesellschaftlichen Diskurs bestimmen, sondern hoch kommerzialisierte Formate wie Casting-Shows. Vgl. in diesem Zusammenhang auch den nicht von der Hand zu weisenden Einwand von *Never*, Meinungsfreiheit, 135 f., wonach die Be-

hiervon die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit durch den – unterstellten – Trend eines insgesamt steigenden Bildungsniveaus. Von diesen positiven Externalitäten kann die Gesellschaft allerdings nur dann profitieren, wenn die Bestimmung von Vielfalt nicht im Hinblick auf die tatsächlichen Zuschauerpräferenzen als Ausdruck maximaler Konsumentensouveränität, sondern aus der Sicht eines „optimalen“ Zuschauers erfolgt, der gezielt (auch) anspruchsvolle, bildende und daher positive Externalitäten aufweisende Sendungen rezipiert.

Sendungen mit positiven Externalitäten werden nun allerdings nicht alleine aufgrund der Nachfrage am Markt in einem ausreichenden Maße zur Verfügung gestellt, da Rundfunkveranstalter ihr Programmangebot – sofern überhaupt¹⁰⁷⁸ – mit Blick auf dessen internen Effekt für den jeweiligen Rezipienten, dessen Unterhaltung, kompilieren.¹⁰⁷⁹ Positive Externalitäten werden durch kommerziell orientierte Rundfunkveranstalter nur dann berücksichtigt, wenn diese Externalitäten zufällig zusätzliches Erlöspotenzial versprechen.

Ein weiteres Argument gegen die Ausrichtung entlang der tatsächlichen Zuschauerpräferenzen bei der Bestimmung von Meinungsvielfalt betrifft das werbefinanzierte Free-TV. Denn obwohl dieses dem Grunde nach auf eine insgesamt hohe Einschaltquote angewiesen ist, so ist es doch gerade am Einschalten einer ganz bestimmten Gruppe der Gesellschaft, der sog. werberelevanten Zielgruppe,¹⁰⁸⁰ interessiert. Die Präferenzen eines Großteils der Bevölkerung – all derjenigen außerhalb dieser Zielgruppe – blieben demnach bei der Ausrichtung nur nach der Zuschauerakzeptanz unberücksichtigt.

Schließlich ist dem Umstand Beachtung zu schenken, dass selbst die Präferenzen der werberelevanten Zielgruppe im System des Privatfernsehens nur eine untergeordnete Rolle spielen. Denn zuvorderst geht es Free-TV-Veranstaltern um den Verkauf von Werbezeiten, sodass das Programm den Werbekunden als Nachfrager dieser Werbezeiten zu dienen bestimmt ist.¹⁰⁸¹ Aufgrund der Interdependenz der durch den Verkauf von Werbezeiten erzielbaren Erlöse mit der zu erwartenden Reichweite eines Programmes kommt den tatsächlichen Zuschauerinteressen lediglich eine mittelbare, reflexartige Bedeutung zu. Dies hat zur Folge, dass Einschaltquoten nur vermeintlich ein tatsächlich bestehendes Zuschauerinteresse zum Ausdruck bringen. Denn qua ihrer Agenda-Setting-Funktion als Faktoren innerhalb des Mei-

wertung eines Effekts als positiv wiederum von staatlichen bzw. politischen Funktionszuschreibungen der Rundfunknutzung in Form normativer Vorentscheidungen beeinflusst wird.

¹⁰⁷⁸ Zur nur mittelbaren Bedeutung des Rezipienten im werbefinanzierten Rundfunk sogleich.

¹⁰⁷⁹ Vgl. *Kops*, Soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Nachfrage korrigieren?, in: AP Köln, Nr. 196, 12 f.

¹⁰⁸⁰ Diese erfasst Personen im Alter von 14 bis 49 Jahren.

¹⁰⁸¹ Hierauf hinweisend *Kohl*, in: Ders., Vielfalt im Rundfunk, 66 f.; *Ders.*, in: Assmann et. al., Festgabe Kübler, 215 (224 f.); *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 170.

nungsbildungsprozesses ist es den Rundfunkveranstaltern möglich, gezielt ein bestimmtes Zuschauerinteresse zu kreieren.¹⁰⁸²

iv. Zusammenfassende Bewertung

Während sich die unmittelbar vorstehenden Ausführungen zur Perspektive materieller Vielfalt in erster Linie auf medienökonomische Untersuchungen beziehen, die zwar Ausgangspunkt einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung der Vielfaltsproblematik sein können, diese jedoch keineswegs ersetzen können, ist insbesondere im Zusammenhang mit den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zu materiellen Vielfaltsvorgaben deutlich geworden, dass das Gericht bewusst davon absieht, diesbezüglich präzisere Vorgaben an den Gesetzgeber zu formulieren. Dies lässt sich zunächst damit erklären, dass es die Implementierung materiell-pluralistischer Kriterien als eine Aufgabe betrachtet, die originär den Gesetzgeber als Adressat des Ausgestaltungsauftrags trifft. Außerdem lassen die verfassungsrechtlichen Judikate eine gewisse Scheu gegenüber dem materiellen Pluralismusaspekt erkennen, die – so scheint es – durch eine umso stärkere Akzentuierung der formell-konzeptionellen Meinungsvielfalt im Sinne eines Organisationspluralismus kompensiert werden soll. Mit Blick auf die kaum mögliche, schon gar nicht monodisziplinär mögliche Konkretisierung materieller Vielfalt, die zusätzlich subjektiv konnotiert ist, ist diese Scheu durchaus verständlich. Schließlich birgt jedes materielle Vielfaltskriterium die Gefahr einer unzulässigen Beeinträchtigung der verfassungsrechtlich garantierten Programmautonomie der Rundfunkveranstalter.¹⁰⁸³

Dennoch bedarf es im vorliegenden Zusammenhang einer begrifflichen Annäherung an den Begriff materieller Vielfalt im Sinne der verfassungsrechtlichen Zielvorstellung. Denn das Rundfunkprivileg bei der Kabeleinspeisung wird mit der größeren Pluralität des Rundfunks und seiner stärkeren Meinungsbildungsrelevanz gegenüber den Telemedien gerechtfertigt. Dieser Rechtfertigungsgrund lässt sich allerdings nur dann einer kritischen Überprüfung unterziehen, wenn Kriterien existieren, die eine Gegenüberstellung des Pluralismuspotenzials beider Dienstklassen erlauben. Zu diesem Zweck sind daher die in der Literatur entwickelten materiellen Kriterien aufzugreifen, die sich mit Hilfe der Werkzeuge der Medien- und Kommunikationsforschung zumindest annähernd operationalisieren lassen. Diese Kriterien umfassen meinungs-, gegenstands- sowie ortsbezogene Elemente. Besonderer Bedeutung ist daneben der integrativen Funktion der zu beurteilenden Angebote zu schenken.

¹⁰⁸² Vgl. *Kops*, Soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Nachfrage korrigieren?, in: AP Köln, Nr. 196, 9.

¹⁰⁸³ *Gersdorf*, MMR-Beil. 2012, 1 (2 f.).

3. Formell-konzeptionelle Ausgestaltung der Rundfunkordnung: Pluralitätskonzepte

Aufgrund der deutlich gewordenen Schwierigkeiten bei der Konkretisierung des Vielfaltsbegriffs in materieller Hinsicht, hat sich die Vielfaltsdebatte weitgehend auf organisationsplurale Elemente der Rundfunkordnung verlagert. Auch diesbezüglich hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum belassen. Insbesondere schreibt es ihm kein konkretes Ordnungsmodell vor, welches er der Rundfunkordnung zugrunde zu legen hätte. Aus dem grundsätzlich marktskeptischen Blickwinkel des Gerichts lässt sich indes ein mögliches Ordnungsmodell ausscheiden, welches die positive Rundfunkordnung nur in unzureichendem Maße absichern würde. Da der Rundfunk nicht dem „*freien Spiel der Kräfte*“¹⁰⁸⁴ überlassen werden dürfe, war der Gesetzgeber jedenfalls bislang¹⁰⁸⁵ daran gehindert, die Rundfunkordnung als einen freien, deregulierten (Meinungs-)Markt liberaler Prägung, gesteuert alleine von marktwirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten, zu konzipieren.¹⁰⁸⁶ Zugrunde liegt dieser ablehnenden Haltung die bereits angedeutete Angst vor einem möglichen Marktversagen, dessen einmal eingetretene negative Folgen als nur schwer revidierbar erachtet werden. Während als Indiz für ein zu erwartendes Marktversagen anfänglich die oben beschriebene Sondersituation des Rundfunks und die daraus resultierende überschaubare Anzahl von Veranstaltern angeführt wurde, sodass es an einem entsprechenden „Markt“ überhaupt gefehlt haben soll, soll sich daran auch mit dem Aufkommen privater Rundfunkveranstalter nichts geändert haben, weil selbst ein etwaig bestehender Markt eine Deregulierung der Rundfunkordnung nicht zu rechtfertigen vermöge.¹⁰⁸⁷ Private Veranstalter trügen zwar nominell zu einer Vergrößerung der Anbieterzahl bei, gleichwohl seien sie aufgrund ihres system-

¹⁰⁸⁴ St. Rspr., vgl. etwa BVerfGE 57, 295 (320 f., 327); 73, 118 (152 f.).

¹⁰⁸⁵ Inwieweit dies auch unter den veränderten tatsächlichen Umständen gelten kann vgl. unten (Kap. 4, B.IV.).

¹⁰⁸⁶ Dies stimmt mit bisherigen wirtschaftswissenschaftlichen Modellen überein, die den Rundfunk tendenziell der Gefahr eines Marktversagens ausgesetzt sehen. Danach handelt es sich bei Rundfunk bislang um ein sog. öffentliches Gut, da er von einer beliebigen Anzahl von Personen konsumiert werden kann (sog. Nicht-Rivalität) und mögliche Rezipienten nicht von seinem Konsum ausgeschlossen werden können (sog. Nicht-Ausschluss). Beides wird allerdings durch die Möglichkeiten digitalen Fernsehens, insbesondere die der Grundverschlüsselung und der damit einhergehenden direkten Adressierbarkeit, zunehmend, im Falle des Pay-TV seit jeher, in Frage gestellt; in besonderem Maße gilt dies für Telemedienangebote; vgl. unten (Kap. 4, B II.).

¹⁰⁸⁷ Vgl. BVerfGE 73, 118 (158): „Zwar kann sie (*scil: die Wahrnehmung der Grundversorgung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk*) es nicht rechtfertigen, für den privaten Rundfunk auf rechtliche Sicherungen der Rundfunkfreiheit ganz zu verzichten und die Entwicklung im Wege der Deregulierung den Kräften des Marktes anzuvertrauen (...), dies um so weniger, als mit einem echten „Markt“ auf absehbare Zeit nicht gerechnet werden kann; (...).“ (Hervorhebung d. Verf.). Speziell zur Situation des Lokalrundfunks vgl. BVerfGE 114, 371 (388, 392 f.); ferner BVerfGE 74, 295 (331).

immanenten Strebens nach Massenattraktivität gerade kein Garant für die Gewährleistung von Vielfalt und die Berücksichtigung von Minderheitsinteressen.¹⁰⁸⁸

Nachfolgend ist daher zu erörtern, welche Ordnungsmodelle aus verfassungsrechtlicher Sicht in Betracht kommen, um die sich alleine durch den Markt nicht einzustellen wollende Vielfalt zu gewährleisten. Zuvor ist ein Blick auf den Rundfunk als Wirtschaftsgut zu werfen.

a. Rundfunk als ordinäres Wirtschaftsgut?

Die Besonderheit des Rundfunks resultiert aus seiner Doppelnatur einerseits als kulturell konnotiertem Kommunikationsmedium und andererseits als Wirtschaftsgut. Während der Rundfunk zu Beginn – man denke nur an die Bestimmung der Länderkompetenz – primär im ersteren Sinne wahrgenommen wurde, konnte auch er sich einer zunehmenden Kommerzialisierung nicht verschließen, die eine Akzentverschiebung zugunsten des wirtschaftlichen Aspekts zur Folge hatte. Diese Entwicklung mag durch die Etablierung des privatwirtschaftlich organisierten Rundfunks katalysiert worden sein, sie beschränkt sich indes keinesfalls auf diesen, sondern betrifft gleichfalls die öffentlich-rechtlichen Veranstalter.¹⁰⁸⁹

Aufgrund des Kommerzialisierungsprozesses steigt für die Rundfunkveranstalter die Notwendigkeit, ihre Tätigkeit nicht alleine nach publizistischen Zielen auszurichten, sondern in erster Linie ökonomischen Überlegungen Beachtung zu schenken. Publizistische und wirtschaftliche Zielsetzungen schließen sich dabei allzu oft gegenseitig aus. So ist es nur schwerlich vorstellbar, wie ein gesellschaftliche Interessengegensätze reflektierendes Programm das aus Sicht der Werbekunden wünschenswerte werbefreundliche, am gesellschaftlich kleinsten gemeinsamen Nenner ausgerichtete programmliche Umfeld zu gewährleisten vermag.¹⁰⁹⁰ Ebenfalls mit Blick auf die Werbefinanzierung ist zu konstatieren, dass sich die Herstellung von Minderheitenprogrammen aus Veranstaltersicht wirtschaftlich dann nicht lohnt, wenn die jeweilige Minderheit nicht zumindest theoretisch kaufkräftig genug ist, damit sich die zur Refinanzierung der konkreten Sendung dienenden Werbezeiten verkaufen lassen. Sofern dies nicht der Fall ist, die Werbeeinnahmen den Produktionsaufwand also nicht aufwiegen können, fehlt es unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten an einem Anreiz zur Produktion entsprechender Inhalte, sodass entsprechende Programme gar nicht erst hergestellt würden.

¹⁰⁸⁸ Vgl. nur BVerfGE 73, 118 (155 f.). Zur Bedeutung der Rundfunkfreiheit als kommunikationsbezogene Facette des Minderheitenschutzes vgl. *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 170; *ders.*, Chancengleicher Zugang, 84.

¹⁰⁸⁹ Als symptomatisch für die Kommerzialisierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind etwa der Erwerb massenattraktiver Inhalte wie der Übertragungsrechte für die Fußball-Bundesliga und die UEFA Champions League zu nennen.

¹⁰⁹⁰ Vgl. *Seufert*, in: Kohl, Vielfalt im Rundfunk, 134 (138); *Seemann*, DÖV 1987, 844 (848); hierzu auch BVerfGE 83, 238 (311); 87, 181 (199); 90, 60 (91); 114, 371 (388).

Doch nicht nur das werbefinanzierte Fernsehen, auch Pay-TV-Programme erweisen sich als ungeeignet, unreglementiert Vielfalt zu gewährleisten, was sich wiederum aus den ökonomischen Zielsetzungen entsprechender Veranstalter ergibt. Zwar bieten Pay-TV-Programme eine höhere Wahrscheinlichkeit der Berücksichtigung auch von Minderheiteninteressen in ihrem Programm; gleichwohl schließen sie aufgrund ihrer Entgeltlichkeit all diejenigen aus, die dieses Entgelt nicht entrichten wollen oder können.¹⁰⁹¹ Damit ergeben sich Vielfaltsgefahren weniger in inhaltlich-thematischer Hinsicht, als vielmehr unter Berücksichtigung des Zugangs der Rezipienten zu diesem Angebot.

Den Rundfunkveranstaltern kann ein solches Vorgehen in einem rein marktwirtschaftlich orientierten Ordnungsmodell im Hinblick auf die Aufrechterhaltung ihrer wirtschaftlichen Existenz kaum vorgeworfen werden. Sie können sich hierfür auf den Schutz der Art. 12 und 14 GG berufen,¹⁰⁹² denen der Grundgedanke einer freiheitlichen *Wirtschaftsordnung* zugrunde liegt. Aus diesem Grundgedanken könnte sich sodann für eine *Medienordnung* die Annahme extrahieren lassen, dass auch die Befriedigung kollektiv-kommunikativer Interessen zunächst alleine durch private, frei am Markt agierende Veranstalter zu erfolgen hat.¹⁰⁹³ Gleichwohl schließt die hiesige Wirtschaftsordnung und damit auch die Medienordnung staatliche Intervention nicht kategorisch aus.¹⁰⁹⁴ Staatliche Eingriffe in das Wirtschaftsgeschehen sind vielmehr immer dann zulässig, wenn das freie Marktgeschehen an sich gefährdet ist bzw. selbst im Falle seiner Funktionstüchtigkeit bestimmte im Gemeinwohl liegende Ergebnisse hiermit nicht erreicht werden können. Regulative Eingriffe in das Marktgeschehen können dabei verschiedenartig ausfallen, sie reichen von eigener staatlicher Teilnahme am Markt bis hin zu einer Implementierung von Anreizsystemen.¹⁰⁹⁵

¹⁰⁹¹ Aus medienökonomischer Sicht vgl. *Blind*, aus medienrechtlicher Perspektive *Kohl*, beide in: Kohl, Vielfalt im Rundfunk, 43 (55 ff.) bzw. 63 (67); aA, weil nur auf ersteres rekurrend *Pukall*, Meinungsvielfalt, 69, die sich bei ihrer Einschätzung zudem ersichtlich von den Anpreisungen der zum damaligen Zeitpunkt den Markteintritt vorbereitenden Premiere AG („Klasse statt Masse“) hat leiten lassen.

¹⁰⁹² Jedenfalls die Veranstaltung privaten Rundfunks stellt eine auf die Erhaltung des Lebensunterhalts gerichtete Tätigkeit, mithin einen Beruf dar, auf dessen Schutz durch Art. 12 GG sich die Rundfunkveranstalter über Art. 19 Abs. 3 GG berufen können; vgl. *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5, Rn. 115; *Degenhart*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 765; *Jarass*, Ordnung des Rundfunks, Gutachten zum 56. DJT, G 30; *Bethge*, Zulassung, 95 f., 119 f. Die Eigentumsfreiheit ist etwa im Hinblick auf die Nutzung der zur Veranstaltung von Rundfunk erforderlichen Produktionsmittel einschlägig; zum Verhältnis von Rundfunk- und Eigentumsfreiheit vgl. *Diesbach*, Pay-TV, 182.

¹⁰⁹³ Vgl. *Lehrke*, Pluralismus, 62.

¹⁰⁹⁴ Vgl. *Benda*, in: Vaubel/Barbier, Hdb. Marktwirtschaft, 144 ff.

¹⁰⁹⁵ Zu Anreizsystemen im Rundfunk vgl. *Seufert*, in: Kohl, Vielfalt im Rundfunk, 134 (139), der insoweit von einer „Überproduktion“ spricht; zum britischen Modell des „Public Service Publisher“, das staatliche Zahlungen an Programmveranstalter vorsieht, die einen gesellschaftlichen Mehrwert bzw. Public Value schaffen, vgl. *Holz-nagel/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 397. Vgl. auch *Holz-nagel*, NJW 2002, 2351 (2355), wonach ein subventionsgesteuertes Anreizsystem unter gleichzeitiger Abschaffung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – mit „wenig ermutigenden“ Ergebnissen – bspw. in Neuseeland eingeführt worden ist; eine Anreizregulierung ablehnend auch *Gersdorf*, MMR-Beil. 2012, 1 (6 f.).

Aufgrund der Doppelnatur des Rundfunks prallen anlässlich der Frage des richtigen Regulierungsmodells für den Rundfunk wirtschaftsrechtliche und medienrechtliche Sichtweisen aufeinander. Beide Sichtweisen starten von diametral gegensätzlichen Ausgangspunkten.¹⁰⁹⁶ Während aus wirtschaftsrechtlich-marktliberaler Sicht die Vermutung gilt, dass der Markt solange funktioniert bis das Gegenteil bewiesen ist, ist die Beweislast aus medienjuristischer Sicht bislang dahingehend umgekehrt, dass der Rundfunk erst dann in Gänze dem Markt überlassen werden kann, wenn nachgewiesen ist, dass auch ein solcher Zustand zur Erreichung des notwendigen Maßes an Vielfalt führen würde.¹⁰⁹⁷ Beispielhaft sei dieser Befund anhand der Korrelation zwischen Angebots- und Meinungsvielfalt dargestellt: Aus wirtschaftlicher Sicht bedeutet ein Mehr an Fernsehprogrammveranstaltern automatisch eine Zunahme von Vielfalt; gleiches gilt für die Anzahl der von diesen Veranstaltern angebotenen Programmen – je mehr Programme, desto mehr Vielfalt. Von diesem quantitativen Modell unterscheidet sich der medienrechtliche Ansatz durch die Betonung einer qualitativen Komponente, wonach „Vielzahl“ nicht gleichbedeutend ist mit „Vielfalt“. Aus medienjuristischer Perspektive bedarf es folglich des Modells einer Medienordnung, die – zunächst einmal unabhängig von der quantitativen Vielzahl der Angebote – zur Gewährleistung qualitativ-inhaltlicher Vielfalt geeignet ist.

b. Interne vs. externe Vielfaltssicherung

Die gesetzliche Etablierung eines bzw. mehrerer Ordnungsmodelle für den Rundfunk wird vom Bundesverfassungsgericht nicht um seiner Selbstwillen gefordert. Bei der Einführung eines solchen Modells handelt es sich vielmehr um die Umsetzung des dem Gesetzgeber auferlegten Auftrags, durch materielle, organisatorische und prozedurale Regelungen sicherzustellen, der Vielfalt der Meinungen in möglichst umfassender Breite und Vollständigkeit zum Ausdruck zu verhelfen und dadurch umfassende Information zu ermöglichen.¹⁰⁹⁸ Das oder die Ordnungsmodelle dienen folglich als Rahmen der Ausgestaltung der zu diesem Zweck geforderten positiven Ordnung und sind mithin mit dem materiellen Ziel möglichst umfassender Meinungsvielfalt rückgekoppelt.

¹⁰⁹⁶ Exemplarisch *Blind* einer-, *Kohl* andererseits, beide in: Kohl, Vielfalt im Rundfunk, 43 ff. bzw. 63 ff.

¹⁰⁹⁷ Vgl. Kohl, in: Ders., Vielfalt im Rundfunk, 63 (65 ff.).

¹⁰⁹⁸ Vgl. BVerfGE 57, 295 (320 f.); 73, 118 (153); ZUM 1999, 327 (330). Hierbei handelt es sich im Übrigen nicht um einen auf die Nachkriegsära beschränkten Ansatz. Bereits zu Zeiten der Weimarer Republik existierten Ausschüsse, die über die Einhaltung von Richtlinien zur Programmgestaltung wachten, sowie Beiräte, die mit kulturellen Fragen befasst waren, vgl. BVerfGE 12, 205 (208, 232 ff.).

Dem Gesetzgeber wird durch die Rundfunkfreiheit kein bestimmtes Organisationsmodell vorgeschrieben, er hat sich vielmehr selbst für ein Modell zu entscheiden, solange dieses dem obigen Zweck – freie, umfassende und wahrheitsgemäße Meinungsbildung zu gewährleisten – Rechnung trägt.¹⁰⁹⁹ Darüber hinaus ist aus Gründen der Rundfunkfreiheit grundsätzlich auch nichts dagegen einzuwenden, wenn der Gesetzgeber verschiedene Modelle miteinander kombiniert oder Elemente eines Modells in ein anderes inkorporiert.¹¹⁰⁰ Ferner bindet sich der Gesetzgeber durch die Wahl eines bestimmten Modells der Rundfunkorganisation nicht für alle Ewigkeit an dieses einmal gewählte Modell. Aus der Aufgabe der effektiven Sicherung formeller und materieller Meinungsvielfalt folgt, dass der Gesetzgeber in der Lage sein muss, auf wechselnde tatsächliche Rahmenbedingungen auch dadurch zu reagieren, dass er die bisherige Organisationsform des Rundfunks überdenkt und gegebenenfalls entsprechend anpasst.¹¹⁰¹ Ihre Grenze findet diese Abänderungsbefugnis dort, wo sie vom Gesetzgeber zum Einfluss auf die publizistische Programmgestaltung missbraucht wird.¹¹⁰²

Im Wesentlichen haben sich zwei gegensätzliche Modelle etabliert, mit denen materielle Vielfalt im Wege des Organisationspluralismus gewährleistet werden kann.¹¹⁰³

i. Interne Vielfaltssicherung: Der Binnenpluralismus

Das ursprüngliche Modell rundfunkrechtlicher Vielfaltsgewährleistung, das sog. binnenpluralistische Ordnungsmodell, stellt als Bezugsobjekt den einzelnen Rundfunkveranstalter in den Fokus der Vielfaltssicherung. Jeder Rundfunkveranstalter für sich betrachtet muss darin das für den Gesamtrundfunk notwendige Maß an Meinungsvielfalt gewährleisten. Entwickelt worden ist es vor dem Hintergrund der staatstragenden Bedeutung des Rundfunks als Vorleis-

¹⁰⁹⁹ Sog. Grundsatz der Organisationsfreiheit, vgl. BVerfGE 57, 295 (321 f., 324); 73, 118 (187); 74, 297 (324); 83, 238 (296, 316); 90, 60 (94); 97, 228 (267). Diese Freiheit bei der modellartigen Ausgestaltung einer Rundfunkordnung korrespondiert mit einer Verpflichtung des Gesetzgebers, von dieser Wahlfreiheit positiv Gebrauch zu machen. Da die Auswahl eines Ordnungsmodells für den Rundfunk eine wesentliche Frage im Sinne der Wesentlichkeitstheorie darstellt, darf sie nicht den Rundfunkveranstaltern überlassen werden, vgl. BVerfGE 83, 238 (309 f.).

¹¹⁰⁰ BVerfGE 83, 238 (308, 316); vgl. auch *Lerche*, in: Kohl, Freiheit des Rundfunks, 51 ff.; *Gersdorf*, Kabelein- speisung, 165.

¹¹⁰¹ Vgl. BVerfG ZUM 1999, 327 (330).

¹¹⁰² *Ritlewski*, Pluralität, 74 f., folgert aus der Verschränkung der objektiv-rechtlichen, organisatorischen Ausgestaltungsaufgabe der Legislative mit der subjektiv-rechtlichen Programmautonomie der Veranstalter, dass an eine komplette Neuordnung der Rundfunkorganisation die höchsten Anforderungen zu stellen seien. BVerfG ZUM 1999, 327 (330), wonach ein Missbrauch durch Organisationsänderung regelmäßig dann ausscheidet, „wenn die Änderung einen gewichtigen sachlichen Anlass hat, in die bisherige Organisation intensiv eingreift und so dringlich ist, daß das Ende der Amtsperiode nicht ohne Gefährdung des sachlichen Reformanliegens abgewartet werden kann“ (Hervorhebung d. Verf.), verleitet eher zur gegenteiligen Auffassung, wonach sich eine komplette Neuordnung als intensivste Form des Eingriffs in die bisherige Organisation weniger strengen Anforderungen ausgesetzt sieht.

¹¹⁰³ Zu einem dritten, dem sog. kooperativen Rundfunkmodell vgl. BVerfGE 83, 238 (308).

tungsinstanz demokratischer Willensbildung für das anfänglich bestehende öffentlich-rechtliche Rundfunkmonopol.¹¹⁰⁴

Strukturell weist das binnenpluralistische Ordnungsmodell sowohl einen inhaltlichen als auch einen organisatorischen Aspekt auf, wobei diese beiden Aspekte in einem unmittelbaren Bedingungs Zusammenhang zueinander stehen.

Um das inhaltlich notwendige Maß an Meinungsvielfalt sicherzustellen und somit der bestehenden Vielfalt in der Gesellschaft tatsächlich Rechnung tragen zu können, sind die Rundfunkveranstalter binnenpluralistisch zu organisieren. Zu diesem Zweck ist jeder Rundfunkveranstalter mit einem kollegialen Organ als Instrument der Vielfaltssicherung zu versehen, welches sich personell aus einem angemessenen Verhältnis von Vertretern der maßgeblichen gesellschaftlichen, politischen und weltanschaulichen Interessen- und Meinungsgruppen rekrutiert.¹¹⁰⁵ Ihrer Aufgabe, der Offenhaltung des Meinungsbildungsprozesses durch die Sicherstellung der Berücksichtigung aller am Rundfunk Interessierten,¹¹⁰⁶ können die Mitglieder dieses Organs allerdings nur dann nachkommen, wenn sie vermittelt durch ihre Organrechte mit effektivem Einfluss auf die Gesamtprogrammgestaltung ausgestattet werden.¹¹⁰⁷ Folglich bedarf es ausgestaltender gesetzlicher Regelungen, die Vorgaben für die organisationsrechtliche Struktur der Rundfunkveranstalter kodifizieren und deren inhaltlichen Einfluss absichern. Wenn auch der Gesetzgeber im Hinblick auf die Bestimmung des Kriteriums der gesellschaftlichen Relevanz einer Gruppe und damit auf die Berücksichtigung dieser Gruppe innerhalb des pluralen Gremiums ein Spielraum genießt,¹¹⁰⁸ hat er doch dafür Sorge zu tragen, dass der Einfluss dieses Gremiums in seiner Gesamtheit auf die Programmgestaltung des Rundfunkveranstalters über bloß beratende und empfehlende Tätigkeiten hinausgeht, denn nur so kann das Gremium seine Funktion, die publizistischen Interessen der Allgemeinheit gegenüber den ökonomischen Zielsetzungen der Veranstalter durchzusetzen, wirkungsvoll zur Entfaltung bringen.¹¹⁰⁹ Vermittelt wird dieser Einfluss insbesondere dadurch, dass dem pluralen Gremium personelle Entscheidungen, der Erlass von Programmrichtlinien sowie haus-

¹¹⁰⁴ Vgl. *Vesting*, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 219 (229 ff.), der angesichts der Vielzahl von Meinungsrichtungen in einer pluralistischen Gesellschaft die besondere Bedeutung sowohl der Parteien als auch – auf einer anderen Stufe – der Massenmedien in der „Alternativenreduktion“ im Sinne einer „Vorstrukturierungsleistung“ zur Erreichung staatlicher Einheit sieht.

¹¹⁰⁵ Erstmals BVerfGE 12, 205 (261 f.); ausführlich zur organisatorischen Zusammensetzung der Rundfunkanstalten *Ritlewski*, Pluralismus, 130 ff.; *Hahn*, Aufsicht, 40 ff.

¹¹⁰⁶ Zur Funktion des Rundfunkrats als „Sachwalter der Interessen der Allgemeinheit“ vgl. BVerfGE 60, 53 (65 ff.), woraus, *inter alia*, die Weisungsungebundenheit der einzelnen Rundfunkratsmitglieder folgt.

¹¹⁰⁷ Vgl. BVerfGE 57, 295 (325); 83, 238 (326, 334).

¹¹⁰⁸ BVerfGE 83, 238 (334). Seine Grenze findet dieser Spielraum dort, wo das Kontrollgremium aufgrund einer „grob einseitigen“ Zusammensetzung nicht mehr als zur Sicherung der Meinungsvielfalt angesehen wird.

¹¹⁰⁹ BVerfGE 57, 295 (331).

haltsrechtliche Befugnisse überantwortet werden.¹¹¹⁰ Damit handelt es sich bei dem pluralen Gremium um eine Kontrollinstanz, die ihren Einfluss in Richtung eines vielfältigen Programms nur mittelbar entfaltet, indem sie die Arbeit der für die Programmgestaltung zuständigen Personen überwacht. Das plurale Gremium ist demgegenüber nicht dazu berufen, selbst unmittelbaren Einfluss auf die Programmgestaltung zu nehmen.¹¹¹¹

Aus fernsehökonomischer Perspektive erweist sich ein binnenpluralistisches Rundfunkmodell gerade im Falle einer begrenzten Anzahl verfügbarer Kanäle als zur Vielfaltssicherung besonders effektiv.¹¹¹² Folglich etablierte sich in den von der oben beschriebenen Frequenzknappheit gekennzeichneten Anfangsjahren der bundesrepublikanischen Rundfunkordnung – vom Bundesverfassungsgericht gebilligt¹¹¹³ – ein binnenpluralistisch strukturiertes, öffentlich-rechtlich organisiertes Rundfunkmodell.¹¹¹⁴ Für ein Monopol aus pluralistischer und wettbewerbsrechtlicher Sicht überraschend, führt diese Kombination zu einem hohen Maß an Vielfalt, weil die Veranstalter aufgrund ihrer überwiegenden Finanzierung aus Gebührengeldern nicht auf maximale Reichweiten angewiesen sind, sodass es insbesondere nicht zwingend zur Entstehung von Nachahmungseffekten im Sinne einer Angebotsangleichung kommt, die charakteristisch für frei am Markt agierende Veranstalter ist. Durch die mit der öffentlich-rechtlichen Verfasstheit der Anbieter einhergehende Überantwortung der Rundfunkveranstaltung an die Allgemeinheit wird von vornherein der sonst übliche Interessengegensatz zwischen Veranstalter (Gewinnmaximierung insbesondere durch produktionskostenreduzierende Maßnahmen) und Zuschauer (Angebotsmaximum) vermieden.

In diesem von wirtschaftlichen Zwängen weitgehend befreiten Biotop konnten sodann die pluralistischen Gremien¹¹¹⁵ der öffentlich-rechtlichen Veranstalter ihrer vielfaltssichernden Funktion nachkommen. Obgleich das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, dass eine binnenpluralistische Struktur keineswegs auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk beschränkt ist, sondern aus verfassungsrechtlicher Sicht keine Bedenken dagegen bestehen auch die private Rundfunkveranstaltung binnenpluralistisch auszuformen,¹¹¹⁶ darf gleichwohl bezweifelt

¹¹¹⁰ BVerfGE 73, 118 (170). Die wichtigste Aufgabe ist die Intendantenwahl, vgl. z. B. § 26 ZDF-StV.

¹¹¹¹ So ausdrücklich BVerfGE 60, 53 (66); vgl. bspw. auch § 18 Abs. 2 NDR-StV, wonach dem Rundfunkrat die Kontrolle einzelner Sendungen vor ihrer Ausstrahlung ausdrücklich untersagt ist.

¹¹¹² Vgl. dazu *Blind*, in: Kohl, Vielfalt im Rundfunk, 43 (47), die allerdings Binnenpluralismus mit Rundfunkveranstaltung in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft gleichsetzt.

¹¹¹³ Vgl. BVerfGE 12, 205 (262), wobei das Gericht bei dieser Beurteilung insbesondere die damaligen kapazitätstechnischen Gegebenheiten heranzieht und geradezu beschwichtigend feststellt, dass die Rundfunkfreiheit nicht zwingend ein öffentlich-rechtliches Monopol fordert; ferner BVerfGE 31, 314 (328 f.).

¹¹¹⁴ Dies hat dazu geführt, dass binnenpluralistische Organisationsform sowie öffentlich-rechtliche Trägerschaft fälschlicherweise allzu oft als zwingend interdependente Strukturmerkmale wahrgenommen werden.

¹¹¹⁵ Die Bezeichnungen variieren: Rundfunk-, Fernseh- bzw. Hörfunkrat.

¹¹¹⁶ Vgl. BVerfGE 57, 295 (325); 83, 238 (325); angedeutet bereits in BVerfGE 12, 205 (262 f.); *Pukall*, Meinungsvielfalt, 63, folgert daraus, dass es ein Verfassungsgebot im Sinne zwingender Existenz öffentlich-

werden, dass sich diese Struktur auch außerhalb des von wirtschaftlichen Zwängen befreiten Biotops des öffentlich-rechtlichen Rundfunks praktisch verwirklichen ließe.¹¹¹⁷ Das programmliche Mitspracherecht des pluralistisch besetzten Gremiums würde den Kern privater Rundfunkveranstaltung treffen.¹¹¹⁸ Insofern erscheint der Gegensatz zwischen gemeinwohlorientierter, binnenpluralistischer Vielfaltskontrolle und gewinnorientierter, privater Rundfunkveranstaltung als kaum überwindbar. Anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn auch die privaten Veranstalter stärker zugunsten der Allgemeinheit in die Pflicht genommen würden, was allerdings ohne eine grundlegende Reform der Rundfunkfinanzierung aus den soeben genannten Gründen kaum denkbar ist. Denn eine stärker akzentuierte Gemeinwohlabindung der Privaten wäre schon aufgrund des Prinzips der praktischen Konkordanz kaum realisierbar, ohne dass sie zugleich durch Partizipation am Rundfunkgebührenaufkommen von der ihnen grundsätzlich obliegenden Finanzierungslast befreit werden würden.

ii. Externe Vielfaltssicherung: Der Außenpluralismus

Dieser gegensätzlichen Interessenlage trägt das außenpluralistische Modell Rechnung, indem es einen Ordnungsrahmen schafft, der die Gewährleistung des notwendigen Maßes an Meinungsvielfalt mit der Möglichkeit wirtschaftlicher Betätigung eines privaten Rundfunkveranstalters in Einklang zu bringen versucht. Es wählt dazu einen gegenüber dem Binnenpluralismus abweichenden Ansatz, indem als Bezugsgröße für die Erreichung der im Gesamtsystem Rundfunk, als der Masse aller verfügbaren privaten Rundfunkangebote, notwendigen Vielfalt nicht jeder einzelne Veranstalter, sondern die Gesamtheit aller Veranstalter bzw. das verfügbare Gesamtprogramm in den Blick genommen wird. Danach muss nicht jedes Einzelprogramm bzw. jeder Veranstalter ein bestimmtes Maß an Vielfalt aufweisen, ausreichend ist, dass alle Programme in ihrer Gesamtheit die von der Rundfunkfreiheit geforderte Meinungsvielfalt gewährleisten. Die Schaffensfreiheit jedes einzelnen Veranstalters ist nur insoweit eingeschränkt, als er zu *„sachgemäßer umfassender, wahrheitsgemäßer Information und ei-*

rechtlichen Rundfunks nie gegeben hat. Dem ist zuzugeben, dass die heutige verfassungsrechtliche Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks weniger originär in der Verfassung angelegt ist, als vielmehr ein Produkt der tatsächlichen Entwicklung, insbesondere der Etablierung des dualen Rundfunksystems ist.

¹¹¹⁷ AA wohl *Schuster*, Meinungsvielfalt, 142; wie hier *Pukall*, Meinungsvielfalt, 84. Allerdings sahen anfänglich einige Landesmediengesetze binnenplurale Elemente auch für privaten Rundfunkveranstalter vor, so etwa das Landesrundfunkgesetz NRW 1987, wobei diese ihren Schwerpunkt weniger auf den strukturell-organisatorischen als vielmehr auf den inhaltlichen Aspekt interner Vielfaltssicherung legten. Das BVerfG hat daran in seiner Entscheidung zum nordrhein-westfälischen Rundfunkrecht keinen Anstoß genommen, sondern dies ausdrücklich als zulässige Ausgestaltung bewertet, vgl. E 83, 238 (320).

¹¹¹⁸ Vgl. deutlich BVerfGE 121, 30 (50 f.); vorsichtiger noch BVerfGE 73, 118 (171).

*nem Mindestmaß an gegenseitiger Achtung*¹¹¹⁹ verpflichtet ist. Folglich variiert auch der Ausgestaltungsauftrag des Gesetzgebers, verbindliche Leitgrundsätze aufzustellen: Während sich diese Vorgaben im Falle des Binnenpluralismus zwingend auf die innere Struktur jedes einzelnen Programmveranstalters beziehen, bedarf es im Falle des Außenpluralismus nicht der Ausgewogenheit eines jeden einzelnen Programmes, sondern nur des Gesamtprogramms aller Veranstalter in seiner Gesamtheit,¹¹²⁰ sodass sich einzelne Veranstalter im Grundsatz keinen gesetzlichen Anforderungen an ihren organisatorischen Aufbau ausgesetzt sehen. Stattdessen existieren mit den Landesmedienanstalten externe Aufsichtsgremien, welche – insoweit analog der öffentlich-rechtlichen Rundfunkräte – im Sinne eines Treuhänders über die Einhaltung der Anforderungen an das Gesamtprogramm aller Veranstalter wachen. Diese Aufsichtsgremien sind der Sache nach einheitlich, in der Terminologie jedoch divergierend, mit Vertretern der gesellschaftlichen Gruppen plural besetzt, um auch im Fall außenpluralistischer Vielfaltssicherung eine Beteiligung der Gesellschaft als medienrechtlichem Souverän zu erreichen.¹¹²¹ Der Aufgabenbereich der Landesmedienanstalten erstreckt sich über sämtliche Teilaspekte der Vielfaltssicherung; er umfasst grundlegende Aufgaben wie die Auswahl und Lizenzierung von Rundfunkveranstaltern, die Konzentrationskontrolle und insbesondere die medienrechtliche Überwachung des Plattformbetriebs.

Im Falle externer Vielfaltssicherung reduzieren sich zwar die materiellen Pluralismusanforderungen denen die einzelnen Veranstalter gerecht zu werden haben, auch beschränkt sich die laufende Vielfaltskontrolle der Landesmedienanstalten auf die Gewährleistung eines „*Grundstandards gleichgewichtiger Vielfalt*“¹¹²², gleichwohl hat das Gesamtsystem der außenpluralistisch organisierten Veranstalter nach einem möglichst hohen Maß gleichgewichtiger Vielfalt zu streben, woran sich sowohl der Gesetzgeber als auch die Landesmedienanstalten bei der Auswahl und Zulassung von Veranstaltern zu orientieren haben.¹¹²³ Dieses Organisationsmodell lebt zu wesentlichen Teilen von der Vorstellung, dass es nur des Erreichens einer bestimmten Anzahl miteinander konkurrierender Veranstalter bedarf, damit der sich zwischen diesen Veranstaltern einstellende Wettbewerb von sich aus zur notwendigen Ange-

¹¹¹⁹ BVerfGE 12, 205 (263); 57, 295 (325 f.); 73, 118 (199); vgl. dazu *Hoffmann-Riem*, AöR 109 (1984), 304 (322 ff.).

¹¹²⁰ BVerfGE 57, 295 (326).

¹¹²¹ Folglich verfügt auch das außenpluralistische Modell über deutliche binnenpluralistische Elemente; vgl. dazu auch *Vesting*, K&R 2000, 161 (163); *ders.*, Prozedurales Rundfunkrecht, 168 ff.; ausführlich zur Organisation der Landesmedienanstalten vgl. Ritlewski, Pluralismus, 113 ff, auch m. w. N. zum Streitstand.

¹¹²² Vgl. BVerfGE 73, 118 (159 f.); vgl. auch 83, 238 (316).

¹¹²³ Vgl. BVerfGE 73, 118 (159).

bots- und Meinungsvielfalt führt.¹¹²⁴ Hierfür mag zwar sprechen, dass Rundfunkveranstalter im Wettbewerb untereinander daran gelegen sein kann, sich im Wege der Diversifizierung ihrer Angebotspalette einen Vorsprung gegenüber Mitbewerbern zu verschaffen, gleichwohl sprechen Risikovermeidungsstrategien, die sich anhand von Duplizierungseffekten im Sinne einer Programmgestaltung nach dem Grundsatz „bekannt und bewährt“ beschreiben lassen, gegen einen ausnahmslosen positiven und vielfaltserweiternden Effekt privatwirtschaftlichen Wettbewerbs.

c. Das duale System als Rundfunkorganisationsmodell *de lege lata*

Es ist bereits verschiedentlich angeklungen, dass sich der Gesetzgeber nicht für eines der vorstehend beschriebenen formell-organisatorischen Konzepte entschieden hat, sondern mit dem sog. dualen System eine Kombination binnen- und außenpluralistischer Vielfaltssicherung implementiert hat. Dieses System beruht als Gesamtsystem linearen Rundfunks in Deutschland auf der Interdependenz der öffentlich-rechtlich organisierten, binnenplural strukturierten und der privatrechtlich organisierten, außenplural strukturierten Teilrundfunksysteme.¹¹²⁵ Während im Hinblick auf die beiden Teilrundfunksysteme unterschiedliche Anforderungen in puncto Pluralität gemacht werden, hat das Gesamtsystem linearer Rundfunk die verfassungsrechtlich geforderte Vielfalt im umfassenden Sinne sicherzustellen („gleichgewichtige Vielfalt“).

i. Das Konzept des dualen Systems

Während die Rundfunklandschaft Deutschlands bis in die achtziger Jahre zugunsten der öffentlich-rechtlichen Sender monopolisiert war, trat im Januar 1984 mit RTL Plus das erste Fernsehprogramm in Privatbetrieb auf den Plan. Nur ein Jahr später nahm mit Sat.1 ein weiterer privater Veranstalter seine Sendetätigkeit auf. Der Zulassung privater Veranstalter als Ergänzung des öffentlich-rechtlichen Angebots lag das Motiv zugrunde, auch im Rundfunkbereich wettbewerbliche Elemente im Sinne der liberalen Wirtschaftsordnung zu implementieren, die für ein Mehr an Vielfalt sorgen sollten. Ende 1986 erhielt das Bundesverfassungsgericht die Gelegenheit, im Rahmen seiner vierten Rundfunkentscheidung zu der neuen Konstellation des Nebeneinanders öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunks erstmals Stellung zu

¹¹²⁴ So auch *Ritlewski*, Pluralismus, 29, der ein Höchstmaß an Themenpluralität am ehesten durch größtmögliche Anbieterpluralität gewährleistet sieht, und sich aus diesem Grund kritisch zur binnenpluralen Organisation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks positioniert.

¹¹²⁵ Vgl. BVerfGE 73, 118 (157, 171); 83, 238 (296 f.); 90, 60 (90).

beziehen. Der Entscheidung lag eine überwiegend positive Einschätzung des dualen Systems zugrunde, da sich das Gericht durch das Hinzutreten privater Veranstalter zu dem bis dato existierenden öffentlich-rechtlichen Monopol nicht nur ein Mehr an Programmen und damit inhaltlicher Vielfalt sondern auch die Entstehung publizistischen Wettbewerbs zwischen den beiden Säulen, mithin eine Stärkung der Meinungsvielfalt versprach.¹¹²⁶ Durch das Hinzutreten privater Akteure sollte die Entwicklung neuartiger und innovativer, sich von den bis dato allein existierenden öffentlich-rechtlichen Angeboten unterscheidende Inhalte und Sendungsformate ermöglicht werden, verbunden mit einer dadurch bedingten Aktivierung des Innovationspotenzials der öffentlich-rechtlichen Anbieter. Die in dieser Entscheidung zum Ausdruck gebrachten grundsätzlichen Wertungen flossen sodann in den Staatsvertrag zur Neuordnung des Rundfunkwesens ein, der durch die Länder im Jahre 1987 verabschiedet wurde.

Im Gesamtsystem linearen Rundfunks kommt dem binnenplural, öffentlich-rechtlichen Teilsystem die Grundversorgungsaufgabe zu.¹¹²⁷ Dieser Terminus beschreibt die Funktion, die das Bundesverfassungsgericht dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zuspricht: die Veranstaltung eines Rundfunkangebots, welches den verfassungsrechtlichen Vielfaltsanforderungen im Sinne „*der essentiellen Funktionen des Rundfunks für die demokratische Ordnung ebenso wie für das kulturelle Leben in der Bundesrepublik*“¹¹²⁸ in vollem Maß gerecht wird. Hierzu gehören, neben der Empfangbarkeit öffentlich-rechtlicher Angebote für die Gesamtbevölkerung (Must-Carry), ein vielfältiges Programm sowie in inhaltlich-thematischer Hinsicht die Wahrnehmung des klassischen Rundfunkauftrags wie er Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zugrunde liegt. Damit ist die Idee des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als sog. *Public Service* umrissen.¹¹²⁹

¹¹²⁶ BVerfGE 74, 297 (324 f., 332); vgl. auch 114, 371 (387).

¹¹²⁷ Vgl. dazu ausführlich *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 238 ff.; aus der rundfunkrechtlichen Literatur *Herrmann/Lausen*, Rundfunkrecht, § 7, Rn. 88 ff. Der Begriff der Grundversorgung wurde erstmals in BVerfGE 73, 118 (157 f.) verwendet; der dahinterstehende Gedankengang fand jedoch bereits in BVerfGE 35, 202 (222), Anklang. In der neueren Judikatur wird der Begriff der Grundversorgung durch denjenigen des Funktionsauftrags ersetzt. Dieser Funktionsauftrag umfasst nach BVerfGE 119, 181 (218), neben der Rolle des Rundfunks für die Meinungs- und Willensbildung, Unterhaltung und Information sowie dessen kulturelle Verantwortung. Er ist inhaltlich weiter, da er sowohl die gebotene Grundversorgung als auch eine nicht verbotene öffentlich-rechtliche Ergänzungsversorgung überspannt; vgl. dazu *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 177 ff.

¹¹²⁸ BVerfGE 73, 118 (158).

¹¹²⁹ Das Public-Service-Konzept des Rundfunks ist in seinem Ursprung in Deutschland wesentlich von den Alliierten nach dem Zweiten Weltkrieg beeinflusst worden; insbesondere die Briten legten den Rundfunkveranstaltern in ihren Besatzungszonen dieses Konzept nach dem Vorbild der BBC zugrunde. Zur Überprüfung, ob der öffentlich-rechtliche Rundfunk dieser Aufgabe inhaltlich-qualitativ nachkommt, schlagen *Elitz/Stammler*, Selbstverpflichtung und Medienqualität, AP Köln, Nr. 217, 11 f., folgende Kriterien vor: (1) Grad thematischer Vielfalt; (2) Art der Inhaltegenerierung; (3) inhaltlich-professionelles Qualitätsniveau; (4) qualitative Akzeptanz (Verständlichkeit, Glaubwürdigkeit, Relevanz); (5) Einhaltung medienethischer Standards; (5) Provokationspotenzial; ausführlich zu Qualitätsparametern bei der inhaltlichen Bewertung von Rundfunkprogrammen *Kammann/Jurkuhn/Wolf*, Im Spannungsfeld, 133 ff. Jeder qualitativen Bewertung wohnt indes ein hohes Maß subjek-

Demgegenüber trägt das Gericht dem der privatwirtschaftlichen Betätigung inhärenten Moment der Eigennützigkeit Rechnung, indem es feststellt, dass an die Ausgewogenheit des privaten Rundfunks, obwohl auch dessen Veranstalter als „Diener“ des Meinungsbildungsprozesses angesehen werden, keine Anforderungen gestellt werden dürfen, die seine Veranstaltung im Ergebnis erschweren oder unmöglich machen.¹¹³⁰ Diese verringerten Anforderungen an die Ausgewogenheit der privatrechtlichen Säule seien jedoch nur unter der Voraussetzung der Wahrnehmung des Grundversorgungsauftrags durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zulässig. Folglich stehen die Erfüllung der dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zugedachten Aufgabe durch diesen sowie die Gewährleistung seiner Existenz in einem normativen Akzessorietätsverhältnis mit der grundsätzlichen Zulässigkeit privaten Rundfunks.¹¹³¹ Mit anderen Worten ist der öffentlich-rechtliche Rundfunk dazu verpflichtet, das Höchstmaß des gesamtgesellschaftlichen Nutzens des Rundfunks unter Berücksichtigung externer Effekte zu gewährleisten und damit etwaige systemimmanente Defizite¹¹³² des privaten Rundfunks aufzuwiegen, während den privaten Veranstaltern erlaubt wird, den eigenen Nutzen, respektive den individuellen Nutzen des Zuschauers bzw. der Werbekunden in den Blick zu nehmen.¹¹³³ Gleichwohl folgt bislang aus den differenzierten Vielfaltsanforderungen an beide Säulen weder eine inhaltlich-thematische noch eine Beschränkung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf eine Art von Mindestversorgung der Bevölkerung mit anspruchsvollen und informativen Inhalten, ebenso wenig muss das Feld der Unterhaltung den Privaten überlassen werden muss.¹¹³⁴

Um seiner Aufgabe als meinungsvielfaltswahrendem Korrektiv im Sinne einer Grundversorgung nachkommen zu können, ist der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch das Bundesverfassungsgericht mit einer Bestands- und Entwicklungsgarantie ausgestattet worden. Wäh-

tiven Wertens inne, dies gilt auch und gerade für die Qualität von Rundfunkprogrammen als „Geschmacksgut“ (*Never*, Meinungsfreiheit, 167).

¹¹³⁰ Vgl. BVerfGE 73, 118 (157); 83, 238 (297, 311); dies bedeutet allerdings weder die Hinnehmbarkeit gravierender Mängel (BVerfGE 73, 118 [158 f.]) noch eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Absenkung der Vielfaltsanforderungen an private Veranstalter (BVerfGE 83, 238 [316]); Zielvorgabe ist „*ein möglichst hohes Maß gleichgewichtiger Vielfalt*“ (BVerfGE 73, 118 [159]).

¹¹³¹ Vgl. BVerfGE 73, 118 (157 ff.); 83, 238 (297, 306); 87, 181 (199); 90, 60 (90 f.); zur Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als „*Garant*“ der Vorgaben der Rundfunkfreiheit vgl. *Dörr*, MP 2005, 333 (340).

¹¹³² Zu den sog. Programmstruktureffekten des werbefinanzierten Fernsehens gehören bspw. eine vereinfachende und boulevardisierende Darstellung, vgl. *Kops*, Publizistische Vielfalt als Public Value?, AP Köln, Nr. 265, 9; zugespitzt zur „*Verblödung*“ und „*Plattheit*“ des Privatfernsehens *Stock*, Reformbedarf im dualen Rundfunksystem, AP Köln, Nr. 204, 5; die vielfaltsgefährdenden Effekte des Pay-TV folgen aus der Gefahr des Ausschlusses von Personen, denen es an der für den Empfang notwendigen Zahlungsfähigkeit mangelt.

¹¹³³ Vgl. *Kops*, Soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Nachfrage seiner Zuhörer und Zuschauer korrigieren?, AP Köln, Nr. 196, 16, der vom privaten als Wirtschaftsgut und vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk als Kulturgut spricht; zur „*treuhänderische Aufgabe*“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks *Dörr*, in: Kohl, Vielfalt im Rundfunk, 184 (187); *Hesse*, Rundfunkrecht, Kap. 1, Rn. 93, bezeichnet dies als „*Junktim*“.

¹¹³⁴ Vgl. BVerfGE 74, 297 (325); 83, 238 (297 f.); 87, 181 (199).

rend durch die Bestandsgarantie die „Grundversorgung der Bevölkerung durch die Gewährleistung der erforderlichen technischen, organisatorischen, personellen und finanziellen Voraussetzungen für den öffentlichrechtlichen Rundfunk“ sichergestellt werden soll,¹¹³⁵ dient die Entwicklungsgarantie der zukunftsgerichteten Absicherung des Fortbestands der dualen Rundfunkordnung.¹¹³⁶ Letztere Garantie umfasst neben einem technischen auch einen programmlichen Aspekt. So ist es den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erlaubt, sich tatsächlichen Entwicklungen im Bereich der Rundfunktechnik anzupassen und neue Übertragungstechniken und Verbreitungswege zum Gegenstand der Grundversorgung zu machen; er genießt wie gesehen ein gesetzlich abgesicherte Bevorzugung bei der Versorgung mit Übertragungskapazitäten (Must-Carry-Status). In programmlicher Hinsicht soll sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk veränderten Publikumsinteressen anpassen sowie neuen Formen und Inhalten bei der Programmgestaltung bedienen dürfen.

Ihre Grenze findet die Existenzgewährleistung öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der funktionalen Kopplung der Rundfunkfreiheit an den Kommunikations- und Meinungsbildungsprozess. Denn sie bezieht sich alleine auf den Grundversorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, dessen Umfang sich wiederum aus der Funktion des Rundfunks für die Meinungsbildung ergibt.¹¹³⁷ Ist danach allerdings auch der Grundversorgungsbegriff entwicklungs offen und dynamisch zu interpretieren, lässt sich kaum festlegen, wo die Grenzlinie in Sachen Entwicklungsgarantie verläuft. Beide Garantien dienen letztendlich dem Zweck, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk als normativ tragende Säule des Gesamtsystems Rundfunk davor zu schützen, dass er aufgrund von faktischen Entwicklungen in seiner tatsächlichen Bedeutung durch die Veranstalter der privaten Säule verdrängt wird. Betrachtet man diese Existenzgewährleistung im Zusammenhang mit der Gebührenfinanzierung bei gleichzeitiger – wenn auch limitierter – Möglichkeit der Werbefinanzierung, so lässt sich von diesen Privilegien unschwer auf die Bedeutung schließen, die das Bundesverfassungsgericht der öffentlich-rechtlichen Säule zuspricht.

Obgleich die verfassungsrechtliche Zulässigkeit privater Rundfunkveranstaltung in der Konsequenz bedeutet, dass die werbe- und entgeltfinanzierten Veranstalter nicht den gleichen, hohen Vielfaltsanforderungen ausgesetzt werden können wie sie für die öffentlich-rechtlichen, gebührenfinanzierten Anstalten gelten, und letzteren die Grundversorgung überantwortet ist, bedürfe es nach Ansicht des Gerichts zur Verhinderung einer Beeinträchtigung

¹¹³⁵ BVerfGE 83, 238 (298); vgl. ferner bereits 73, 118 (158); vgl. dazu auch die Präambel des RStV, 4. Absatz.

¹¹³⁶ BVerfGE 83, 238 (298 ff.); 90, 60 (91); vgl. hierzu *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts, Rn. 310; *Hoffmann-Riem*, Pay TV, 68 ff.

¹¹³⁷ BVerfGE 83, 238 (299 f.).

des Gesamtangebots durch dessen Defizite einer gesetzlichen Regulierung des privaten Rundfunks selbst dann, wenn die Rundfunkanstalten ihrem Grundversorgungsauftrag in vollem Umfang nachkommen.¹¹³⁸ Trotz oder gerade wegen dieser auf ein Mindestmaß reduzierten Regulierung des privaten Rundfunks kommt den entsprechenden Angeboten aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Bedeutung zu, die nicht über diejenige eines Zusatzangebotes zum öffentlichen-rechtlichen Angebot hinausgeht. Bereits vor diesem Hintergrund drängt sich mithin die Frage auf, ob jedenfalls eine Privilegierung des privaten Rundfunks gegenüber nicht-linearen Angeboten weiterhin gerechtfertigt ist.

ii. Die Akteure des dualen Systems: Rundfunk ≠ Rundfunk

Eine im vorliegenden Zusammenhang überaus bedeutsame Feststellung ist schließlich, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Rundfunkordnung von seiner verfassungsrechtlichen Differenzierungsermächtigung zwischen verschiedenen Dienstarten Gebrauch gemacht hat. Eingang des zweiten Kapitels ist dargelegt worden, dass der Gesetzgeber im Rahmen seines Ausgestaltungsspielraums dazu berechtigt ist, hinsichtlich der Regelungsdichte zwischen dem klassischen Rundfunk und neuartigen Diensten zu differenzieren, sollten letztere eine geringere Relevanz für die Meinungsbildung aufweisen. Von dieser Differenzierungsermächtigung hat der Gesetzgeber auch und gerade im Hinblick auf die organisationsplurale, duale Ordnung Gebrauch gemacht, indem er diese im Grundsatz nur auf lineare audiovisuelle Dienste als Rundfunk in der Diktion des § 2 Abs. 1 RStV (Rundfunk im engeren Sinne) Anwendung finden lässt, obgleich es sich auch bei nicht-linearen audiovisuellen Diensten um Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne (Rundfunk im weiteren Sinne) handelt.¹¹³⁹

Besonders deutlich kommt dies in § 1 Abs. 1 RStV zum Ausdruck, indem es heißt: „*Dieser Staatsvertrag gilt für die Veranstaltung und Verbreitung von Rundfunk in Deutschland in einem dualen Rundfunksystem; für Telemedien gelten nur der IV. bis VI. Abschnitt sowie § 20 Abs. 2.*“ Folglich sind Telemedien kein Teil des „*dualen Rundfunksystems*“ (Hervorhebung d. Verf.) im Sinne des Rundfunkstaatsvertrages, insbesondere unterfallen sie nicht dessen Zulassungs- und Anmeldeverfahren, sondern sind nach § 54 RStV grundsätzlich zulassungs- und anmeldefrei. Ebenso wenig existiert für Telemedien eine die Vielfalt sicherstellende positive

¹¹³⁸ BVerfGE 57, 295 (324); vgl. dazu, dass eine marktgetriebene Regulierung des Werberundfunks nicht zwangsläufig zu Vielfalt führt *Brinkmann*, in: Assmann et. al., Festgabe Kübler, 153 (159 f.); zweifelnd *Kull*, AfP 1981, 378 (382); *ders.*, AfP 1987, 365 (366).

¹¹³⁹ Vgl. oben (Kap. 1, C.II.1.a.).

Ordnung, die Vielfaltsgewährleistung wird vielmehr den Gesetzmäßigkeiten des freien Marktes überantwortet.¹¹⁴⁰ Damit entfällt grundsätzlich auch eine laufende vielfaltssichernde Kontrolle dieser Angebote durch die Landesmedienanstalten. Somit unterfallen Telemedien zwar einer doppelten – bundes- (TMG, GWB) sowie landesrechtlichen (RStV) – Regulierung. Die darin normierte Regelungsdichte erweist sich indes als vergleichbar der Presse und damit als geringer im Vergleich zum Rundfunk.

d. Bewertung

Entsprechend seiner prominenten Funktion als organisatorisches Ordnungsmodell der deutschen Rundfunklandschaft ist das duale System mit seinen binnenpluralen und außenpluralen Säulen Gegenstand einer unüberschaubaren Vielzahl von wissenschaftlichen Stellungnahmen unterschiedlichster Disziplinen; sowohl das System als Ganzes als auch beide Säulen stehen seit jeher im Zentrum kontroverser Diskussion. Diese Diskussion im Einzelnen nachzuzeichnen ist nicht der Anspruch dieser Arbeit und kann dies auch nicht sein. Trotzdem soll nachfolgend eine Bewertung des pluralen Systems und seiner Bestandteile unternommen werden. Wird nämlich der Rundfunk aufgrund seiner vermeintlich größeren Pluralität bei der Kabelbelegung bevorzugt, könnte sich die Annahme größerer Pluralität angesichts der praktisch nur schwer bestimmbar materiellen Vielfalt gerade aufgrund der nur für den einfachgesetzlichen Rundfunk geltenden organisationspluralen Ausgestaltung rechtfertigen. Weist demgegenüber schon die organisationsplurale Ausgestaltung wesentliche konzeptionelle oder praktische Mängel auf, wäre dies ein wesentlicher Anlass, die Privilegierung des Rundfunks bei der Plattformbelegung infrage zu stellen. Dies gilt unabhängig davon, ob und inwieweit die veränderten medientatsächlichen Rahmenbedingungen ein Überdenken des Rundfunkprivilegs zu begründen vermögen.¹¹⁴¹

i. Der Binnenpluralismus

Ausgehend von dem tatsächlichen Umstand, dass eine inhaltliche Konkretisierung der Zielvorstellung Meinungsvielfalt nur schwer möglich ist, hat das Bundesverfassungsgericht

¹¹⁴⁰ Vgl. *Gersdorf*, *Technologieneutraler Rundfunkbegriff*, 9 f., der aus diesem Grund von einer dualen *Medienordnung* aus Rundfunk und Mediendiensten bzw. *trialen Medienordnung* unter Hinzunahme der (damaligen) *Teledienste* spricht. Aufgrund der kodifikatorischen Vereinheitlichung der Regulierung von Medien- und Telediensten als *Telemedien* (vgl. oben, Kap. 1, C.II.2.) kann heute insofern von einer dualen *Medienregulierungsordnung* gesprochen werden; ferner *ders.*, *Vergabe terrestrischer Frequenzen*, 10 f.

¹¹⁴¹ Vgl. hierzu unten (Kap. 4, B.).

die Konturierung dieser Zielvorgabe im Wege einer Vorverlagerung auf verfahrens- und organisationsrechtliche Fragen in den Fokus seiner Erwägungen gestellt. In der Tat lassen sich die Anforderungen an ein rundfunkrechtliches Organisationsmodell eher greifbar machen, als Vorgaben im Hinblick auf materielle Meinungsvielfalt. Letzteres gilt insbesondere angesichts des drohenden Konflikts mit der als Programmfreiheit verstandenen individuellen Rundfunkfreiheit. Doch auch der organisationsrechtliche Regulierungsrahmen, und hier zuvorderst das binnenplurale Organisationsmodell des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, sind keineswegs vor Friktionen mit der Rundfunkfreiheit gefeit.

(1) Materieller Pluralismus vs. Organisationspluralismus

Zunächst verdient es der Hervorhebung, dass der Organisationspluralismus schon im Ansatz wesentliche Abstriche im Hinblick auf das eigentliche Ziel größtmöglicher Meinungsvielfalt machen muss. Denn aus Gründen der Operabilität steht beim Binnenpluralismus wie gesehen nicht der Einzelne sondern die Gruppe im Fokus, sodass Partikularmeinungen *a priori* eine gewisse Benachteiligung erfahren. Historisch lässt sich dies auf eine weitgehend unveränderte Übernahme des auf *Kant* zurückgehenden, ursprünglich für ein politisch-gesellschaftliches Konzept entworfenen Pluralismusgedanken für die Rundfunkorganisation zurückführen.¹¹⁴² In seiner zum Neopluralismus fortentwickelten Ausprägung ist dieser Gedanke durch die Partizipation gesellschaftlicher Gruppen im Prozess politischer Willensbildung gekennzeichnet.¹¹⁴³

Hiervon unterscheidet sich der Gedanke des materiellen, rundfunkrechtlichen Pluralismus dadurch, dass zur Ermöglichung freier Meinungsbildung als Voraussetzung jedweder Willensbildung idealiter sämtliche Meinungen, auch ohne dass sie bereits von einer Gruppe vertreten werden, zum Ausdruck gelangen.¹¹⁴⁴ Man könnte annehmen, diese Divergenz zwischen materiellem und organisatorischem Pluralismus werde durch die im Zuge der Konvergenz feststellbare Fragmentierung der Zuschaueraufmerksamkeit zusätzlich verstärkt. Rückt aufgrund dieser Entwicklungstendenzen der Einzelne auch medientatsächlich zusehends stärker in den Fokus der Aufmerksamkeit, könnte sich das Festhalten an einem tradierten Rundfunk-

¹¹⁴² Vgl. instruktiv *Kremendahl*, Pluralismustheorie, *passim*; kritisch zu den „im Kern statischen Überlegungen zur Gewährleistung gleichgewichtig bestehender Vielfalt“ des BVerfG, das „einer offenen Gesellschaft Elemente einer ‚geschlossenen Gesellschaft‘ gegenüberstellt“, *Never*, Meinungsfreiheit, 62 f., 120 ff.; ähnlich *Schulz*, Chancengleichheit, 180.

¹¹⁴³ Vgl. etwa *Fraenkel*, Deutschland und die westlichen Demokratien, 199.

¹¹⁴⁴ Vgl. *Schmidt*, Rundfunkvielfalt, 64; *Ritlewski*, Pluralismus, 93 ff.; *Schellenberg*, Rundfunk-Konzentrationsbekämpfung, 189 ff.

bild und die damit einhergehende kapazitätstechnische Privilegierung eines an Gruppen orientierten Organisationsmodells als überholt erweisen.

Überzeugender ist jedoch die diesem Ansatz diametral gegenüberstehende Sichtweise. Denn gerade angesichts einer auch medial immer stärker individualistisch agierenden Gesellschaft kommt einem an Gruppen und damit einem konsensorientierten Rundfunk binnenpluralistischer Prägung als integrativem Element besondere Bedeutung zu.¹¹⁴⁵

(2) Binnenpluralismus vs. Staatsfreiheit

Bereits seit dem ersten Rundfunkurteil im Jahre 1961 gilt der wichtigste Grundsatz der Rundfunkorganisation: die Staats- und Gruppenfreiheit.¹¹⁴⁶ Gilt es danach zu verhindern, dass der Rundfunk dem Staat oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert ist, mag es den unbedarften Betrachter verwundern, dass dies gerade durch die Schaffung eines auch mit Vertretern des Staates besetzten Gremiums erreicht werden soll.¹¹⁴⁷ Einerseits soll der Staat als Garant einer umfassenden Rundfunkfreiheit „unverzichtbar“ sein, andererseits gelte es, nicht nur eine unmittelbare Steuerung des Rundfunks durch den Staat zu verhindern, sondern schon „alle mittelbaren und subtilen Einflussnahmen des Staates“ auf den Rundfunk zu unterbinden.¹¹⁴⁸ Freilich enthält dieses Gremium idealiter Vertreter sämtlicher relevanter Gruppen, die in einem ihrer gesellschaftlichen Bedeutung Rechnung tragenden Verhältnis innerhalb des Gremiums repräsentiert sind und darin, anstelle lediglich der Partikularinteressen ihrer Gruppe, gleichsam fiduziarisch die Interessen der Allgemeinheit wahrnehmen. Doch bereits die Vielzahl der diesbezüglich vom Bundesverfassungsgericht bemühten unbestimmten Rechtsbegriffe – „gesellschaftliche Relevanz“, „Gruppe“, „ausgewogenes Verhältnis“ – lässt erahnen, dass es sich auch bei der Pluralismussicherung im Wege des Organisationspluralismus um kaum mehr als eine Verlegenheitslösung handelt.¹¹⁴⁹

¹¹⁴⁵ Vgl. zum Gegensatz eines rundfunkrechtlichen Gruppenpluralismus als korrekatives Gegenmodell zum multimedialen Individualpluralismus unten (Kap. 4, B.IV.1.d.ii.).

¹¹⁴⁶ Mittlerweile hat das BVerfG diesen Grundsatz dahingehend relativiert, dass „eine weit gehende Staatsferne zur Verwirklichung der freien Meinungsbildung anzustreben“ (Hervorhebung d. Verf.) sei, vgl. E 121, 30 (53). Dies lässt eine Anpassung der idealistisch geprägten Vorstellung einer (vollständigen) Staatsfreiheit des Rundfunks an die tatsächlichen Umstände erkennen.

¹¹⁴⁷ So werden etwa von den insgesamt 77 Mitgliedern des ZDF-Fernsehrates 72 Vertreter unter Mitwirkung staatlicher Organe (Ministerpräsidenten, Bundesregierung, Landesregierung) bestimmt, vgl. § 21 ZDF-StV.

¹¹⁴⁸ Zuletzt BVerfGE 121, 30 (52 f.).

¹¹⁴⁹ So erkennt das BVerfG selbst an, dass die „Verbänderepräsentation [...] immer nur ein unvollkommenes Mittel zur Sicherung allgemeiner Interessen“ ist, vgl. E 83, 238 (335); vgl. hierzu ferner Hömberg, in: Kops, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in gesellschaftlicher Verantwortung, 73 ff.; Meier, Strategieanpassungsprozesse im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, 21 ff.; kritisch auch Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 219 f.; mit Schuster, Meinungsvielfalt, 129, ist allerdings trotz aller Kritik zu konzedieren, dass der Gesetzgeber mit der Ausgestaltung der Pluralismussicherung vor einer „praktisch nahezu unlösbaren Aufgabe“ steht.

Doch nicht nur in der Theorie, auch in der Praxis stellt sich das organisationsplurale Modell eines binnenpluralistisch organisierten, öffentlich-rechtlichen Rundfunks als wenig tragfähig dar. Exemplarisch sei hierzu an die sog. Causa Brender erinnert: Nikolaus Brender war bis zum März 2010 Chefredakteur des ZDF. Im Laufe des Jahres 2009 äußerte sich der seinerzeitige Ministerpräsident Hessens, Roland Koch (CDU), der gleichzeitig stellvertretender Vorsitzender des ZDF-Verwaltungsrates war, dahingehend, dass der auslaufende Vertrag mit Brender nicht verlängert werde. Als Begründung hierfür führte Koch programmliche Gesichtspunkte, insbesondere sinkende Quoten der von Brender verantworteten Formate an. Tatsächlich vermutet wurde, dass der als SPD-nahe geltende Brender aus parteipolitischen Erwägungen aus dem Amt gedrängt werden sollte. Doch schon die von Koch möglicherweise nur vorgeschobene Argumentation lässt die Ignoranz gegenüber dem System des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erkennen. Denn als Mitglied des Verwaltungsrates war es zum einen gerade nicht seine Aufgabe über programmliche Aspekte zu entscheiden, da diese Aufgabe alleine in den Zuständigkeitsbereich des Fernseh Rates fällt (vgl. § 20 Abs. 1 ZDF-StV). Zum anderen verfängt auch der Hinweis auf die gegebenenfalls sinkenden Quoten angesichts der Konzeption öffentlich-rechtlichen Rundfunks, als gerade nicht dem Druck zur Massenattraktivität ausgesetzt, nicht. Das Vorgehen Kochs löste eine mediale Debatte aus¹¹⁵⁰, die in einem von 35 Staatsrechtlern verfassten offenen Brief an den ZDF-Verwaltungsrat gipfelte.¹¹⁵¹ Ungeachtet des öffentlichen Protests verfehlte Brenders Vertragsverlängerung die im Verwaltungsrat erforderliche Mehrheit.¹¹⁵²

Dieses Beispiel verdeutlicht in zweierlei Hinsicht, dass die Idee des Binnenpluralismus auch ohne einen Blick auf die durch Digitalisierung und Internet geprägten Veränderungen nur schwerlich geeignet erscheint, den Königsweg organisationsrechtlicher Vielfaltssicherung darzustellen. Zum einen stößt die zur Gewährleistung der binnenpluralen Struktur not-

¹¹⁵⁰ Vgl. bspw. den Artikel von *Stefan Niggemeier*, „Der Tag der Grenzüberschreitung“, in: FAZ-Online v. 28.11.2009, sowie den Leitartikel von *Uwe Vorkötter*, „Rot-Schwarze Mattscheibe“, in der Frankfurter Rundschau v. 26.02.2009, abrufbar unter www.fr-online.de.

¹¹⁵¹ Der Brief ist abgedruckt in der FAZ v. 22.11.2009. Gleichwohl gab es auch abweichende Meinungen, vgl. etwa den Gastbeitrag des ehemaligen Verfassungsrichters *Hans Hugo Klein*, „Macht braucht Kontrolle“, in der FAZ v. 16.12.2009. Dieser begründet die seiner Ansicht nach fehlende Gefahr aufgrund der staatlich gesteuerten Zusammensetzung der Aufsichtsgremien u. a. damit, dass diese Gremien schon aufgrund ihrer Zusammensetzung – 77 Mitglieder, Zusammentreffen alle drei Monate für wenige Stunden – „*funktions schwach*“ seien. Dieser Befund kann allerdings mit Blick auf die verfassungsrechtliche Funktion dieser Gremien – inhaltliche Programmvielfalt vermittelt durch *effektiven* organisatorischen Pluralismus zu gewährleisten – kaum zuversichtlicher stimmen. Auch hier wird vielmehr ein systemimmanentes Dilemma organisatorischer Vielfaltssicherung deutlich. Diese verlangt einerseits im Interesse effektiver Entscheidungsfindung nach schlanken Strukturen, andererseits im Interesse einer möglichst umfassenden Widerspiegelung gesellschaftlicher Strömungen nach möglichst vielen Gremienmitgliedern.

¹¹⁵² Der rheinland-pfälzische Landtag beschloss im November 2010 die Einreichung eines Normenkontrollantrags beim BVerfG mit dem Ziel der Überprüfung des ZDF-StV; vgl. in diesem Zusammenhang auch den Beitrag von *Reinhard Müller*, „Staatsnah“, in der FAZ v. 07.01.2011.

wendige Berücksichtigung aller relevanten Meinungslager – abgesehen von ihrer prozeduralen Bestimmung – im praktischen Entscheidungsprozess an ihre Grenzen.¹¹⁵³ So ist ein Gremium, welches in zeitlich größeren Abständen zusammenkommt und mit mehr als 70 ehrenamtlich tätigen Personen besetzt ist, kaum ein Garant für effektive Entscheidungsprozesse. Obgleich gerade ein *effektiver* Einfluss der pluralen Gremien vom Bundesverfassungsgericht gefordert wird. Daneben wird der Gedanke der Staatsfreiheit des Rundfunks ad absurdum geführt, wenn, bis auf Einzelne, sämtliche Mitglieder dieser Gremien unter unmittelbarer oder mittelbarer Beteiligung des Staates ausgewählt werden. Dies gilt erst recht, wenn etwa wie im Falle des ZDF-Verwaltungsrates ein weiteres Gremium unmittelbar mit Regierungsvertretern besetzt ist. Nimmt man die staatstragende Rolle des Rundfunks in den Blick, die nicht zuletzt darin besteht, eine Kontrollinstanz für politische Handlungsträger und deren Entscheidungsprozesse zu sein, so mutet es nicht nur sprachlich paradox an, diese Kontrollinstanz wiederum durch diejenigen kontrollieren zu lassen, die sie kontrollieren soll.

(3) Public Value des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Legitimationsgrundlage

Eine zusätzliche strukturelle Schwäche des binnenpluralen öffentlich-rechtlichen Rundfunks offenbart sich bei einem Blick auf dessen Finanzierung. Zwar stellt sich die Frage der Rundfunkfinanzierung grundsätzlich unabhängig von der Organisationsform. Gleichwohl ist es die binnenplurale Organisation, die sich praktisch nur in Verbindung mit einem gebührenfinanzierten, öffentlich-rechtlichen Rundfunk realisieren lässt. Diese Gebührenfinanzierung enthält nun abermals erhebliches Friktionspotenzial an der Schnittstelle zwischen Rundfunkorganisation und Staatsfreiheit. Wenn auch mit der Kommission zur Ermittlung des Finanzierungsbedarf der Rundfunkanstalten (KEF) eine unabhängige Kommission (vgl. § 14 Abs. 1 RStV) existiert, besteht dennoch das strukturelle Dilemma, dass die Höhe der Rundfunkgebühren letztendlich durch die Länder staatsvertraglich festgesetzt wird (vgl. § 14 Abs. 5 RStV). Bei dieser Festsetzung sind die Länder zwar gehalten, jedoch keineswegs gezwungen, der Empfehlung der KEF Folge zu leisten. Die Länder könnten daher versucht sein, ihren Einfluss auf die Finanzausstattung der öffentlich-rechtlichen Anstalten zu zweckentfremden, um Einfluss auf personelle oder programmliche Entscheidungen der Anstalten zu nehmen. Letztendlich lässt sich das Dilemma wie folgt umreißen: Einerseits soll eine größtmögliche finan-

¹¹⁵³ Zu den ebenfalls aufgrund von Konvergenz und Digitalisierung steigenden Anforderungen an den Sachverstand der einzelnen Gremienmitglieder und den Vorschlägen, auf welche Weise dieser Sachverstand geschult werden kann vgl. m. w. N. *Ritlewski*, Pluralismus, 153 ff.

zielle Unabhängigkeit der Rundfunkanstalten gewährleistet werden¹¹⁵⁴, damit staatliche Einflussnahme auf das Programm nicht über den Umweg seiner Finanzierung erfolgen kann; andererseits bedarf es wirksamer (staatlicher) Mechanismen, um den natürlichen Selbstbedienungs- und Expansionstendenzen innerhalb der Anstalten vorzubeugen.¹¹⁵⁵ Dieses Dilemma lässt sich als ein weiteres strukturelles Defizit eines binnenpluralistischen, auf Rundfunkgebühren fußenden Anstaltsfunks begreifen, das wiederum die Frage aufwirft, ob die in dieser Weise verfassten Anstalten ihren demokratisch-gesamtgesellschaftlichen Public Value als Kontrollinstanz der politischen Entscheidungsträger voll entfalten können, wenn sie gleichzeitig in nicht unerheblichem Maße von diesen Entscheidungsträgern abhängig sind.

Andererseits ist es gerade die durch die quasi flächendeckende Erhebung der Rundfunkgebühr erfolgende Belastung der Bürger, die die Wahrnehmung eines gemeinwohlorientierten, nicht in erster Linie kommerziellen Rundfunks und damit die Erfüllung des Public Value öffentlich-rechtlichen Rundfunks überhaupt erst möglich macht. Mit anderen Worten stellen der idealiter fehlende Kommerzialisierungsdruck und die Verpflichtung zur Verfolgung des Public-Service-Gedankens die wesentlichen Legitimationsaspekte derart finanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunks überhaupt dar.¹¹⁵⁶ Lässt sich dem öffentlich-rechtlichen Programm kein am Gemeinwohl orientiertes, die kommunikative Grundversorgung gewährleistendes weil vielfältiges Angebot entnehmen, entfällt im Gegenzug die Rechtfertigung der gebührengetragenen Finanzierung dieses Angebots und schließlich die Rechtfertigung öffentlich-rechtlichen Rundfunks insgesamt.

Doch bereits an dieser Stelle ist ein weiteres Dilemma zu beklagen. Dieses „Abhängigkeitsdilemma“ besteht in der vermeintlichen Interdependenz von Gebührenakzeptanz einerseits und Programmakzeptanz andererseits. Dem liegt die zutreffende Annahme zugrunde, dass sich der öffentlich-rechtliche Programmauftrag im Spannungsverhältnis von „*interest of the public*“ – der Programmakzeptanz in quantitativer Hinsicht, ausgedrückt durch die Einschaltquote – und „*public interest*“ – der Gemeinwohlverantwortung, ausgedrückt durch ein

¹¹⁵⁴ Die ökonomische Kehrseite dieser finanziellen Unabhängigkeit aufgrund des gebührenfinanzierten Kostenerstattungsprinzips ist eine drohende Fehlallokation von Ressourcen. Mangels Gewinnerorientierung schrecken die Rundfunkanstalten ggf. auch vor der Realisierung unnötig teurer und damit unwirtschaftlicher Produktionen nicht zurück. Solange sich entsprechende Produktionen allerdings als qualitativ hochwertig und zur Gewährleistung von Meinungsvielfalt förderlich erweisen, ist diese – begrenzte – wirtschaftliche Unabhängigkeit freilich eine wesentliche Funktionsbedingung vielfältigen öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

¹¹⁵⁵ Vgl. hierzu BVerfGE 90, 60 (97); Ritlewski, Pluralismus, 68 ff.

¹¹⁵⁶ Vgl. Dörr, MP 2005, 333 (340); eine stärkere Akzentuierung der Rundfunkgebühr als „*Qualitätssicherungsgebühr*“ fordert der seinerzeitige Intendant des Deutschlandradios, Ernst Elitz, in seinem Beitrag „Denn sie wissen nicht, was sie tun“, in: DIE ZEIT, 12.02.2004 Nr. 8.

qualitative hochwertiges, vielfältiges Programm – befindet.¹¹⁵⁷ Hieraus folgt ein Konflikt zwischen der Zuschauerattraktivität und dem Zuschauernutzen als Begründungselementen öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die sich all zu oft als Antipoden darstellen.¹¹⁵⁸ Würden die öffentlich-rechtlichen Anstalten ihr Programm demnach ausschließlich nach Qualitätskriterien kompilieren, ohne auch Einschaltquoten im Blick zu haben, so sähen sie sich dem Vorwurf ausgesetzt, ein – qualitativ auch noch so hochwertiges – Nischenprogramms könne eine Finanzierung durch Gebühren, jedenfalls in der derzeitigen Höhe, nicht rechtfertigen.¹¹⁵⁹ In der Praxis führt dies dazu, dass sich anspruchsvolle und in der Zuschauergunst noch nicht erprobte, innovative Formate in den zeitlichen Randbereichen der öffentlich-rechtlichen Hauptprogramme oder aber gleich in deren Spartenprogrammen wiederfinden,¹¹⁶⁰ während die Prime-Time von Volksmusik und Karneval, Hofberichterstattung, seichter Unterhaltung („Verpilcherung“) und einer Talkshow-Inflation, das Vorabendprogramm von Boulevard-Magazinen dominiert wird.

Ohne an dieser Stelle eine eingehende Untersuchung der Programmqualität des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, vornehmen zu wollen, lässt sich doch eine deutliche Akzentuierung seitens der Rundfunkanstalten zugunsten des „Mainstream“ erkennen, die nicht zuletzt durch den Wettbewerb mit den privaten Anbietern, verstärkt wird. Mit dieser Ausrichtung gefährden die Rundfunkanstalten ihre eigene Existenz, indem sie die Grundlage ihrer Legitimation infrage stellen.

Diametral gegensätzlich zu diesen eher negativen Befunden zur Wahrnehmung der Public-Service-Funktion durch die öffentlich-rechtlichen Sender fällt die empirisch ermittelte Wahrnehmung der Zuschauer aus. So haben sich jüngst im Rahmen einer Repräsentativbefragung¹¹⁶¹ 70 Prozent der Befragten dahingehend geäußert, dass ARD/Das Erste sowie das ZDF ausführlich und gründlich über das Tagesgeschehen berichteten und über ein Netzwerk kompetenter Korrespondenten verfügten; ähnlich hohe Zustimmungswerte erhielt die Glaubwür-

¹¹⁵⁷ Elitz, MW 2004, 130 ff.; vgl. ferner *Kammann/Jurkuhn/Wolf*, Im Spannungsfeld, 15: Qualität als „*Seinsgrund*“ öffentlich-rechtlichen Fernsehens; s. bereits oben, Fn. 1047

¹¹⁵⁸ Hierzu vgl. *Kops*, Soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Nachfrage seiner Zuhörer und Zuschauer korrigieren?, AP Köln, Nr. 196, 20 ff.; eingehend auch *Kammann/Jurkuhn/Wolf*, Im Spannungsfeld, 99 ff.

¹¹⁵⁹ Diesem Vorwurf überzeugend entgegentretend *Gersdorf*, K&R 2012, 94 (97).

¹¹⁶⁰ Ein Beispiel für ein in dieser Weise „abgeschobenes“ Format ist die Krimireihe „Im Angesicht des Verbrechens“. Trotz umfangreicher und überdurchschnittlich positiver Presseberichterstattung erfolgte die Erstaussstrahlung der preisgekrönten Mini-Serie auf ARTE nahezu unter Ausschluss der Öffentlichkeit. Nachdem die ersten Folgen der Serie im Rahmen der Zweitausstrahlung im Hauptprogramm der ARD einen Marktanteil von 8 Prozent nicht überschritten und damit unterhalb des Zuschauerschnitts auf dem entsprechenden Sendeplatz lagen, änderte die ARD den Sendeplan mit der Konsequenz, dass einzelne Episoden teilweise weit nach Mitternacht ausgestrahlt wurden. Regisseur *Dominik Graf* sah darin ein „*Einknicken vor der Quote*“ und „*eine Ohrfeige für den treuen Zuschauer*“, vgl. den Beitrag „Schnelles Ende für ‚Im Angesicht des Verbrechens‘“ von *Christopher Keil* auf www.sueddeutsche.de vom 11.11.2011.

¹¹⁶¹ Zu den Ergebnissen der Befragung vgl. *Zubayr/Geese*, MP 2011, 230 (231).

digkeit der öffentlich-rechtlichen Hauptprogramme. Dementsprechend sind es diese Programme, die anlässlich wichtiger zeitgeschichtlicher Ereignisse primär eingeschaltet werden und denen aus Sicht der Zuschauer eine wesentlich größere Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung sowie eine starke Förderung des Interesses am politischen Geschehen attestiert wird. Defizite werden den öffentlich-rechtlichen Vollprogrammen demgegenüber im Bereich der Unterhaltung bescheinigt.¹¹⁶²

ii. Der Außenpluralismus

Dabei ist es keineswegs alleine der binnenplurale, öffentlich-rechtliche Rundfunk, dem strukturelle Defizite zu attestieren sind. Auch die externe Vielfaltssicherung nach dem außenpluralistischen Modell weist vielmehr konzeptionelle Mängel auf, die dessen Eignung als Mittel der Gewährleistung von Vielfalt im Rundfunk infrage stellen, ganz ohne dass hierfür Konvergenz und Digitalisierung in den Blick genommen werden müssen. Nachfolgend sollen zwei dieser Schwächen herausgegriffen werden: zunächst der Adressatenkreis der Vielfaltsanforderungen, sodann die bei der Bestimmung von Vielfalt im außenpluralistischen System zu beachtenden Pluralismuskriterien. Schließlich sind die faktischen Veränderungen in den Eigentumsstrukturen der außenpluralen, privatrechtlichen Programmveranstalter zu beleuchten, die ebenfalls geeignet erscheinen, Vielfaltsverkürzungen zu bewirken.

So einleuchtend das Konzept des Außenpluralismus – Vielfaltsgewährleistung durch den Wettbewerb der Gesamtheit der (privaten) Veranstalter – in der Theorie sein mag, als so impraktikabel erweist es sich bei der tatsächlichen Umsetzung. Diese Impraktikabilität folgt just aus der systemischen Besonderheit des außenpluralen Konzepts: dem Anknüpfen an die Gesamtheit der Veranstalter als Bezugsgröße für die Bestimmung notwendiger Vielfalt. Hieraus folgt insbesondere, dass den Landesmedienanstalten kaum Möglichkeiten und Instrumente zustehen, gezielt gegen Vielfaltsdefizite einzelner Veranstalter vorzugehen.¹¹⁶³ Denn wenn der Pool aller Veranstalter und nicht jeder Veranstalter für sich betrachtet das notwendige Maß an Pluralismus zu gewährleisten hat, kommt eine Indienstnahme des Einzelnen aus Gründen der Vielfaltsgewährleistung schon konzeptionell nicht in Betracht, jedenfalls solange nicht evidente und eklatante Verstöße in Rede stehen.¹¹⁶⁴ Während dieser Umstand in erster Linie

¹¹⁶² *Zubayr/Geese*, MP 2011, 230 (233): fehlende „Entspannungsfunktion“.

¹¹⁶³ Kritisch insoweit bereits *Lerche*, NJW 1982, 1676 (1677); vgl. auch Ritlewski, Pluralismus, 99, 174 f.; *Jarren/Donges*, in: Fünfgeld/Mast, Massenkommunikation, 231 (243).

¹¹⁶⁴ Etwas anderes gilt für die Medienkonzentrationskontrolle. Hier können die Landesmedienanstalten vielfaltsichernde Maßnahmen gezielt gegenüber einzelnen Veranstaltern anordnen. Eine Möglichkeit ist die Implementierung eines Programmbeirats im Sinne von § 32 RStV, der Meinungsvielfalt und Pluralität innerhalb des Pro-

die laufende Programmüberwachung betrifft¹¹⁶⁵, erweist sich auch die Zulassungskontrolle (vgl. §§ 20, 20a RStV) aufgrund der weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielräume der Landesmedienanstalten im Hinblick auf Pluralitätsaspekte als wenig tragfähig.¹¹⁶⁶ Nicht umsonst lässt sich bei einer Exegese der rundfunkrechtlichen Verfassungsjudikatur der unzweifelhafte Eindruck gewinnen, dass das Verfassungsgericht in puncto Pluralismussicherung dem binnenpluralen System ein wesentlich höheres Maß an Vertrauen entgegenbringt als dem Außenpluralismus. Dieses geringere Maß an Vertrauen findet auch darin Ausdruck, dass die Landesmedienanstalten im Rahmen der laufenden Programmkontrolle entsprechend der verfassungsgerichtlichen Vorgaben auf die Einhaltung lediglich eines *Grundstandards* gleichgewichtiger Vielfalt beschränkt sind.¹¹⁶⁷

Darüber hinaus wird die laufende Programmkontrolle dadurch erschwert, dass es an einer zureichenden Verankerung materieller Pluralismuskriterien im Rundfunkstaatsvertrag mangelt. Zwar statuiert § 25 Abs. 1 RStV in Übereinstimmung mit den verfassungsgerichtlichen Vorgaben: *„Die bedeutsamen, politischen, weltanschaulichen und gesellschaftlichen Kräfte und Gruppen müssen in den Vollprogrammen angemessen zu Wort kommen; Auffassungen von Minderheiten sind zu berücksichtigen.“*; ergänzend fordert § 41 Abs. 2 RStV: *„Die Rundfunkprogramme sollen zur Darstellung der Vielfalt im deutschsprachigen und europäischen Raum mit einem angemessenen Anteil an Information, Kultur und Bildung beitragen; die Möglichkeit, Spartenprogramme anzubieten, bleibt hiervon unberührt.“* Diese Vorgaben laufen allerdings angesichts der auch diesbezüglich bestehenden weitreichenden Auslegungsspielräume der Landesmedienanstalten in der Praxis quasi leer.¹¹⁶⁸ Eine entscheidende Rolle spielt hierbei nicht zuletzt die Furcht der Landesmedienanstalten, mit Maßnahmen aufgrund der mit einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe gespickten Kontrollvorgaben in rundfunkverfassungsrechtlich unzulässiger Weise in die Programmfreiheit der Veranstalter einzugreifen.

Schließlich erwachsen weitere Vielfaltsgefährdungen innerhalb der außenpluralen Säule des dualen Systems aus der zunehmenden Involvierung von Finanzinvestoren als Eigentümer

gramms zur Verwirklichung bringen soll. Mit der Möglichkeit des Programmbeirats knüpft der RStV an frühere Landesmediengesetze an, die für die private Rundfunkveranstaltung binnenplurale Elemente vorsahen.

¹¹⁶⁵ Vgl. hierzu *Storck*, Reformbedarf im dualen Rundfunksystem, AP Köln, Nr. 208, 8 f., der den Landesmedienanstalten *„große Geschäftigkeit an der Oberfläche“*, jedoch eine *„an Laisser Faire grenzende, von Verfassung und Gesetzen nicht gewollte und gedeckte notorische Schwäche der allgemeinen Programmaufsicht über den kommerziellen Rundfunk“* und polemisch zugespitzt *„rhetorische Eiertänze“* vorwirft.

¹¹⁶⁶ Zur Bedeutung dieser Wertungsspielräume für einen etwaigen individuellen Zulassungsanspruch einzelner Veranstalter vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 20, Rn. 5 ff.

¹¹⁶⁷ Vgl. BVerfGE 73, 118 (159 f.); 83, 238 (297).

¹¹⁶⁸ Exemplarisch *Ritlewski*, Pluralismus, 173, der diese Vorgaben als *„praktisch unbrauchbar“* disqualifiziert; vgl. auch *Jarren/Donges*, in: *Fünfgeld/Mast*, Massenkommunikation, 231 (240 f.).

von Programmveranstaltern.¹¹⁶⁹ Obgleich diese Problematik weniger mit der außenpluralen Struktur als vielmehr mit der privatrechtlichen Organisation der Veranstalter zusammenhängt, ist sie dennoch untrennbar mit dieser Säule der dualen Ordnung verbunden. Die Beteiligung von Finanzinvestoren an Programmveranstaltern erweist sich unter Vielfaltsgesichtspunkten als problematisch, da diese Finanzinvestoren – in der Regel Private-Equity-Gesellschaften oder Investmentfonds – die Veranstaltung von Rundfunk, unter Missachtung der publizistisch-kulturellen Rolle dieses Massenmediums, ausschließlich als gewinnträchtige wirtschaftliche Tätigkeit betrachten. Ihr Interesse geht dahin, durch eine günstige Kostenstruktur bei gleichzeitig maximalem Ertrag möglichst hohe Gewinne zu erwirtschaften. Aus diesem Grund geht die Beteiligung von Finanzinvestoren an Rundfunkveranstaltern typischerweise mit einer Reduzierung der Qualität der von diesen veranstalteten Programmen einher. Weitere Vielfaltgefährdungen ergeben sich aus der häufig wenig transparenten Struktur dieser Finanzinvestoren.

iii. Das duale System vs. Qualitätssicherung durch öffentlich-rechtlichen Rundfunk

Schließlich lassen sich auch für das duale System bestehend aus einem binnenpluralistischen sowie einem außenpluralistischen Teilsystem Defizite aufzeigen, die sich nicht auf die soeben dargestellten Mängel der jeweiligen Teilsysteme beschränken, sondern erst aufgrund der Verschränkung dieser beiden Systeme zutage treten.

Lässt sich dem theoretischen Konzept eines dualen Rundfunksystems aufgrund der strukturellen Diversifikation zwischen binnenplural/ öffentlich-rechtlich sowie außenplural/ privatrechtlich organisierten Veranstaltern und dem daraus entstehenden – idealiter – publizistischen Wettbewerb zwischen beiden Teilsystemen (intermediärer Wettbewerb) sowie den Veranstaltern des jeweiligen Teilsystems (intramediärer Wettbewerb) ein durchaus positiver Ansatz erkennen,¹¹⁷⁰ verkehrt sich dieser positive Ansatz in der Praxis ins Gegenteil; es zeigt sich der „Geburtsfehler“¹¹⁷¹ des dualen Systems. Während das Bundesverfassungsgericht anlässlich der Einführung privaten Rundfunks davon ausging, der *publizistische* Wettbewerb,

¹¹⁶⁹ Vgl. hierzu auch *Holznagel/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 396 ff.

¹¹⁷⁰ So ersichtlich auch die Ausgangsüberlegung des BVerfG, vgl. nur E 119, 181 (217); vgl. auch *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 306 ff., 309 ff.; *Kops*, Publizistische Vielfalt als Public Value?, AP Köln, Nr. 265, 10; *Thomaß*, in: Eifert/Hoffmann-Riem, Innovation, Recht und öffentliche Kommunikation, 149 (150 f.); *Schulz*, MP 2008, 158 (159); aA aufgrund der konstruktiven Mängel des dualen Systems *Vesting*, K&R 2000, 161 (163); *ders.*, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 219 (233 f.).

¹¹⁷¹ *Stock*, Reformbedarf im dualen Rundfunksystem, AP Köln, Nr. 204, 5; kritisch auch *ders.*, NJW 1987, 217 (224): Gefahr „*schleichender Selbstkommerzialisierung*“ der Rundfunkanstalten; *Jarren/Donges*, in: Fünfgeld/Mast, Massenkommunikation, 231 (241), bezeichnen die duale Ordnung als „*partei- und somit machtpolitischen Kompromiss*“, die die Bezeichnung „Ordnung“ nicht verdiene.

also die Konkurrenz um die Akzeptanz der von ihnen verbreiteten Meinungen und Inhalte¹¹⁷², zwischen dem öffentlich-rechtlichen und dem privaten Rundfunk wirke sich alleine vielfaltserweiternd auf das Gesamtangebot aus¹¹⁷³, hat es bei dieser Einschätzung übersehen, dass ein duales Rundfunksystem nicht nur publizistischen sondern ebenso intermediären ökonomischen Wettbewerb nach sich zieht, der sich wiederum in negativer Weise auf den publizistischen Wettbewerb auszuwirken vermag, indem er eine angebotsbezogene Konvergenz von öffentlich-rechtlicher und privater Säule begünstigt.

Publizistischer Wettbewerb wird überwiegend mit Qualitätswettbewerb gleichgesetzt, d. h. durch kommunikativen Wettstreit soll eine inhaltliche Verbesserung des Kommunikationsprozesses erreicht werden, ohne dass hierbei die Marktfähigkeit der Inhalte eine Rolle spielt.¹¹⁷⁴ Wirtschaftlicher Wettbewerb ist demgegenüber durch das Verhältnis von Angebot und Nachfrage auf einem nach den Grundsätzen des Bedarfsmarktkonzepts sachlich, räumlich und zeitlich abgegrenzten Marktes gekennzeichnet.¹¹⁷⁵ Insbesondere im Bereich der Werbefinanzierung werden dabei sowohl die Verzahnung von publizistischem und wirtschaftlichem Wettbewerb als auch die negativen Auswirkungen des wirtschaftlichen auf den publizistischen Wettbewerb deutlich.¹¹⁷⁶ So bemisst sich der wirtschaftliche Erfolg eines werbefinanzierten Programms in erster Linie nach dessen Attraktivität aus Zuschauersicht: Das attraktivste Programmangebot hat die meisten Zuschauer und erzielt aufgrund der höchsten Einschaltquote die größten Werbeerlöse.¹¹⁷⁷ Gersdorf¹¹⁷⁸ setzt die Attraktivität eines Programms aus der Sicht der Zuschauer mit dessen publizistischem Erfolg gleich. Im Lichte der obigen Annahme, wonach publizistischer Wettbewerb ein Synonym für Qualitätswettbewerb ist, impliziert er damit, dass sich sowohl im publizistischen als auch im wirtschaftlichen Wettbewerb das qualitativ hochwertigste Angebot als attraktivstes Programm durchsetzen wird.

¹¹⁷² Vgl. *Sjurts*, MW 2010, 32.

¹¹⁷³ Vgl. BVerfGE 74, 297 (332), wonach es sich bei publizistischer Konkurrenz um das „Lebenselement der Meinungsfreiheit“ handelt. Diese Konkurrenz soll umso vielfaltsfördernder sein,

¹¹⁷⁴ Vgl. *Trafkowski*, Medienkartellrecht, 8; *Stock*, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Rundfunkrecht im Wettbewerbsrecht, 47 ff.; vom „diffusen Begriffsbild“ spricht *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung, 77; zur Bedeutung ökonomischen Wettbewerbs als Bedingung publizistischer Vielfalt: *Hain*, AfP 2007, 527 (529); ihm folgend *Reinlein*, Medienfreiheit, 104; zur Relation publizistischen und ökonomischen Wettbewerbs *Hoffmann-Riem*, in: Benda/Maihofer/Vogel, HdbVerfR, § 7, Rn. 76 ff.; *Seemann*, DÖV 1987, 844 (848 f.).

¹¹⁷⁵ Intermediärer wirtschaftlicher Wettbewerb im dualen System besteht auf dem Werbemarkt, bei Vorleistungen für die Programmveranstaltung (Erwerb von Übertragungsrechten) sowie beim Programmvertrieb; vgl. *Hoffmann-Riem*, in: Fünfgeld/Mast, Massenkommunikation, 269 (272 f.).

¹¹⁷⁶ Entgegen dem BVerfG (vgl. etwa BVerfGE 74, 297 [332]), das ausdrücklich zwischen den beiden Ausprägungen von Wettbewerb differenziert, ist *Engel*, Medienordnungsrecht, 48 ff., der Ansicht, dem publizistischen komme gegenüber dem wirtschaftlichen keine eigenständige Bedeutung zu.

¹¹⁷⁷ Zu dem daraus resultierenden „Programmmarkt“ vgl. etwa *Klaue*, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Rundfunk im Wettbewerbsrecht, 84 (91).

¹¹⁷⁸ Legitimation und Limitierung, 79.

Einem solchen vermeintlichen Zusammenhang zwischen der Qualität und der Attraktivität eines Programms stehen indes tatsächliche Beobachtungen des dualen Systems entgegen, die als Folge des intermediären Wettbewerbs gerade keine Zunahme der Programmqualität feststellen lassen, sondern diametral entgegengesetzt eine Abwärtsspirale bei der Programmqualität konvergierender öffentlich-rechtlicher und privater Angebote zeigen.¹¹⁷⁹ Obwohl der konzeptionell avisierte publizistische Wettbewerb richtigerweise gerade nicht gleichbedeutend ist mit einem Wettbewerb um Einschaltquoten,¹¹⁸⁰ reduziert sich das Verhältnis der beiden Säulen der Rundfunkordnung in der Praxis auf eben jene Konkurrenz um Einschaltquoten. Dieses Streben nach Einschaltquoten mag dem Privatrundfunk immanent sein, der öffentlich-rechtliche Rundfunk stellt damit seine eigene Legitimation infrage.

Ursächlich für den intermediären Quotenwettbewerb im dualen System ist allen voran die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Soweit dieser auf dem Werbemarkt aktiv ist, konkurriert er mit den privaten Veranstaltern um Werbekunden. Deren Aufmerksamkeit sowie das Entgelt, das diese für die Platzierung von Werbung zu zahlen bereit sind, bestimmt sich reichweitenabhängig. Alleine mit Blick auf diesen Umstand wäre daher eine strikte Trennung der Finanzierungsquellen zur Stärkung des publizistischen (Qualitäts-)Wettbewerbs und damit der Meinungsvielfalt im dualen System zu begrüßen.¹¹⁸¹ Doch, wie bereits erwähnt, werden Einschaltquoten auch als Legitimationsgrundlage der Gebührenfinanzierung herangezogen – sowohl in Bezug auf deren grundsätzliche Berechtigung als auch auf deren Höhe. Das hierzu üblicherweise angeführte Argument, öffentlich-rechtliche Grundversorgung bedürfe für ihre Daseins- und Finanzierungsberechtigung einer entsprechenden tatsächlichen Rezeption durch die Bevölkerung greift indes zu kurz, da übersehen wird, dass die Rundfunkgebühr die Existenz der öffentlich-rechtlichen Programme nur reflexartig absichert. Originäres Ziel der Rundfunkgebühr ist die im Allgemeininteresse liegende Gewährleistung eines den Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 Satz GG entsprechenden Rundfunkangebotes, mithin die Sicherstellung von Meinungsvielfalt.¹¹⁸² Der öffentlich-rechtliche Rundfunk genießt seine Privilegien zur Sicherstellung dieser Meinungsvielfalt, nicht um seiner Selbst willen. Die

¹¹⁷⁹ So etwa *Degenhart*, AfP SH 2007, 24 (30); *Bullinger*, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 193 (198, 209); *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 247: „*Kommerzialisierungsfalle*“; *Ladeur*, ZUM 2009, 906 (911): „*Public-Service-Versagen*“. Zu ähnlichen Ergebnissen kommt bereits der Bericht der sog. Weizäcker-Kommission anno 1994; vgl. auch die Ergebnisse von *Merten*, Konvergenz, 40 ff.

¹¹⁸⁰ Dies hervorhebend *Stock*, Reformbedarf im dualen Rundfunksystem, AP Köln, Nr. 204, 5; *Kübler*, NJW 1987, 2961 (2964). Insoweit missverständlich die Formulierung des BVerfG, E 90, 60 (92), wonach die Rundfunkanstalten ein Programm zu bieten haben, „*das im Wettbewerb mit den privaten Veranstaltern standhalten kann*“.

¹¹⁸¹ Insoweit übereinstimmend mit *Seemann*, DÖV 1987, 844 (849).

¹¹⁸² Vgl. BVerfGE 87, 181 (201); 31, 314 (330): „*Finanzierung der Gesamtveranstaltung (Rundfunk)*“; dazu *Naujock*, in: Hahn/Vesting (2. Aufl.), Rundfunkrecht, RGebStV, § 1, Rn. 7 f.

Herstellung von Meinungsvielfalt wird den Privaten – zu Recht – nicht zugetraut, weshalb sie nicht in den Genuss eben solcher Privilegien kommen, im Gegenzug jedoch weitgehend freie Hand bei der Programmgestaltung haben. Die beiden Säulen des dualen Systems tragen daher im Hinblick auf die Erreichung des mittels dieses Systems verfolgten Ziels ein gänzlich unterschiedliches Maß an Verantwortung. Die privilegierte Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks korrespondiert mit seiner normativ verankerten, besonderen Verantwortung für die Gewährleistung von Meinungsvielfalt.¹¹⁸³

Auch wenn Grundversorgung nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts bislang nicht gleichbedeutend war mit einer Mindestversorgung, so umfasst sie doch jedenfalls die Kompensierung der Defizite des Privatrundfunks.¹¹⁸⁴ Da diese Defizite ein Resultat des systemimmanenten Zwangs des Privatrundfunks zur Massenattraktivität sind, kann eine Kompensation dieser Defizite denklogisch nicht dadurch erfolgen, dass sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk selbst bzw. sein Programm nach Einschaltquoten ausrichtet. Vielmehr hat sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk auf seine Funktion als Vorbild und Garant für Qualität zu besinnen, indem er Maßstäbe in Sachen Programmqualität setzt. Dies gilt seit jeher, erst Recht jedoch – wie noch zu zeigen sein wird¹¹⁸⁵ – in Zeiten der Digitalisierung.

Allerdings ist zu beachten, dass sich die Wahrnehmung der Zuschauer auch insoweit von den in Teilen der Literatur und auch in dieser Arbeit geäußerten Sorgen um eine Annäherung der beiden Teilsysteme der dualen Rundfunkordnung zu Lasten der qualitätssichernden Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks unterscheidet. Anhand der bereits erwähnten Repräsentativumfrage lässt sich belegen, dass – quer durch alle Generationen – nach wie vor deutliche Unterschiede zwischen den beiden Säulen der Rundfunkordnung wahrgenommen werden. So wird den öffentlich-rechtlichen Sendern zwar das beste Informationsangebot sowie die höchste Glaubwürdigkeit attestiert; gleichzeitig weisen diese Programme ein Defizit in Sachen Unterhaltung auf. Demgegenüber erfüllen die Privatsender zwar ihre Unterhaltungsfunktion, sie werden im Gegenzug jedoch auch als weniger glaubwürdig eingeschätzt.¹¹⁸⁶ Betrachtet man das Nutzungsverhalten bezogen auf einzelne Veranstalter, erweist

¹¹⁸³ Eine „Schiefelage“ (dies beklagend *Schmid/Gerlach*, MW 2009, 22) ist der dualen Rundfunkordnung danach konzeptionell inhärent; beide Säulen dieser Ordnung stehen einander nicht ausbalanciert gegenüber; vielmehr kommt der öffentlich-rechtlichen Säule überproportionale Bedeutung zu. Dieses Ungleichgewicht findet seine Grenze dort, wo es eine privatwirtschaftliche Rundfunkbetätigung wesentlich erschweren oder unmöglich machen würde. Hiervon kann jedoch angesichts der Ertragssituation, der Zuschaueranteile sowie der Anzahl der durch private Veranstalter ausgestrahlten Sender keine Rede sein, vgl. *Kettering/Köhler*, MW 2010, 38 (39).

¹¹⁸⁴ Dazu, ob und wie die funktionale Interpretation der Grundversorgung eine Beschränkung des öffentlich-rechtlichen Aufgabenbereichs zu rechtfertigen vermag, s. unten (Kap. 4, B.IV.1.a.i.).

¹¹⁸⁵ Vgl. unten (Kap. 4, B.IV.1.d.ii.).

¹¹⁸⁶ Zu den Senderkompetenzen bezogen auf einzelne Genres vgl. *Zubayr/Geese*, MP 2011, 230 (234 ff.). Dementsprechend divergiert auch der Nutzungszweck zwischen privaten (Unterhaltung) und öffentlich-rechtlichen

sich RTL als das Programm mit dem höchsten Marktanteil, dicht gefolgt von der ARD/Das Erste;¹¹⁸⁷ letzteres stellt sich indes als das aus Zuschauersicht unverzichtbarste Programm dar.¹¹⁸⁸ Illustriert durch die enge Konkurrenz zwischen RTL und ARD/Das Erste um die Marktführerschaft, ergibt sich zudem – gemessen am Marktanteil – eine jeweils hälftige Aufteilung der tatsächlichen Nutzung entlang der Grenzen des dualen Systems. Angesichts der Nutzungsverteilung bezogen auf einzelne Generationen¹¹⁸⁹ drängt sich daher der Schluss auf, dass ältere und an Politik interessierte Menschen vornehmlich die öffentlich-rechtlichen Programme einschalten und dabei ein Nachrichten- bzw. Informationsinteresse verfolgen, während jüngere Generationen zu den Privatsendern tendieren, um sich von diesen zur Entspannung unterhalten zu lassen.¹¹⁹⁰

e. Zusammenfassung

Ausgehend von der Prämisse, dass es sich bei Rundfunk um einen Sachverhalt handelt, der sowohl kulturell-publizistisch als auch ökonomisch geprägter Natur ist und sich aus diesem Grund der Marktregulierung entsprechend eines reinen Wirtschaftsgutes entzieht, hat sich in den vergangenen Jahrzehnten im Interesse der danach angezeigten Vielfaltssicherung eine duale Rundfunkordnung bestehend aus einer Säule mit binnenplural strukturierten, öffentlich-rechtlichen Veranstaltern sowie einer Säule mit außenplural strukturierten, privaten Rundfunkveranstaltern herausgebildet. Neben der Rechtsform der Trägerschaft – private Gesellschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts – unterscheiden sich beide Säulen in ihrer konkreten organisationspluralen Ausgestaltung. Während die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten jeweils über interne, gruppenplural besetzte Organe mit Einfluss auf die Programm- und Personalgestaltung verfügen, deren Mitglieder idealiter als Sachwalter des Allgemeininteresses an einem vielfältigen Rundfunkangebot fungieren, erfolgt die Vielfaltskontrolle der privaten Veranstalter durch externe Organe. Folglich variieren auch die Vielfaltsvorgaben. Von den privaten Veranstaltern wird aufgrund des Zwangs zur Massenattraktivität weniger an Vielfalt verlangt. Dieses Vielfaltsdefizit hat die öffentlich-rechtliche Säule zu

Programmen (Information), vgl. Zubayr/Gerhard, MP 2011, 126 (132); Gersdorf, MMR-Beil. 2012, 1 (2). Insgesamt ist allerdings festzustellen, dass insbesondere die Nachfrage nach linearen Nachrichtensendungen signifikant abgenommen hat, vgl. Zubayr/Gerhard, MP 2009, 98 (107 f.); zur Bezeichnung der privaten Programme als „Unterschichtenfernsehen“ vgl. Holznagel/Dörr/Hildebrand, Elektronische Medien, 397.

¹¹⁸⁷ Zubayr/Geese, MP 2011, 230 (234 ff.).

¹¹⁸⁸ Zubayr/Geese, MP 2011, 230; vgl. auch Ridder/Engel, MP 2010, 523 (533).

¹¹⁸⁹ Während ältere Zuschauer die öffentlich-rechtlichen Programme bevorzugen, werden von jüngeren Generationen primär die Privatsender nachgefragt.

¹¹⁹⁰ Dementsprechend variiert die Beurteilung der Programmqualität: Ältere und politisch interessierte Menschen bewerten die Programmqualität der öffentlich-rechtlichen Programme als positiv, jüngere und politisch uninteressierte Menschen hingegen die Programmqualität von RTL, vgl. Zubayr/Geese, MP 230 (236).

kompensieren, weshalb sie neben dem Gebührenprivileg mit einer Bestands- und Entwicklungsgarantie ausgestattet ist.

Beide Säulen isoliert für sich betrachtet sowie das duale System in seiner Gesamtheit weisen im Hinblick auf ihre jeweilige strukturelle Konzeption grundlegende Mängel auf, ohne dass es zu deren Aufdeckung eines Blicks auf die sich im Zuge der Konvergenz einstellenden Veränderungen bedarf. Diese Mängel erscheinen als schwerwiegend genug die gegenwärtige konzeptionelle Ausgestaltung der Rundfunkordnung infrage zu stellen, obgleich zu konzedieren ist, dass in Deutschland eine der vielfältigsten Medienlandschaften weltweit existiert, ein Eindruck, der durch die weitgehend positive Wahrnehmung des dualen Systems seitens der Zuschauer untermauert wird. Haben demnach die aufgezeigten Mängel bislang nicht zu einem schwerwiegenden Vielfaltsdefizit im deutschen Rundfunk geführt, hat sich Vielfalt also trotz mangelbehafteter Vielfaltssicherung eingestellt, fragt sich, ob sich diese Defizite aufgrund der sich bedingt durch die Digitalisierung einstellenden Veränderungen gegebenenfalls verschärfen, oder, ob diese Veränderungen aus anderen Gründen ein Abrücken vom dualen System erfordern. Letzteres könnte der Fall sein, wenn die Konvergenzentwicklungen zur Folge hätten, dass die Sondersituation des Rundfunks entfällt, sodass auch kein Bedarf einer Sonderregulierung des Rundfunks mehr existiert. Wäre dies der Fall, würde auch die überkommene Privilegierung des Rundfunks gegenüber nicht-linearen Angeboten ihrer Grundlage beraubt. Diesen Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden.

B. Veränderung der tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen der Medienordnung

I. Vergegenwärtigung der normativen Relevanz der tatsächlichen Verhältnisse im Rundfunkbereich

Den sich verändernden tatsächlichen Rahmenbedingungen und den daraus folgenden Konsequenzen für die Rundfunkfreiheit kommt nicht nur Bedeutung bei der (funktionalen) Bestimmung des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs zu; es sind vielmehr die Fundamente der verfassungsrechtlichen Rundfunkordnung, die durch sich wandelnde Verhältnisse des Sachverhalts Rundfunk in ihren Grundfesten erschüttert werden. Das bedeutungsschwerste dieser Fundamente hat zweifelsohne die Interpretation der Rundfunkfreiheit als einer dienenden Freiheit zu sein. Dieses von einem Primat der objektiv-rechtlichen Bedeutung dieser Freiheit im Sinne der funktionalen Gewährleistung von Meinungsvielfalt ausgehende Ver-

ständnis ist, wie bereits dargestellt,¹¹⁹¹ das zentrale Begründungselement für das Erfordernis einer positiven Rundfunkordnung sowie des weiten Gestaltungsspielraums, den der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung dieser Ordnung genießt. Dieser weite Ausgestaltungsspielraum resultiert wiederum daraus, dass aufgrund des funktionalen Grundrechtsverständnisses – jedenfalls bislang – ausgestaltende Regelungen nicht am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen waren. Folglich spielte es auch bei der Kabelbelegung bislang keine Rolle, ob das rundfunkrechtliche Must-Carry-Modell überhaupt bzw. dessen konkrete Ausgestaltung mit seiner Priorisierung des Rundfunks gegenüber den Telemedien unter Vielfaltsgesichtspunkten erforderlich und, unter Berücksichtigung gegenläufiger Interessen der Beteiligten, angemessen war. Ausreichend für die Verfassungsmäßigkeit dieses Konstrukts war alleine, ob es geeignet erschien, Meinungsvielfalt zu gewährleisten. Die bloße Eignung des Modells ebenso wie der damit einhergehenden Privilegierung des Rundfunks lässt sich kaum bezweifeln.

Käme man nun im Zuge einer Überprüfung der vermeintlichen Sondersituation des Rundfunks zu dem Ergebnis, wonach eben jene Sondersituation aufgrund von Konvergenz- und Digitalisierungsprozessen entfallen ist, so müsste damit die „Geschäftsgrundlage“ des gesamten Interpretationskonstrukts um die Rundfunkfreiheit hinfort sein. Damit könnte sich ein Festhalten am Erfordernis einer positiven (Rundfunk-)Ordnung als nicht mehr zu rechtfertigen erweisen, gleichzeitig könnte eine Neubestimmung der Positionierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks innerhalb der Medienordnung auf Verwirklichung drängen. Letzteres berührt etwa die Frage, ob und inwieweit der (öffentlich-rechtliche) Rundfunk noch in einer rundfunkrechtlichen Kabel- bzw. Plattformregulierung gegenüber sonstigen Angeboten zu privilegieren ist, oder, ob es nicht vielmehr einer Überantwortung der Kabelbelegung an inhaltsneutrale, telekommunikationsrechtliche Instrumente bedarf.

Im Folgenden ist daher zunächst unter Rekurs auf die Befunde der Bestandsaufnahme des zweiten Kapitels zu untersuchen, ob diese in ihren Auswirkungen geeignet erscheinen, das Sondersituationsdogma aufzubrechen. Daran anschließen soll sich eine Betrachtung der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die – dies sei vorausgeschickt – zu dem überraschenden Ergebnis gelangt, dass selbst ein Wegfall der tatsächlichen Sondersituation des Rundfunks keine Abkehr von der rechtlichen Sonderbehandlung dieses Mediums bedingt. Sodann gilt es, diese Rechtsprechung einer sich als geboten geradezu aufdrängenden kritischen Überprüfung zu unterziehen.

¹¹⁹¹ Vgl. oben (Kap. 4, A.III.1.).

II. Konvergenzbedingter Wegfall der Sondersituation?

Rekurrierend auf das zweite Kapitel dieser Arbeit lässt sich feststellen, dass die mit der Digitalisierung einhergehenden technischen Veränderungen umfangreiche und vielgestaltige Konvergenzprozesse im Medienbereich in Gang gesetzt haben. Die im vorliegenden Zusammenhang wichtigsten hiervon sollen sogleich zum Zwecke der Vergegenwärtigung kurz zusammengefasst werden. Danach gilt es zu überprüfen, ob und inwieweit diese tatsächlichen Veränderungen der Sondersituationsdogmatik ihre Legitimation entziehen, wobei dies einerseits im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Sondersituation – Interpretation als dienender Freiheit – im Vergleich zu den anderen Grundrechten der Massenkommunikation und andererseits im Hinblick auf die einfachgesetzliche Sonderbehandlung – Privilegierung bei der Plattform- und Kabelbelegung – im Vergleich zu den Telemedien untersucht werden soll.

1. Wesentliche Konvergenzaspekte

Auch wenn die Konvergenzentwicklungen insgesamt einen Paradigmenwechsel für den Bereich audiovisueller Medien mit sich gebracht haben, so lassen sich hiervon Teilentwicklungsprozesse abspalten, die sich im vorliegenden Zusammenhang als besonders bedeutsam erweisen. Hierzu zählt zunächst die Verschmelzung von Massen- und Individualkommunikation, die sich unter dem Topos der Konvergenz der Nutzung als eine zunehmende Individualisierung der Massenkommunikation darstellt. Unterstützt durch die Vervielfältigung der verfügbaren Übertragungskapazitäten gewährt dieser Individualisierungsprozess dem Rezipienten einen größeren Nutzungskomfort, da er ihm weitgehende Autonomie gegenüber vorgegebenen Programmplanentscheidungen der Rundfunkveranstalter gewährt. Aufgrund der zunehmenden Subjektivierung der Mediennutzung durch die individuelle Adressierbarkeit der einzelnen Nutzer wird dem klassischen (linearen) Rundfunk ein baldiges Ablauf seines Haltbarkeitsdatums prophezeit. Begleitet wird der Individualisierungsprozess durch die zunehmende Verfügbarkeit des Internets auf Rundfunkgeräten. Hierdurch kommt der Rezipient in den Genuss einer bislang nicht existierenden Angebotsvielfalt. Er kann, neben den klassischen linearen Programmen, etwa auf die Sendermediatheken zugreifen, nutzergenerierte Videos konsumieren oder kostenpflichtige Online-Videoportale nutzen. Somit führt nicht nur die aufgrund der digitalen Signaldistribution mögliche effektivere Nutzung der herkömmlichen Übertragungswege sowie – allen voran im Breitbandkabel – deren kapazitätstechnischer Ausbau zu einer spürbaren Entspannung der bisherigen Frequenzknappheit, vielmehr sorgt die Verfügbarkeit des Internets auf diesen Übertragungswegen dafür, dass – theoretisch –

jedwedes audiovisuelle Angebot auf einem der sich zunehmend am Markt durchsetzenden konvergenten Endgeräte empfangbar wird. Diesen tatsächlichen Entwicklungen ist von rechtlicher Seite dadurch Rechnung zu tragen, dass sie zum Anlass einer Überprüfung der Sondersituation des Rundfunks genommen werden. Hierbei ist mit Blick auf das Breitbandkabel insbesondere zu berücksichtigen, dass über dieses mittlerweile sämtliche multimedialen Abrufangebote empfangen werden können.

2. Bedeutung dieser Entwicklung für die Sondersituationsdogmatik

Die Sondersituation des Rundfunks wurde bislang mit den für die Rundfunkdistribution bestehenden finanziellen Hürden, der Knappheit der Frequenzen, der Wirkmächtigkeit dieses Mediums sowie dem befürchteten Marktversagen begründet. Betrachtet man diese Faktoren im Lichte medialer Konvergenz ist festzustellen, dass sie – wenn nicht sogar ganz entfallen – ihre Bedeutung teilweise eingebüßt haben, von einer tatsächlichen Sondersituation des Rundfunks kaum noch gesprochen werden kann.¹¹⁹²

a. Wegfall der finanziellen und technischen Sondersituation

Durch die Vervielfältigung der Übertragungskapazitäten ist es zunächst zu einem weitgehenden Wegfall der durch das Bundesverfassungsgericht ursprünglich als Begründungselemente für die Ausnahmestellung des Rundfunks innerhalb der Massenmedien herangezogenen finanziellen und technischen Sondersituation gekommen. Allen voran in Bezug auf das Breitbandkabel ist festzustellen, dass Netzausbau und Digitalisierung zu einer erheblichen Ausweitung des Frequenzspektrums und damit des Programmangebots geführt haben; dies gilt umso mehr für die Satelliten- und DSL-Übertragung. Zwar ist nicht auszuschließen, dass aufgrund komplexerer Produktionsverfahren (HD, 3-D) diese hinzugewonnenen Übertragungskapazitäten aufgezehrt werden; da aber gleichzeitig weitere Fortschritte bei der Kompressionstechnik zu erwarten sind, erscheint ein abermaliger Kapazitätsengpass wenig wahrscheinlich. Einzig die terrestrische Übertragung weist eine vergleichsweise geringe Übertragungskapazität auf. Dies kann allerdings die These des Wegfalls der technischen Sondersituation nicht infrage stellen, da ein Großteil der Haushalte mittlerweile über einen Internetanschluss verfügt und damit auf die nahezu uneingeschränkte Angebotsvielfalt des WWW zu-

¹¹⁹² Vgl. etwa *Degenhart*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 760; aus europäischer Perspektive EGMR, EuGRZ 1994, 549.

greifen kann.¹¹⁹³ Von einer Engpasssituation, wie sie zu Zeiten der Entwicklung der Sondersituationsdogmatik bestand, in der nicht einmal eine Handvoll Programme übertragen werden konnten, kann jedenfalls nicht mehr gesprochen werden.

Eine wesentliche Folge des Wegfalls des Kapazitätsengpasses sind die sinkenden Kosten der Rundfunkveranstaltung.¹¹⁹⁴ Die mit der Vervielfältigung der Übertragungskapazitäten in Zusammenhang stehende Fragmentierung und Individualisierung des Publikumsinteresses eröffnet auch kleinen und Kleinstanbietern die Möglichkeit der wirtschaftlichen Rundfunkveranstaltung. Daneben illustriert die Entwicklung des „Web 2.0“, dass selbst Privatpersonen nicht mehr von der Veranstaltung von Rundfunksendungen ausgeschlossen sind.¹¹⁹⁵ Die Zeiten, in denen die Abbildung von Interessen von Minderheiten alleine aufgrund der fehlenden wirtschaftlichen Rentabilität unterblieb, scheinen damit überwunden.¹¹⁹⁶ Während Rundfunk ursprünglich „*Kommunikation von Wenigen für die Masse*“ im Sinne einer geringen Zahl kommunikativer Eliten war, besteht heute die Möglichkeit egalitären Zugangs zur Rundfunkveranstaltung, „*Kommunikation nicht nur für, sondern auch durch die Masse*“.¹¹⁹⁷ Eine differenzierte Betrachtungsweise von Rundfunk und Presse – der Ausgangspunkt der Sondersituationsdogmatik – lässt sich somit auch nicht mehr auf einen höheren Finanzaufwand für die Rundfunkveranstaltung stützen.

b. Wirkmächtigkeit: Vergleich klassischen Rundfunks mit Telemedien

Für die ursprünglich für die Sondersituationsdogmatik wesentliche Abgrenzung des Rundfunks von der Presse haben sich in puncto Wirkmächtigkeit kaum Veränderungen ergeben. Als interessanter erweist sich der Topos Wirkmächtigkeit demgegenüber für das Verhältnis von (einfachgesetzlichem) Rundfunk und Telemedien, insbesondere für die Privilegierung des Rundfunks beim Zugang zu den Verbreitungswegen. Denn diese Privilegierung ist nur mittelbar mit dem höheren Regulierungsniveau verknüpft; unmittelbar folgt sie aus der angenommenen Bedeutung des einfachgesetzlichen Rundfunks innerhalb des Meinungsbildungsprozesses. Dessen besondere Bedeutung wiederum wird aus der spezifischen kommunikativen Wirkungsweise linearen Rundfunks gefolgert.

¹¹⁹³ Laut statistischem Bundesamt waren im Jahre 2011 ca. 77% der privaten deutschen Haushalte mit einem Internetzugang ausgestattet; 93% der Nutzer verfügten über einen Breitbandanschluss, vgl. *Viefhues*, MMR-Akt. 2012, 327070.

¹¹⁹⁴ *Thierfelder*, Zugangsfragen, 13, spricht hingegen angesichts des höheren Komplexitätsgrades und der hohen Anfangsinvestitionen für die Einführung digitalen Fernsehens von einer „*fortentwickelten Sondersituation*“.

¹¹⁹⁵ Dies lässt sich durch eine Vielzahl von Personen und Formaten belegen, die Bekanntheit über das Internet erlangt hatten, bevor sie in das Programm eines klassischen Rundfunkveranstalters integriert worden sind.

¹¹⁹⁶ Vgl. *Holznapel*, NordOeR 2011, 205 (208); vgl. auch unten (Kap. 4, B.II.2.c.).

¹¹⁹⁷ *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung, 57: Massenkommunikation ist daher eine „*Jedermann-Freiheit*“.

Telemediale Angebote sind einfachgesetzlich durch die mit ihnen einhergehenden größeren individuellen Selektionsmöglichkeiten der Rezipienten in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht, ihre fehlende Linearität gekennzeichnet. Bereits im Zusammenhang mit den Erörterungen zur Reichweite des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs ist dargelegt worden, dass diese Selektionsmöglichkeiten eine Klassifizierung entsprechender Angebote als Rundfunk nicht hindern.¹¹⁹⁸ Gleichwohl hat sich nicht nur der deutsche Gesetzgeber¹¹⁹⁹ veranlasst gesehen, ein System abgestufter Regulierungsintensität entlang dieser Selektionsmöglichkeiten zu konzipieren. Dahinter verbirgt sich die Prämisse, dass die maßgebliche Meinungsrelevanz eines Angebots davon abhängt, ob dieses mit entsprechenden Selektionsmöglichkeiten versehen ist oder nicht. Insbesondere die fehlende Gleichzeitigkeit der Rezeption soll den Einfluss eines Angebots auf den gesellschaftlichen Meinungsbildungsprozess erheblich reduzieren. Dieser verminderte Einfluss wiederum rechtfertigt eine weniger strenge Regulierung entsprechender Angebote; er rechtfertigt es zudem, nicht-lineare Angebote bei der Belegung des Breitbandkabels und sonstiger Plattformen nur nachrangig zu berücksichtigen. Wie bereits festgestellt, kommt es damit auf den ersten Blick zu einer Kollision zwischen der inhaltlich begründeten (Wirkmächtigkeit!) verfassungsrechtlichen Sondersituation des Rundfunks (gegenüber der Presse) sowie der prima facie inhaltlich neutralen, technisch begründeten (Linearität!), einfachgesetzlichen Sondersituation des Rundfunks (gegenüber den Telemedien). Es ist allerdings ebenso bereits ausgeführt worden, dass es sich hierbei nur um eine scheinbare Kollision handelt, da auch die einfachgesetzliche Privilegierung weiterhin auf genuin inhaltlichen Aspekten – der Wirkmächtigkeit – zumindest mitberuht.

Es fragt sich dementsprechend, ob die Prämisse des Vorrangs (linearer) Rundfunkangebote angesichts der sich wandelnden Verhältnisse noch zutreffend ist oder ob es nicht einer Neuausrichtung der medialen Ordnung bedarf, die ggf. ganz auf eine Differenzierung zwischen Rundfunk und Telemedien – jedenfalls in puncto Plattformbelegung – verzichten kann. Denn eine gleichrangige Behandlung von Rundfunk im engeren Sinne und Telemedien ist jedenfalls dann angezeigt, wenn letztere sich als funktionales Äquivalent ersteren darstellen.¹²⁰⁰ Dabei kommt es maßgeblich wiederum auf die durch das Bundesverfassungsgericht entwickelten Facetten medialer Wirkmächtigkeit – Aktualität, Breitenwirkung, Suggestivkraft – an. Die Betrachtung ist allerdings um spezifisch „multimediale“ Aspekte wie die Interaktivität eines

¹¹⁹⁸ Vgl. oben (Kap. 2, C.II.1.a.).

¹¹⁹⁹ Vgl. insofern die Ausführungen zur AVMD-Richtlinie oben (Kap. 1, C.II.1.b.).

¹²⁰⁰ So auch *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 51 f.; ähnlich *Holzengel*, MMR 2000, 480 (482); für eine Gleichbehandlung von Rundfunk und Telemedien (zum damaligen Zeitpunkt noch Mediendiensten) bereits *Schütz*, MMR 1998, 11 (14 f.); VG Berlin, MMR 1998, 552 (555); ähnlich, wenn auch zurückhaltender *Jüngling*, Fernsehkaabelnetz, 173 ff.

Angebots sowie die strukturelle Balance zwischen den Kommunikationsbeteiligten zu ergänzen.¹²⁰¹

i. Aktualität

Der Gesichtspunkt der Aktualität eines Angebots spielt – anders als für die verfassungsrechtliche Unterscheidung Rundfunk/Presse – für die Abgrenzung von Rundfunk und Telemedien keine gesteigerte Rolle. Sowohl die Angebote des klassischen Rundfunks als auch nicht-lineare Angebote sind in der Lage, praktisch „in Echtzeit“ auf situative Vorgänge zu reagieren. Berücksichtigt man, dass der Begriff der Telemedien auch sämtliche Online-Angebote erfasst, lässt sich allerdings ein Vorteil auf Seiten der Telemedien erkennen.¹²⁰²

ii. Suggestivkraft

Während sich bei unreflektierter Betrachtung der Eindruck aufdrängen mag, die Suggestivkraft von Rundfunk und Telemedien könne sich kaum unterscheiden, jedenfalls sofern man letztere auf audiovisuelle Angebote beschränkt, da bei beiden Angebotskategorien die Kombination von Bewegtbildern und Ton im Vordergrund steht,¹²⁰³ ließe diese Sichtweise außer Acht, dass sich das Wirkungspotenzials eines Angebots nicht ohne Einbeziehung des Kontexts, in dem es verbreitet wird, bestimmen lässt. Obgleich es bislang an empirischen kommunikationswissenschaftlichen Studien zur Wirkungsweise insbesondere von Bewegtbildangeboten im Internet mangelt, lassen sich doch bestimmte Spezifika entsprechender Telemedienangebote mit Relevanz für deren Suggestivkraft identifizieren. Bedeutung für die Suggestivkraft kann dabei insbesondere der Umstand entfalten, dass telemediale Angebote überwiegend durch den Nutzer abgerufen werden, dieser mithin eine gezielte Auswahlentscheidung trifft, ohne sich zwingend dem Sendeplan eines bestimmten Programmveranstalters unterwerfen zu müssen.¹²⁰⁴ Da insoweit Einigkeit besteht, dass eine hohe Suggestivkraft eher dazu

¹²⁰¹ Aufgrund der Vielgestaltigkeit der als Telemedien zu qualifizierenden Angebote lässt sich eine erschöpfende Untersuchung der Meinungsbildungsrelevanz eines jeden Angebots im Rahmen dieser Arbeit nicht vornehmen. Es soll daher lediglich versucht werden, eine grundlegende Gegenüberstellung der kommunikativen Bedeutung des Rundfunks einerseits sowie der Telemedien andererseits vorzunehmen. Zur Bewertung der Meinungsbildungsrelevanz verschiedener Online-Angebote: *Neuberger/Lobigs*, Bedeutung des Internets, 51 ff.

¹²⁰² Vgl. *Holznapel*, NordOeR 2011, 205 (207); ähnlich *Held*, Online-Angebote, 93; *Körber*, ZWeR 2009, 315 (324). Zur Häufigkeit von Aktualisierungen im Internetjournalismus: *Neuberger/Lobigs*, Bedeutung des Internets, 32. Kritisch zur Aussagekraft des Aktualitätskriteriums *Ory*, AfP 2007, 401 (402).

¹²⁰³ So etwa *Eberle*, abgedruckt bei *Pöppelmann*, MMR 7/2008, XXVII, der publizistischen Angeboten in Telemedien eine vergleichbare Authentizität und Wirkkraft wie dem traditionellen Fernsehen zuspricht; aA *Klickermann*, MMR 2008, 793 (796); differenzierend *Körber*, ZWeR 2009, 315 (325 f.).

¹²⁰⁴ Vgl. *Neuberger/Lobigs*, Bedeutung des Internets, 20; *Bullinger*, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 193 (208); kritisch *Gersdorf*, Technologieneutraler Rundfunkbegriff, 62 ff; vgl. auch sogleich zur Linearität.

führt, dass der Rezipient ein Angebot nur oberflächlich wahrnimmt, was wiederum zur Gefahr eines unbewussten und irrationalen Umgangs mit den zu verarbeitenden Eindrücken führt,¹²⁰⁵ spricht die aufgrund der aktiven Auswahlentscheidung partizipative Rolle des Telemedien-Konsumenten für eine geringere Suggestivkraft solcher Angebote.¹²⁰⁶ Sofern diese aktive Rolle noch dadurch gesteigert wird, dass das audiovisuelle Angebot von Textbeiträgen und Kommentierungsmöglichkeiten begleitet wird, die dem Rezipienten zusätzliche Optionen zur Reflektion und damit einer bewussteren Verarbeitung der gewonnenen Eindrücke erlauben, spricht dies für eine weitere Abnahme der Suggestivkraft.¹²⁰⁷

Die aufgrund der steigenden Konsumentensouveränität demnach im Gegenzug sinkende Suggestivkraft telemedialer Angebote gegenüber dem Rundfunk darf indes nicht zu dem voreiligen Schluss verführen, erstere seien gegenüber letzteren alleine deswegen weniger meinungsbildungsrelevant, weil sie einen geringeren suggestiven Einfluss ausüben. Vielmehr ist insofern zwischen aktiver und passiver Meinungsbildung zu differenzieren.¹²⁰⁸ Nur die passive Meinungsbildung wird in erster Linie von äußeren Einflüssen geprägt. Demgegenüber beruht die aktive Meinungsbildung gerade auf der Auswahl der Kommunikationsinhalte durch den Rezipienten. Daraus mag sich zwar ableiten lassen, dass hochsuggestive Dienste wie der traditionelle Rundfunk besonderer Vorkehrungen vor etwaigem Missbrauch bedürfen, nicht jedoch, dass diese Dienste zwingend – etwa im Zusammenhang mit der Kabelbelegung – zu bevorzugen sind. Es lässt sich vielmehr entgegengesetzt argumentieren, dass gerade solche Dienste privilegiert erscheinen, die den aktiven Aspekt der Meinungsbildung ansprechen, freilich nur unter solchen Bedingungen, die – aufgrund von Vielfalt – ein aktiv-selektierendes Handeln der Rezipienten erlauben.

iii. Breitenwirkung bzw. Mediennutzung

Ebenfalls von zentraler Bedeutung für die Wirkmächtigkeit eines Angebots bzw. einer Dienstekategorie ist dessen Breitenwirkung. Dabei besteht eine nicht zu unterschätzende Wechselwirkung zwischen der Breitenwirkung und der daran anknüpfenden Regulierung. So

¹²⁰⁵ Held, Online-Angebote, 101.

¹²⁰⁶ Vgl. auch Schenk, in: Fünfgeld/Mast, Massenkommunikation, 155 (159): „(...) diese Aktivität ist aber oft geradezu ein Hindernis für das Entstehen von Medienwirkungen (...). Eine intensive gedankliche Auseinandersetzung mit Medienbotschaften kann Medienwirkungen einschränken.“; ähnlich Weisser, ZUM 1997, 877 (882); Körber, ZWeR 2009, 315 (325).

¹²⁰⁷ Vgl. Neuberger/Lobigs, Bedeutung des Internets, 20, die zudem ein „Untergraben“ der besonderen Autorität des klassischen Rundfunks dadurch für möglich halten, dass durch die Etablierung von User-Generated-Content-Angeboten die Produktion von TV-Formaten auch für Laien nachvollziehbarer wird und damit ihr mysteriöses verliert. Einen zusätzlichen Autoritätsverlust könnte die satirisch-parodistische Bearbeitung klassischer Fernseh-inhalte durch die Rezipienten selbst bewirken. Einschränkend Lehrke, Pluralismus, 142.

¹²⁰⁸ Vgl. etwa Hesse/Ellwein, Regierungssystem, 135.

liegt es auf der Hand, dass ein Dienst, der im Rahmen von Must-Carry-Vorgaben privilegiert wird, eine größere Breitenwirkung entfalten wird, als ein Dienst ohne Verbreitungsprivileg. Aus diesem Grund sind Übertragungsverpflichtungen, die entsprechende Verbreitungsprivilegien absichern, so auszugestalten, dass sie nicht zu einer „Versteinerung“ dergestalt führen, dass sie unüberwindbare Zugangshürden für neuartige Dienste darstellen. Diesem Umstand versuchen etwa die Plattformbelegungsregeln dadurch Rechnung zu tragen, indem sie dem Rundfunk vergleichbaren Telemedien eine angemessene Berücksichtigung im Can-Carry-Bereich zusichern.¹²⁰⁹

(1) Verbreitungsgrad (Theoretische Breitenwirkung)

Für die Breitenwirkung als nutzungsbezogenem Merkmal kommt es zunächst auf den Verbreitungsgrad – die Reichweite – innerhalb der Bevölkerung an.¹²¹⁰ Im Hinblick auf sog. Verstärkerwirkungen kann es daneben eine Rolle spielen, ob aufgrund zeitlicher und/oder räumlicher Disponibilität Mehrfachnutzungen des jeweiligen Angebots möglich sind.¹²¹¹

Nimmt man alleine die technisch bedingten, theoretischen Reichweiten in den Blick ist zu konstatieren, dass aufgrund der nahezu flächendeckenden Digitalisierung des Breitbandkabelnetzes grundsätzlich sowohl klassischer Rundfunk als auch Telemedien überall empfangbar sind. Hinsichtlich von Online-Angeboten ist allerdings zu berücksichtigen, dass – bezogen auf das Breitbandkabel – keinesfalls von sämtlichen Kabelnetzkunden auch ein Breitbandkabelinternetanschluss nachgefragt wird.¹²¹² Findet sich also das Online-Angebot nicht zufällig in einem Walled-Garden des Netzbetreibers, ist es für den Kunden jedenfalls auf diesem Übertragungsweg nicht verfügbar. Doch auch hier lässt sich, aufgrund der schon heute weiträumigen Verbreitung sonstiger Internetzugänge – die aufgrund der heutzutage erhältlichen, mit Wireless-LAN-Anschluss ausgerüsteten Empfangsgeräte nicht isoliert betrachtet werden können -, annehmen, dass Online-Angebote im Kabel in baldiger Zukunft einen vergleichbaren Verbreitungsgrad aufweisen werden wie der klassische Rundfunk.

¹²⁰⁹ Vgl. hierzu oben, Kap. 3, B.IV.5.c.).

¹²¹⁰ Vgl. Held, Online-Angebote, 100 f.; Schulz/Held/Kops, ZUM SH 2001, 621 (627); Gersdorf, Technologie-neutraler Rundfunkbegriff, 74: „Reichweiten als maßgebliches Differenzierungskriterium für die Regulierung“.

¹²¹¹ Rossen-Stadtfeld, Bewegtbildangebote, 65 f.

¹²¹² Vgl. oben (Kap. 1, C.I.3.).

(2) Nutzungsverhalten (tatsächliche Breitenwirkung)

Lassen sich dementsprechend keine signifikanten Unterschiede bei der theoretisch-technischen Reichweite von Rundfunk und Telemedien konstatieren, fragt sich, ob sich solche anhand empirischer Studien bei den tatsächlichen Reichweiten, also der konkreten Nutzung der jeweiligen Dienstekategorien feststellen lassen.¹²¹³ Dabei erweist sich eine intermediale Betrachtung – also die Gegenüberstellung der Nutzung klassischen Rundfunks einerseits und nicht-linearer Dienste andererseits – gegenüber einem Vergleich einzelner Angebote als vorzugswürdig.¹²¹⁴ Denn insbesondere (audiovisuelle) Online-Angebote zeichnen sich aufgrund der im Internet verfügbaren Angebotsvielfalt durch eine gegenüber traditionellem Rundfunk weniger stark konzentrierte Angebotsverteilung aus, weshalb die Breitenwirkung selbst der reichweitenstärksten Online-Angebote deutlich hinter der Breitenwirkung des Rundfunks zurückbleibt.¹²¹⁵ Daher wäre ein Vergleich der Nutzungswerte einzelner Rundfunkprogramme gegenüber einzelnen telemedialen Angeboten wenig aussagekräftig.

Entsprechende Studien jüngerer Datums sind dabei übereinstimmend zu der grundsätzlichen Einschätzung gelangt, dass das klassische Fernsehen aus Sicht der Nutzer weiterhin überragende Bedeutung genießt.¹²¹⁶ So bewegt sich die Entwicklung der Fernsehnutzung zwischen einer Stagnation auf hohem Niveau¹²¹⁷ und einem in jüngster Zeit in allen Generationen zu beobachtenden Mehrkonsum.¹²¹⁸ Angesichts der – auch in dieser Arbeit – vielfach erwähnten konvergenzbedingten Individualisierung und Fragmentierung des Zuschauerhaltens sowie der damit einhergehenden Ausdifferenzierung des Fernsehmarktes¹²¹⁹ mag es zudem überraschen, dass sich noch immer mehr als Zweidrittel des Fernsehkonsums auf die etablierten Fernsehprogramme beschränkt.¹²²⁰ Bei längerfristiger Betrachtung lässt sich indes feststellen, dass das Fernsehen gerade unter Jugendlichen einen kontinuierlichen Bedeutungsverlust erleidet.¹²²¹

¹²¹³ Vgl. zur Bedeutung der tatsächlichen Reichweite eines Dienstes *Holznapel*, in: Eifert/Hoffmann-Riem, Innovation, Recht und öffentliche Kommunikation, 97 (110 f.).

¹²¹⁴ AA Boos, MMR 2012, 364 (366), die Telemedien Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung abspricht, da die meisten Telemedien keinen mit Fernsehprogrammen vergleichbaren Rezipientenkreis aufweisen.

¹²¹⁵ Vgl. *Neuberger/Lobigs*, Bedeutung des Internets, 51; zur „Zerstreuung der Aufmerksamkeit“ im Internet vgl. *Ladeur*, ZUM 2009, 906 (912); anderes mag aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht unter dem Aspekt der Nutzungskonvergenz für traditionelles Fernsehen und Abrufdienste gelten, vgl. dazu *Trepte/Bachmann*, in: Hassebrink/Mikos/Prommer, Mediennutzung, 173 (194).

¹²¹⁶ So 10. Welle der ARD/ZDF-Langzeitstudie zur Medienbenutzung, Ergebnisse abgedruckt bei *Ridder/Engel*, MP 2010, 523; ARD/ZDF-Online-Studie, Ergebnisse abgedruckt bei *Frees/v. Eimeren*, MP 2011, 350.

¹²¹⁷ *Zubayr/Gerhard*, MP 2009, 98 (98 f.).

¹²¹⁸ *Zubayr/Gerhard*, MP 2011, 126 (127).

¹²¹⁹ Vgl. auch *Zubayr/Gerhard*, MP 2009, 98 (104), die der Fragmentierung des Fernsehmarktes allerdings eine abnehmende Dynamik bescheinigen; ferner *Groebel*, in: Fünfgeld/Mast, Massenkommunikation, 319 (328 f.).

¹²²⁰ *Zubayr/Gerhard*, MP 2011, 126 (128); vgl. auch *Schulz/Held/Kops*, ZUM 2001, 621 (628).

¹²²¹ So rangiert das lineare Fernsehen im Wichtigkeitsvergleich bei der Altersgruppe der 12- bis 19-Jährigen nur noch an fünfter Stelle, während das Internet den ersten (Jungen) bzw. zweiten (Mädchen) Platz belegt, vgl.

Demgegenüber verzeichnet das Internet einen kontinuierlichen Bedeutungszuwachs bei allen Bevölkerungsgruppen; es handelt sich – gemessen an der Tagesreichweite – um das einzige „Wachstumsmedium“.¹²²² Ein noch deutlicheres Indiz dieses Bedeutungszuwachses des Internets ist die Nutzungsdauer, bei der die Tagesreichweite zur Verweildauer in Bezug gesetzt wird. Hier belegt das Internet mittlerweile den dritten Platz und hat damit die Tageszeitung verdrängt.¹²²³ Weder die gestiegene Tagesreichweite noch die ebenfalls erhöhte Nutzungsdauer des Internets dürfen indes darüber hinwegtäuschen, dass dieses derzeit (noch) überwiegend für nicht-mediale Anwendungen wie E-Mails, Chats etc. verwendet wird; nur ein knappes Drittel der Gesamtinternetnutzung entfällt auf mediale Anwendungen im weitesten Sinn.¹²²⁴ Im Vergleich zu klassischem Fernsehen handelt es sich bei der Nutzung audiovisueller Online-Angebote wie Web-TV-Plattformen und Sendermediatheken (noch) um ein „Randphänomen“ ohne durchgreifende gesellschaftliche Akzeptanz,¹²²⁵ gleiches gilt für die Nutzung sonstiger nicht-linearer Angebote. Rekurrierend auf die Ergebnisse der ARD/ZDF-Onlinestudie 2011 ist zu konstatieren, dass die zeitversetzte Bewegtbildnutzung derzeit lediglich einen Anteil von zwei Prozent, die Onlinenutzung sogar nur von einem Prozentpunkt der Bewegtbildnutzung insgesamt ausmacht, wenngleich die Fernsehnutzung über das Internet – allerdings sowohl via Livestream als auch zeitversetzt – weiter zunimmt.¹²²⁶ Bezogen auf die tägliche Gesamtnutzungsdauer des Internets (2010: 83 Minuten) entfällt derzeit lediglich eine einzige Minute auf die – live oder zeitversetzte – Rezeption von Fernsehsendungen.¹²²⁷ Ein ähnliches Bild ergibt sich bei den 14- bis 29-Jährigen. Von deren täglicher Internetnutzung von 144 Minuten entfielen ganze drei Minuten auf die Nutzung von Fernsehsendungen. Allerdings nimmt das Internet bei dieser Bevölkerungsgruppe mittlerweile – trotz einer tenden-

MPFS, JIM-Studie 2011, 15. Dass gleichzeitig die Sehdauerwerte steigen oder zumindest gleich bleiben lässt sich damit erklären, dass bei einem sich verkleinernden Rezipientenkreis die Fernsehnutzung der verbleibenden Rezipienten zunimmt, vgl. Zubayr/Gerhard, MP 2009, 98 (100).

¹²²² Ridder/Turecek, MP 2011, 570 (573 f.): Zwar führt auch bei der Tagesreichweite weiterhin das Fernsehen (86%) vor dem Hörfunk (79%) und der Tageszeitung (44%). Die Tagesreichweite des Internets ist allerdings seit 2005 von 28% auf mittlerweile 43% angestiegen.

¹²²³ Vgl. Ridder/Turecek, MP 2011, 570 (574).

¹²²⁴ Ebd., 575 f.

¹²²⁵ Zubayr/Gerhard, MP 2011, 126. Betrachtet man die tägliche Mediennutzung, erreicht das Fernsehen einen Anteil von 70 Prozent gegenüber dem Internet mit 14 Prozent; bei den 14- bis 29-Jährigen liegen Fernsehen und Internet gleichauf, vgl. Ridder/Engel, MP 2010, 523 (526); eine zunehmende Meinungsbildungsrelevanz des Internets feststellend Neuberger/Lobigs, Bedeutung des Internets, 29.

¹²²⁶ Auch in den USA erreicht die nicht-lineare Nutzung audiovisueller Inhalte – trotz im Vergleich zu Deutschland günstigerer Marktbedingungen – bislang lediglich einen Nutzungsgrad von 8 Prozent, vgl. Frees/v. Eimeren, MP 2011, 350. Gleichwohl wird die zeitunabhängige Medienverfügbarkeit als der wichtigste Zukunftstrend 2020 angesehen, vgl. Ridder/Engel, MP 2010, 523 (533).

¹²²⁷ Ridder/Engel, MP 2010, 523 (532). Nicht hierunter fällt allerdings die Nutzung solcher Bewegtbildangebote, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit klassischen Medien stehen (z. B. Youtube). Auf diese entfallen von den 24 Minuten für die Gesamtnutzung medialer Internetangebote drei Minuten; 13 Minuten täglich entfallen auf das Lesen aktueller Nachrichten, vgl. Ridder/Turecek, MP 2011, 570 (576).

ziell festzustellenden „*Entpolitisierung der Mediennutzung*“¹²²⁸ insgesamt – die Rolle der wichtigsten Informationsquelle für politische Themen ein,¹²²⁹ während das traditionelle Fernsehen überwiegend zur Entspannung und Unterhaltung genutzt wird.¹²³⁰ Obgleich auch unterhaltenden Beiträgen nicht die Meinungsbildungsrelevanz abgesprochen werden kann, so zeigt dieser Befund doch, dass sich das Internet als Informationsmedium jedenfalls für den – gerade die herausgehobene Bedeutung der Medien begründenden¹²³¹ – Bereich der aktiven politischen Meinungsbildung mittlerweile zum Leitmedium entwickelt hat.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine zunehmende Nutzungsverlagerung zugunsten telemedialer, nicht-linearer Angebote und zulasten des klassischen Rundfunks zwar allgemein erwartet wird, bislang aber so nicht feststellbar ist. Doch selbst die erwartete Nutzungsverlagerung wird jedenfalls mittelfristig nicht ausreichen, um die dominante Rolle des klassischen Rundfunks ernsthaft infrage zu stellen.¹²³² Vielmehr lässt sich prognostizieren, dass sich der lineare Rundfunk auch zukünftig eines wesentlichen Nutzungsgrades erfreuen können. Bereits heutzutage ist allerdings zu konstatieren, dass das Internet für die aktive Informationsbeschaffung der Bevölkerung signifikante Relevanz entfaltet, wobei auch diesbezüglich die verschiedenen Mediengattungen derzeit noch eine weitgehend komplementäre Rolle spielen.¹²³³

iv. Linearität

Bereits im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff ist festgestellt worden, dass die mit der fehlenden Linearität eines Angebots einhergehenden Besonderheiten bei der Angebotsselektion nicht geeignet sind, nicht-linearen Angeboten die Rundfunkqualität abzusprechen.¹²³⁴ Damit ist allerdings noch nicht erhellt, ob diese Besonderheiten nicht wenigstens doch geeignet sind, als Rechtfertigung der Privilegierung linearen gegenüber nicht-

¹²²⁸ *Berg/Kiefer*, Massenkommunikation V, 213.

¹²²⁹ Vgl. *Holznapel*, NordOeR 2011, 205, (207), der zudem annimmt, die Nutzung audiovisueller Angebote im Internet gehöre bei dieser Altersgruppe bereits deswegen „schon zum Alltag“, weil sie mindestens einmal pro Woche erfolge; insgesamt zurückhaltender zur Bedeutung des Internets als tägliche Informationsquelle *Mende/Oehmichen/Schröter*, MP 2012, 2 (7).

¹²³⁰ Vgl. *Held*, Online-Angebote, 91.

¹²³¹ So auch *Lehrke*, Pluralismus, 83.

¹²³² In diesem Sinne auch die Nachweise bei *Ridder/Engel*, MP 2010, 523 (524 mit Fn. 5); vgl. auch *Thierfelder*, Zugangsfragen, 15, unter besonderer Betonung der gesellschaftlich integrierenden Funktion klassischer Fernsehprogramme angesichts eines „atomisierten Informationsangebots neuer Medien“.

¹²³³ Unterstützt wird diese Annahme durch die technologische Entwicklung. So ermöglicht etwa Hybrid-TV (vgl. dazu oben [Kap. 1, A.II.]) eine komfortable komplementäre Nutzung von linearem Rundfunk und nicht-linearen Mediendiensten (vgl. *Broemel*, ZUM 2012, 866 (867)).

¹²³⁴ Vgl. oben (Kap. 1, C.II.1.a.).

linearen Angeboten im Rahmen der einfachgesetzlichen Rundfunkordnung und damit mittelbar auch bei der Kabel- bzw. Plattformbelegung zu dienen. Mit anderen Worten fragt sich, ob sich die kommunikativ-publizistische Wirkung eines medialen Angebots danach unterscheidet, dass es entweder der zeitlich parallelen oder der zeitlich individuellen Rezeption bedarf. Ließe sich beispielsweise feststellen, dass lineare Angebote größere Relevanz für die Meinungsbildung haben, könnte dies eine Bevorzugung entsprechender Angebote bei der Kabelbelegung legitimieren.

Es ist bereits erörtert worden, dass sich die Wirkungsintensität eines linearen Angebots jedenfalls nicht aufgrund des damit verbundenen vorgegebenen Programmplans ergibt. Daneben legt ein Blick auf die Agenda-Setting-Funktion der Medien nahe, dass auch die massensynchrone Rezeption nicht zwingend einen Beleg für gesteigerte Meinungsbildungsrelevanz darstellt. So wird überwiegend angenommen, dass Tageszeitungen eine größere Bedeutung für das gesellschaftliche Agenda-Setting zukommt als dem Fernsehen, obwohl oder gerade weil die Presse anders als das Fernsehen nicht durch die Notwendigkeit gleichzeitiger Rezeption gekennzeichnet ist.¹²³⁵ Ferner lässt sich anführen, dass aufgrund fortschreitender Entwicklung der Empfangs- und Aufzeichnungstechnik – Stichwort: „*Timeshifting*“¹²³⁶ – auch der klassische Rundfunk sukzessive um zusätzliche zeitliche Selektionsmöglichkeiten erweitert wird und wie ein Abrufdienst genutzt werden kann. Schließlich ist in Rechnung zu stellen, dass es gerade die nicht-linearen Angebote sind, die – beim kostenlosen Abruf ohnehin, bei Paid-Content jedenfalls im Falle des *Download-to-own* – Mehrfachnutzungen erlauben. Diese, analog der Presse möglichen Effekte kumulativer Nutzung führen wiederum zu einer Erhöhung des Nutzungsgrades und sprechen folglich für eine gesteigerte Meinungsbildungsrelevanz nicht-linearer Angebote. Hinzu kommt, dass ein bestimmtes Angebot intensiver und aufmerksamer rezipiert wird, wenn der Nutzer – wie im Falle nicht-linearer Angebote – bewusst in solchen Situationen darauf zugreifen kann, in denen er einen tatsächlichen Bedarf empfindet.¹²³⁷ Gestützt wird diese Annahme durch Ergebnisse der Medienwirkungsforschung, wonach insbesondere solche Inhalte in besonderem Maße von den Rezipienten wahrgenommen werden, die ihren jeweiligen persönlichen Dispositionen entsprechen.¹²³⁸ Schließlich zeichnen sich nicht-lineare Medien durch eine nutzerseitige gezielte und daher intensive In-

¹²³⁵ Vgl. *Neuberger/Lobigs*, Bedeutung des Internets, 21, m. w. N.

¹²³⁶ Vgl. dazu *Gersdorf*, Technologieneutraler Rundfunkbegriff, 67 f.

¹²³⁷ Vgl. *Held*, Online-Angebote, 92, der als Beispiel die Wirkung von Ratgebersendungen anführt; vgl. auch *Eberle*, CR 1996, 193 (195); *Michel*, ZUM 1998, 350 (352); *Brand*, Rundfunk, 99 ff.; *Gersdorf*, Digitalisierung, 152 f.; aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht *Hasebrink*, in: Ders./Mikos/Prommer, Mediennutzung, 67 (78).

¹²³⁸ Sog. „Verstärkerregel“; vgl. dazu auch *Hain*, Rundfunkfreiheit, 54.

formationsrezeption aus, während für habitualisiert genutzte lineare Medien eher eine flüchtige und beiläufige Informationsrezeption charakteristisch ist.¹²³⁹

Entscheidend sollte daher nicht sein, „wann“ eine Sendung, sondern „ob“ diese Sendung überhaupt gesehen wird, ohne dass es darauf ankommt, ob die Rezeption zeitgleich oder zeitversetzt erfolgt.¹²⁴⁰ Legt man diese Sichtweise zugrunde erhellt sich, dass die Meinungsbildungsrelevanz nicht-linearer Angebote nicht per se gegenüber linearen Diensten zurückbleibt.¹²⁴¹ Es lassen sich folglich keine monokausalen Rückschlüsse von technischen Verbreitungsmerkmalen eines Kommunikationsdienstes (Linearität) auf dessen sozio-kommunikative Bedeutung (Meinungsbildungsrelevanz) ziehen.

v. Strukturelle Balance zwischen den Kommunikationsbeteiligten

Ein weiteres Kriterium im Rahmen des Vergleichs der Meinungsbildungsrelevanz linearer und nicht-linearer Angebote ist die strukturelle Balance zwischen den am Massenkommunikationsprozess Beteiligten. Hierfür ist zu fragen, ob und welche Auswirkungen eine eventuell vorzufindende strukturelle Asymmetrie zwischen dem Kommunikator und dem Rezipienten auf die Meinungsbildungsrelevanz eines Angebots zeitigt.¹²⁴² Eine Asymmetrie ist zu konstatieren, wenn die transportierten Inhalte durch den Kommunikator vorstrukturiert werden, während sich der Rezipient dieser einseitigen Vorstrukturierung zu unterwerfen hat. Dazu ist zunächst unter Rückgriff auf die medienökonomische Prinzipal-Agent-Theorie das Verhältnis von Kommunikator und Rezipient im klassischen Rundfunk zu untersuchen. Anschließend soll sich eine Untersuchung, inwieweit die in diesem Zusammenhang festzustellende Asymmetrie durch die Besonderheiten telemedialer Angebote aufgebrochen werden kann.

(1) Prinzipal-Agent-Theorie im klassischen Rundfunk

Aus medienökonomischer Sicht zeichnet sich der Rundfunk durch eine asymmetrische Informationsverteilung zwischen Anbietern und Rezipienten aus. Diese Informationsasymmetrie folgt aus zwei den Rundfunk kennzeichnenden Besonderheiten. Zunächst handelt es sich bei Rundfunk um ein sog. Erfahrungsgut. Bei Erfahrungsgütern kann der Konsument seine

¹²³⁹ Vgl. *Mende/Oehmichen/Schröter*, MP 2012, 2 (16 f.).

¹²⁴⁰ Wie hier *Gersdorf*, *Technologieneutraler Rundfunkbegriff*, 67; *Holznel*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, *Innovation, Recht und öffentliche Kommunikation*, 97 (107 f.); *Lehrke*, *Pluralismus*, 78.

¹²⁴¹ Zu diesem Ergebnis gelangen auch *Neuberger/Lobigs*, *Bedeutung des Internets*, 21; ähnlich *Holznel*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, *Innovation, Recht und öffentliche Kommunikation*, 97 (117); *Lehrke*, *Pluralismus*, 153 f.; aA wohl noch *Bullinger*, *AöR* 108 (1983), 161 (210).

¹²⁴² *Held*, *Online-Angebote*, 75, sieht darin das zentrale Rundfunkkriterium.

Auswahlentscheidung erst bewerten, nachdem er sie getroffen hat. Auf den Rundfunk übertragen bedeutet das, dass der Rezipient erst dann entscheiden kann, ob er für das aus seiner Sicht richtige, qualitativ hochwertige¹²⁴³ Programm seine Zeit geopfert hat, nachdem er es angesehen hat.¹²⁴⁴ Verstärkt wird die Asymmetrie durch die hinzutretende Eigenschaft mancher Fernsehinhalte als sog. Vertrauensgüter. Anders als bei Erfahrungsgütern erweisen sich die Informationsasymmetrien zwischen Anbieter und Rezipient hier als noch umfangreicher, da letztere nicht einmal nach der Rezeption der Sendung in der Lage sind, deren Qualität beurteilen zu können.¹²⁴⁵ Während sich Unterhaltungssendungen, Spielfilmproduktionen oder Sportübertragungen üblicherweise als Erfahrungsgüter erweisen, handelt es sich bei Sendungen mit vorwiegend journalistisch-redaktionellen Inhalten – etwa Nachrichtensendungen¹²⁴⁶ oder politischen Magazinen – zusätzlich um Vertrauensgüter. Die aufgrund dieser Besonderheiten bestehende ungleiche Informationsverteilung zwischen Anbietern und Nachfragern im Rundfunkbereich hat zur Folge, dass die Gefahr sog. adverser Selektion besteht. Darunter versteht man die Verdrängung qualitativ höherwertiger Produkte/Dienstleistungen durch solche niedrigerer Qualität aufgrund einer entsprechenden Konsumentennachfrage. Die Gefahr adverser Selektion realisiert sich immer dann, wenn die Anbieterseite ihr überlegenes Wissen einsetzt, um die Nachfrageseite aufgrund ihres Informationsdefizits zum Konsum vergleichsweise qualitativ minderwertiger Güter/Dienstleistungen zu bewegen, es mithin zu einem Versagen der Marktmechanismen von Angebot und Nachfrage kommt.¹²⁴⁷

Auf dieser Informationsasymmetrie zwischen Rundfunkanbietern und Rezipienten baut die medienökonomische Prinzipal-Agent-Theorie auf. Danach kommt den Rundfunkanbietern aufgrund ihrer gesteigerten – idealiter journalistischen – Fachkenntnis die Rolle der „Agenten“ zu, denen die Rezipienten als „Prinzipale“ die Produktion und Zusammenstellung eines

¹²⁴³ Unterstellt, der Rezipient wählt das „richtige“ Programm alleine unter qualitativen Aspekten aus. Hierbei handelt es sich um eine Frage der Medienkompetenz.

¹²⁴⁴ Vgl. *Holznapel/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 404; *Kops*, in: Kohl, Vielfalt im Rundfunk, 151 (160 f.); *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung, 38.

¹²⁴⁵ Vgl. *Holznapel/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 404; *Kops*, in: Kohl, Vielfalt im Rundfunk, 151 (160 f.); *dens.*, Soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Nachfrage seiner Zuhörer und Zuschauer korrigieren?, AP Köln, Nr. 196, 17; *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung, 38.

¹²⁴⁶ Deren Qualität lässt sich etwa im Hinblick auf Aktualität, inhaltlich-gegenständliche Vielfalt bzw. Ausgewogenheit, Grad der zum Ausdruck kommenden Meinungsvielfalt und Wahrheitsgehalt bemessen; zum Ganzen vgl. *Kops*, Soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Nachfrage seiner Zuhörer und Zuschauer korrigieren?, AP Köln, Nr. 196, 17.

¹²⁴⁷ Zur Reduzierung des Informationsdefizits kommen sowohl sog. Screening- als auch Signaling-Strategien in Betracht. Während ersteres die Gewinnung von Vorabinformationen durch die Rezipienten etwa mittels Programmzeitschriften meint, zielt das Signaling auf ein Tätigwerden des Rundfunkveranstalters ab, der sich bei den Zuschauern eine Reputation als „Qualitätsmarke“ erarbeitet. Beide Strategien können die bestehenden Informationsasymmetrien indes nur in beschränktem Umfang mindern, vgl. *Holznapel/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 405; *Kops*, in: Kohl, Vielfalt im Rundfunk, 151 (161).

Programmangebots delegieren.¹²⁴⁸ Diese Delegation der Entscheidungsbefugnis erweist sich für die originär dispositionsbefugten Rezipienten als vorteilhaft, da sie im Sinne arbeitsteiligen Zusammenwirkens von der Spezialisierung der Rundfunkanbieter profitieren, indem sie nicht aus der Masse ungefilterter Rohinformationen wählen müssen, sondern in den Genuss eines professionell ausgewählten, aufbereiteten und verbreiteten Angebots kommen. Im Gegenzug nehmen die Rezipienten in Kauf, dass das Ergebnis der an die Rundfunkanbieter delegierten Programmentscheidung partiell von den eigenen persönlichen Präferenzen abweicht, nämlich in dem Ausmaß, indem die individuellen Präferenzen und die Präferenzen der spezialisierten Agenten voneinander abweichen, wofür von entscheidender Bedeutung ist, wie schwierig die Qualität des betreffenden Gutes einzuschätzen und damit korrespondierend der Umfang der dem Agenten übertragenen Entscheidungsbefugnis ist.¹²⁴⁹ Ein Agent ist dabei als besonders geeignet anzusehen, wenn er unter Zugrundelegung seiner Spezialkenntnisse Konsumententscheidungen im Interesse der Prinzipale trifft, ohne diese Entscheidungen an seinem eigenen Nutzen auszurichten.

Im klassischen Rundfunk kommt vor allem den öffentlich-rechtlichen Veranstaltern die Rolle eines Agenten zu.¹²⁵⁰ Ihnen wird, aufgrund der binnenpluralen Struktur in Verbindung mit der finanziellen Unabhängigkeit aufgrund der Beitragsfinanzierung, einerseits eine besondere Sachkenntnis hinsichtlich qualitativ hochwertiger Programmveranstaltungen und andererseits eine geringere Eigennutzorientierung zugesprochen.¹²⁵¹ Dies drückt sich u. a. in der verfassungsrechtlich fundierten Treuhandsfunktion der binnenpluralen Organe als Sachwalter des Allgemeininteresses aus. Demgegenüber besteht bei den privaten Veranstaltern – nicht zuletzt wegen der Beteiligung auf Gewinnmaximierung ausgerichteter Finanzinvestoren – die Gefahr einer größeren Eigennutzorientierung, die sich dadurch manifestiert, dass die Rezipienten gezielt auf den Genuss in der Produktion besonders günstiger sowie im Hinblick auf das Werbeumfeld besonders attraktiver Inhalte konditioniert werden. Die Legitimation öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist damit solange anzuerkennen, wie dessen Veranstalter aus Sicht der Prinzipale – sprich: der Zuschauer – als die „besseren“ Agenten anzusehen sind. Dies ist angesichts der zuvor erwähnten¹²⁵² Umfrageergebnisse, die den öffentlich-rechtlichen Sendern

¹²⁴⁸ Vgl. zur Prinzipal-Agent-Theorie im vorliegenden Zusammenhang *Kops*, in: Kohl, Vielfalt im Rundfunk, 151 (156 f., 161 f.); *dens.*, Soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Nachfrage seiner Zuhörer und Zuschauer korrigieren?, AP Köln, Nr. 196, 18.

¹²⁴⁹ Sog. Frustrationskosten, vgl. *Kops*, in: Kohl, Vielfalt im Rundfunk, 151 (156 f.).

¹²⁵⁰ *Kops*, in: Kohl, Vielfalt im Rundfunk, 151 (161); *Holznapel/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 405.

¹²⁵¹ Vgl. zu den strukturellen Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks oben (Kap. 4, A.III.3.i.).

¹²⁵² Vgl. oben (Kap. 4, B.II.2.b.iii.(2)).

durchweg eine höhere Glaubwürdigkeit sowie – mit Ausnahme der Unterhaltung – bessere Programmqualität attestieren, derzeit (noch) der Fall.

(2) Überwindung der Informationsasymmetrie im Zeitalter der Telemedien?

Aufgrund mehrerer Faktoren lässt sich annehmen, dass sich die für den Rundfunk charakteristische strukturelle Schiefelage der Informationsverteilung zwischen Kommunikator und Rezipienten im Falle der Telemedien zumindest entschärft. Zwar kommt dem Anbieter weiterhin die wesentliche Funktion der Angebotsauswahl zu, sodass die zeitlichen und inhaltlichen Dispositionsfreiheiten des Rezipienten auch weiterhin veranstalterseitig prädeterniert sind. Anders als der Rundfunk zeichnen sich Telemedien allerdings durch einen hohen Grad an Selektivität einerseits und Interaktivität andererseits aus.¹²⁵³ Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich fundierten funktionalen Bedeutung des Rundfunks für den Meinungsbildungsprozess, der idealiter eine massenmediale Verbreitung sämtlicher Meinungen als Voraussetzung der Meinungsbildung eines jeden Einzelnen gewährleisten soll, erwies sich eine weitere Privilegierung des Rundfunks gegenüber den Telemedien als verfehlt, wenn letztere eine Verringerung des Einflusses einzelner Veranstalter zugunsten größerer Rezipientensouveränität ermöglichen würden. Denn warum sollte mit dem Rundfunk ein Dienst privilegiert werden, der zur Erreichung der Vorgaben der Rundfunkfreiheit – Meinungsvielfalt – umfangreicher hoheitlicher Sicherungsinstrumentarien bedarf, wenn mit den Telemedien eine Dienstekategorie aufgrund ihrer Spezifika auch ohne entsprechende Instrumentarien geeignet erscheint, Meinungsvielfalt zu gewährleisten? So fragte *Bullinger*¹²⁵⁴ bereits im Jahr 1983, „ob auch die offene Gesellschaft einer pluralistischen Demokratie verfassungsrechtlich einen Vermittlungsvorrang bestimmter Kräfte benötigt und verträgt oder gerade umgekehrt die Möglichkeit unvermittelter Meinungsäußerung auch in der Öffentlichkeit und auch mit Hilfe elektronischer Medien bieten muß?“.

(a) Selektivität

Nicht-lineare Angebote weisen – insbesondere bei der aus den bereits genannten Gründen angezeigten Einbeziehung des Online-Bereichs in die Betrachtung – eine gegenüber dem herkömmlichen Rundfunk deutlich gesteigerte Angebotsvielfalt auf. Dies betrifft nicht nur die Auswahlmöglichkeiten – zeitlicher und inhaltlicher Natur – im Hinblick auf ein konkretes

¹²⁵³ Vgl. *Neuberger/Lobigs*, Bedeutung des Internets, 21.

¹²⁵⁴ AöR 108 (1983), 161 (178).

Abrufangebot, sondern die inhaltliche Angebotspalette insgesamt, die von ungefilterten Rohinformationen bis hin zu redaktionellen Beiträgen sämtliche Formen von Information verfügbar macht. Dieses diversifizierte Angebot, in Verbindung mit der individuellen Adressierbarkeit des einzelnen Rezipienten, erlaubt es diesem, stärker an seinen individuellen Interessen festzuhalten; er kann ein „Mehr“ an Entscheidungsbefugnissen bei sich behalten und ist anders als im Falle „standardisierter Massenangebote“¹²⁵⁵ (Rundfunk) nicht gezwungen, diese Befugnisse weitgehend an einen Agenten (Rundfunkveranstalter) zu delegieren. Es kommt damit zu einer Verringerung der Frustrationskosten unter gleichzeitiger Steigerung der Rezipientensouveränität. Zwar bedingt die enorme Angebotsvielfalt das Auftreten neuartiger Agenten, insbesondere der Suchmaschinenbetreiber (Google), auch lässt sich nicht ausschließen, dass es sich teilweise nur um einen vermeintlichen Zugewinn an Rezipientensouveränität handelt,¹²⁵⁶ gleichwohl wird den Nutzern ein wesentlich höheres Maß an Einfluss gewährt, als dies bei der limitierte Angebotspalette klassischen Rundfunks der Fall ist, was grundsätzlich für ein Zuwachs an Pluralität spricht.¹²⁵⁷

(b) *Partizipationsmöglichkeiten und Interaktivität*

Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass telemediale Angebote ihren Nutzern typischerweise ein höheres Maß an Partizipation sowie Interaktivität bieten als der klassische Rundfunk. Zwar verbietet sich auch insoweit die Annahme monokausaler Zusammenhänge ebenso wie eine pauschalierende Beurteilung der *en détail* in ihrem Funktionsumfang erheblich differierenden Angebote, doch lässt sich zumindest ein wachsender Einfluss des Rezipienten innerhalb des Prozesses der Massenkommunikation feststellen und weiterhin prognostizieren. Der Rezipient tritt aus seiner Objektrolle heraus und wird zu einem individuell adressierbaren sowie individuell partizipierenden Nutzer; die Rollen von Rezipient und Kommunikator begin-

¹²⁵⁵ Neuberger/Lobigs, Bedeutung des Internets, 21; vgl. auch Gersdorf, Technologieneutraler Rundfunkbegriff, 64 ff.; Jarass, Ordnung des Rundfunks, Gutachten zum 56. DJT, 1986, G 15 geht davon aus, dass sich der staatliche Regelungsauftrag mit den wachsenden Selektionsmöglichkeiten der Nutzer verringert.

¹²⁵⁶ Vgl. Ladeur, Rundfunkfreiheit, in: Faber/Frank, FS Stein, 67 (82): Zwar erhält der Zuschauer auf der Ebene der Benutzeroberfläche größere Auswahl- und Einflussmöglichkeiten. Diese Auswahlmöglichkeiten können jedoch wiederum fremdbestimmt sein, indem sie entsprechend einer Analyse des bisherigen Rezeptionsverhaltens des einzelnen vorselektiert sind. In Anlehnung an Noam, Cyber-TV, 15, spricht Ladeur von „Me-TV“ als der (widersprüchlichen) Kombination von Individualität und Programmierung.

¹²⁵⁷ Ähnlich Held, Online-Angebote, 102 f.; Trute, VVDStRL 57 (1998), 216 (245); zuversichtlich auch die Kommission, Arbeitsdokument über Medienpluralismus, SEK(2007)32, deutsche Übersetzung der Zusammenfassung, 7; eine abnehmende Bedeutung der massenmedialen Vermittlerfunktion prognostizierte Bullinger bereits im Jahr 1983, vgl. ders., AöR 108 (1983), 161 (177 ff.); kritisch zu von Suchmaschinen ausgehenden Manipulationsgefahren Holznel, NordOeR 2011, 205 (209); ähnlich Schulz/Held/Kops, ZUM 2001, 621 (625). Der rechtlichen Regulierung von Suchmaschinen kann hier nicht weiter nachgegangen werden.

nen zu verschwimmen; entsprechend seines Partizipationsanteils wird der Rezipient zum Nutzer und sodann zum „*Prosumenten*“.¹²⁵⁸ Obwohl auch der Nutzer telemedialer Angebote hinsichtlich der ihm möglichen Teilnahmemöglichkeiten in nicht unerheblichem Maße von den durch den Anbieter zugelassenen Optionen abhängig ist, und zudem mit den Betreibern von Suchmaschinen neue Agenten der Meinungsbildung auf den Plan treten, lässt sich insgesamt doch ein Autonomie- und Einflussgewinn des Rezipienten verzeichnen.¹²⁵⁹

Insbesondere im Lichte der Prinzipal-Agent-Theorie sind dabei „*Social Plug-Ins*“ zu erwähnen. Solche finden sich mittlerweile im Umfeld eines jeden audiovisuellen Online-Angebots. Sie erlauben nicht nur die Kommentierung dieser Inhalte, sondern über die Verknüpfung mit sozialen Netzwerken können Nutzer selbst zum Testimonial für Inhalte werden, indem sie diese ihren sozialen Kontakten empfehlen. Ungeachtet der subjektiven Prägung solcher Empfehlungen und deren häufig noch wenig aussagekräftigen Inhalts, erscheinen entsprechende Möglichkeiten geeignet, den Charakter telemedialer Angebote als Vertrauens- und Erfahrungsgüter infrage zu stellen. In Verbindung mit der zeitlichen Disponibilität des Abrufs kann ein Nutzer vor der Rezeption anhand der jeweiligen Kommentare evaluieren, ob sich die Rezeption dieses Inhalts für ihn „lohnt“.¹²⁶⁰ Befasst sich ein Nutzer zudem selbst mit der Herstellung von Medieninhalten (*User-Generated-Content*), erhält er auf diese Weise einen Bezug zur Produktion audiovisueller Inhalte, sodass die Rundfunkveranstaltung auch den Charakter als Vertrauensgut verlieren könnte.¹²⁶¹

(c) *Zwischenergebnis*

Während der klassische (lineare) Rundfunk durch eine ausgeprägte Informationsasymmetrie zwischen (aktiven) Veranstaltern und (passiven) Rezipienten gekennzeichnet ist, wird dieses strukturelle Ungleichgewicht bei nicht-linearen Diensten abgeschwächt. Obwohl auch bei letzteren weiterhin ein nicht zu unterschätzender veranstalterseitiger Einfluss auf das Angebot in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht zu konstatieren ist, verringert sich die Asymmetrie aufgrund der größeren Selektivität sowie der gesteigerten Interaktivität dieser Angebote. Damit

¹²⁵⁸ Vgl. zur Konvergenz der Nutzung oben (Kap. 1, A.II.).

¹²⁵⁹ So auch *Neuberger/Lobigs*, Bedeutung des Internets, 22; angedeutet auch im Arbeitspapier der EU-Kommission zum Medienpluralismus, SEC (2007) 32, 16. *Schulz/Held/Kops*, ZUM 2001, 621 (628), schließen wohl aufgrund der (Mit-)Steuerung der Kommunikation durch den Rezipienten aus einem höheren Interaktivitätsgrad auf eine geringere Meinungsbildungsrelevanz. Diesem Verdikt mag vielleicht im Hinblick auf das von ihnen angeführte Beispiel von Online-Spielen, nicht jedoch in seiner Pauschalität zugestimmt werden können. *Holzner*, NordOeR 2011, 205 (209), geht von einer zunehmenden Steuerung der Öffentlichkeit „*nur noch durch Öffentlichkeit*“ bei gleichzeitigem Verschwinden des journalistischen Meinungsmonopols aus.

¹²⁶⁰ Hierbei handelt es sich um eine sozial-partizipative Ausprägung des Screenings (s. oben, Fn. 1247).

¹²⁶¹ Vgl. zu dieser Annahme bereits oben (Kap. 4, B.II.2.b.ii.).

reduziert sich die Bedeutung der Anbieter nicht-linearer Dienste als Agenten im Sinne der Prinzipal-Agent-Theorie, die Gefahr von Meinungsmonopolen sinkt, und in gleichem Maße steigt die Konsumenten- bzw. Rezipientensouveränität. Dies erweist sich zur Gewährleistung einer unverfälschten Meinungsbildung als wünschenswert, sodass – jedenfalls bei einer auf das Merkmal der strukturellen Balance isolierten Betrachtung – eine anhaltende Privilegierung des Rundfunks als nicht gerechtfertigt erscheint. Denn hält man sich vor Augen, dass die rundfunkverfassungsrechtlich geforderte positive Ordnung u. a. gerade dazu erforderlich ist, um die beschriebene Asymmetrie auszugleichen,¹²⁶² so hat das fortdauernde Protegieren der durch diese Asymmetrie gekennzeichneten linearen Angebote durch eben jene positive Ordnung die Wirkung eines *Perpetuum mobile*, indem sie durch die Belegungsregeln den Status quo konserviert und damit ihre eigene Legitimationsgrundlage absichert.

vi. Fazit zum Wirkmächtigkeitsvergleich von Rundfunk und Telemedien

Während sich die bei der Aktualität von Rundfunk und Telemedien kaum nennenswerte Unterschiede feststellen lassen, ist es die weiterhin überragende Bedeutung des linearen Rundfunks als meistgenutztem Massenmedium, welches seine verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Sonderstellung rechtfertigt. Jedenfalls mittelfristig erscheint sie auch durch eine Nutzungsverlagerung zugunsten nicht-linearer Angebote nicht infrage gestellt zu werden, wengleich der Bedeutungsgewinn des Internets als Informationsmedium nicht unterschätzt werden kann. Von einer Substitution klassischen Fernsehens durch abrufbare Online-Angebote kann indes gegenwärtig nicht gesprochen werden; beides wird vielmehr additiv und komplementär genutzt.¹²⁶³

Demgegenüber verfügen (nicht-lineare) Online-Angebote über eine geringere Suggestivkraft. Hieraus lassen sich ambivalente Schlüsse ziehen: Einerseits erweisen sich nicht-lineare Angebote – entsprechend der derzeitigen Handhabung – als grundsätzlich weniger regulierungsbedürftig. Andererseits lässt sich mit Recht fragen, warum der regulierungsbedürftigere Rundfunk beim Zugang zu Übertragungskapazitäten bevorzugt werden soll, wenn doch nicht-lineare Angebote ein geringeres kommunikatives Gefährdungspotenzial aufweisen. Dies umso mehr, wenn von diesen Angeboten eine Steigerung der Konsumentensouveränität und da-

¹²⁶² Vgl. Schulz, ZUM 1996, 487 (490).

¹²⁶³ Vgl. dazu die Ergebnisse der Nutzungsstudien von Trepte/Baumann, in: Hasebrink/Mikos/Prommer, Medienutzung, 173 (187 f.); v. Eimeren/Frees, MP 2013, 358 (366); aus medienpsychologischer Perspektive Groebel, in: Fünfgeld/Mast, Massenkommunikation, 319 (320 ff.); so auch die Prognose von Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, 192 f.; eine Ersetzung des klassischen Verteilrundfunks durch Abrufangebote annehmend Gersdorf, in: LfR, Internetrundfunk, 19 (21).

mit der kommunikativen Chancengleichheit erwartet werden kann. Ausschlaggebend muss indes die tatsächliche Breitenwirkung der jeweiligen Dienstekategorie sein. Denn sie spiegelt das Rezipienteninteresse wider. Demzufolge ist dem (linearen) Rundfunk nach wie vor, auch angesichts von Digitalisierung und Konvergenz, eine überragende Meinungsbildungsrelevanz zu attestieren. Alleine ein Vergleich der Wirkmächtigkeit von Rundfunk und Telemedien führt daher nicht dazu, die bisherige Privilegierung des Rundfunks durch die Dedizierung des Breitbandkabelnetzes zu seinen Gunsten ernsthaft zu erschüttern.

c. Überwindung des (Meinungs-)Marktversagens?

Als ein weiteres Argument für die Sondersituation des Rundfunks ist bislang die Gefahr eines nur schwer zu korrigierenden Marktversagens angeführt worden. Aufgrund der dem Rundfunk zugesprochenen externen Effekte, des Konzentrationsgrades auf dem Rundfunkmarkt, den Informationsasymmetrien zwischen Kommunikatoren und Rezipienten sowie des Charakters des Rundfunks als öffentliches Gut ist angenommen worden, dass sich weder die notwendige Angebots- geschweige denn die notwendige Meinungsvielfalt alleine aufgrund von Angebot und Nachfrage einstellen würde. Sollte die Gefahr ein solches Marktversagens aufgrund der Konvergenzentwicklungen entfallen sein, würde dieser Befund die rundfunkrechtliche Sonderregulierung an sich infrage stellen. Ein zwingendes Nebeneinander binnenplural und außenplural organisierter Veranstalter wäre dann nicht mehr erforderlich; der Rundfunk könnte vielmehr vollständig dem Außenpluralismus im Sinne privatwirtschaftlicher Betätigung, bei der sich Vielfalt alleine aufgrund der Angebotskonkurrenz einstellt, überantwortet werden; eine Sonderregulierung und damit einhergehend eine Privilegierung klassischen Rundfunks bei der Kabelbelegung würde sich als nicht mehr zeitgemäß erweisen. Es gilt daher zu untersuchen, ob ein Marktversagen im Bereich (audiovisueller) Meinungsbildung auch bei einer Einbeziehung nicht-linearer Online-Dienste weiterhin angenommen werden muss. Sodann gilt es herauszuarbeiten, ob die im Internet tatsächlich feststellbare Angebots- gleichbedeutend ist mit Meinungsvielfalt bzw. welche Gefahren sich aus der Angebotsfülle für den Meinungsbildungsprozess ergeben.

i. Das „Long Tail“-Phänomen oder die Ausdifferenzierung des Angebots

Mit der Digitalisierung der Übertragungswege und der zunehmenden Bedeutung des Internets für den Bereich audiovisueller Massenkommunikation wird allenthalben – auch an ver-

schiedenen Stellen dieser Arbeit – eine Ausdifferenzierung audiovisueller Angebote mit der Konsequenz einer unüberschaubaren Angebotsvielfalt verbunden.

Dieser Annahme liegt – neben tatsächlichen Befunden¹²⁶⁴ – die sog. Long-Tail-Theorie des amerikanischen Journalisten *Chris Anderson* zugrunde. Diese für den Bereich der Internetökonomie entwickelte Theorie besagt, dass auf digitalen Märkten, allen voran solchen mit Internetbezug, auch solche Produkte angeboten werden, nach denen nur eine geringe Nachfrage besteht.¹²⁶⁵ Denn während der Vertrieb „analoger“ Produkte wesentlich von den dabei anfallenden Verbreitungs- und Vermarktungskosten (Lagerung, Vertrieb, Transport etc.) bestimmt wird, entfallen solche Aufwendungen bei „digitalen“ Produkten weitgehend. Dadurch sinkt die Schwelle, ab der sich der Vertrieb auch nachfragearmer Produkte als profitabel erweist.¹²⁶⁶ Daneben limitieren die geographischen Grenzen einzelner Nachfragemärkte der „analogen Welt“ die Möglichkeit des Angebots von Nischenprodukten. Demgegenüber zeichnet sich das geographische Grenzen überwindende Internet durch eine globale Nachfrage aus. Folglich bieten auf den digitalen Vertrieb spezialisierte Unternehmen neben stark nachgefragten Produkten auch solche an, die gemessen an der Nachfrage als Nischenprodukte zu bezeichnen sind. Diesen, aus den dargestellten wirtschaftlichen Gründen den Online-Vertriebsunternehmen vorbehaltenen Markt für Nischenprodukte bezeichnet *Anderson* als den „Long Tail“.

Ausgezeichnet wird dieser „Long Tail“ durch ein Fehlen einer vertriebsengpass- und -kostenbedingten Verzerrung, es handele sich vielmehr um eine „Kultur, die nicht von wirtschaftlichen Einschränkungen beeinflusst“¹²⁶⁷ wird. Wesentliches Merkmal ist dabei zunächst ein aufgrund der Angebotsvielfalt entstehender Käufermarkt, auf dem das Angebot die Nachfrage deutlich übersteigt. Verbunden mit der Ausdifferenzierung des Angebotsspektrums kommt es zu einer Verlagerung der Nachfrage in Richtung des „Long Tail“, wo eine passgenauere Befriedigung individueller Nachfragebedürfnisse erfolgt.¹²⁶⁸

Besondere Bedeutung wird dem „Long Tail“-Phänomen im Zusammenhang mit audiovisuellen Inhalten attestiert. Aufgrund der großen Divergenz zwischen produzierten und tatsächlich angebotenen bzw. verfügbaren audiovisuellen Inhalten wird angenommen, insbesondere der Bereich des Fernsehens weise ein erhebliches „Long Tail“-Potenzial auf.¹²⁶⁹ Dieses

¹²⁶⁴ Vgl. oben (Kap. 1, A.II.).

¹²⁶⁵ *Anderson*, *The Long Tail*, 153; vgl. dazu *Dierking/Möller*, MMR 2007, 426 ff.

¹²⁶⁶ In der „analogen Welt“ gilt daher die spartenübergreifende Grundannahme, dass mit 20% der verfügbaren Produkte 80% der Gewinne generiert werden, vgl. *Anderson*, *The Long Tail*, 147 f.

¹²⁶⁷ *Anderson*, *The Long Tail*, 62.

¹²⁶⁸ Vgl. *Dierking/Möller*, MMR 2007, 426 (427).

¹²⁶⁹ *Anderson*, *The Long Tail*, 237; vgl. auch *Dierking/Möller*, MMR 2007, 426 (426 f.); ähnlich bereits die Prognose von *Schmitt Glaeser*, DVBl. 1987, 14 (16).

Potenzial lässt sich etwa anhand der Vielzahl digital verbreiteter Rundfunkvoll- und Spartenprogrammen erkennen, bei denen es sich um die erste Stufe des audiovisuellen „Long Tails“ handelt. Eine weitere Stufe dieser Entwicklung stellen die ausschließlich für das Internet produzierten Bewegtbildangebote dar. Die vorerst letzte Stufe der „Long Tail“-Entwicklung sind schließlich die unzähligen nutzergenerierten audiovisuellen Angebote im Internet.¹²⁷⁰ Folglich lässt sich ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen der ökonomischen „Long Tail“-Entwicklung und dem gesellschaftlichen Prozess nutzerseitiger Konvergenz in Form von individualisiertem und fragmentiertem Nutzungsverhalten erkennen. Für die digitale Übertragung audiovisueller Angebote im Internet gilt keine Bindung an limitierte Übertragungsfrequenzen, zudem ermöglicht sie etwa den professionellen Programmanbietern die zeitautonome Bereitstellung ihres gesamten Inhalterepertoires zum individuellen Abruf. Vielfalt und die Berücksichtigung von Minderheiteninteressen werden daher in der Theorie nicht mehr als wirtschaftlich nachteilig, sondern – im Gegenteil – als Teil einer auf Absatzmaximierung gerichteten Diversifizierungsstrategie wahrgenommen.

ii. Vielfaltsgewährleistung durch unbeschränkte Angebotsvielfalt?

Die Thesen von *Anderson* sind nicht unwidersprochen geblieben. Unabhängig von grundsätzlicher Kritik, der hier nicht weiter nachgegangen werden soll, fragt sich, ob die Einschätzung, alleine die unüberschaubare Vielzahl von audiovisuellen Angeboten lasse Meinungsvielfalt entstehen und die Notwendigkeit einer medienrechtlichen Vielfaltsgewährleistung entfallen,¹²⁷¹ überhaupt zutreffend ist, selbst wenn man die Theorie von *Anderson* als richtig unterstelle. Denn die „Long Tail“-Theorie ist zunächst ein rein ökonomischer, den wirtschaftlichen Markt betreffender Ansatz. Ob die sich danach einstellende ökonomische (Angebots-)Vielfalt auch zu publizistischer Vielfalt führt, bedarf einer gesonderten Untersuchung. Dafür ist in Anlehnung an *Neuberger/Lobigs* zwischen struktureller und publizistischer Vielfalt zu differenzieren.¹²⁷² Während sich die strukturelle Vielfalt auf eine Betrachtung der Anzahl der am Markt tätigen Anbieter beschränkt, bestimmt sich publizistische Vielfalt inhaltlich, etwa anhand der Meinungs- und Themenvielfalt.

¹²⁷⁰ *Anderson*, *The Long Tail*, 63 f., identifiziert als Motoren dieser Entwicklung einerseits die „*Demokratisierung der Produktionsmittel*“ sowie andererseits die „*Demokratisierung des Vertriebs*“.

¹²⁷¹ *Degenhart*, AfP SH 2007, 24 (29 f.), spricht vom Internet als einem „*außenpluralen Medium par excellence*“; vgl. etwa auch *Müller-Terpitz*, AfP 2008, 335 (340); *Dierking/Möller*, MMR 2007, 426 (430); *Pukall*, Meinungsvielfalt, 65; zu ähnlichen Grundannahmen vgl. bereits *Schmitt Glaeser*, DVBl. 1987, 14 (17 f.); *Bullinger*, AöR 108 (1983), 161 (173 ff., insb. 179, 211 f.); demgegenüber wie hier etwa *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, 82; *Eberle*, CR 1996, 193 (194).

¹²⁷² Die Bedeutung des Internets, 34.

Zur Evaluierung der im Online-Bereich vorzufindenden Vielfalt haben *Neuberger/Lobigs* in ihrer im Auftrag der KEK erstellten Studie vielfaltssteigernde und vielfaltsmindernde Faktoren identifiziert. Als vielfaltssteigernd kommen – neben der bereits erwähnten strukturellen Vielfalt aufgrund der Anbietervielfalt – vor allem die größere Binnenvielfalt der Angebote aufgrund Möglichkeiten der Rezipientenpartizipation sowie der erweiterte raum-zeitliche Zugang zu den Online-Angeboten in Betracht.¹²⁷³

Als vielfaltsmindernd identifiziert die Studie vier Faktoren. Zunächst ist entgegen der Annahme „Vielzahl = Vielfalt“ festzustellen, dass auch im Internet eine nicht zu unterschätzende Ko-Orientierung vorherrscht.¹²⁷⁴ Durch eine Bezugnahme und Angleichung der verfügbaren Online-Angebote untereinander kommt es zu Vielfaltsbeeinträchtigungen. So ist etwa festzustellen, dass semi- und nicht-professionelle Angebote überwiegend auf Beiträge professioneller Anbieter rekurrieren und dort behandelte Themen aufgreifen und übernehmen. Ferner ist die Bedeutung der marktmächtigen Suchmaschinen kritisch zu hinterfragen. Schließlich agiert auch das Internet nicht frei von Anreizen für die Produktion massenattraktiver Inhalte, sei es aufgrund von Rankings über die Häufigkeit von Website-Besuchen, sei es aufgrund von abrufabhängigen Werbeerlösen.¹²⁷⁵ Korrespondierend mit letzterem ist zudem festzustellen, dass trotz der vergleichsweise kostengünstigen Möglichkeit zur Inhaltsgenerierung aufgrund der im Internet vorherrschenden „Kostenloskultur“ nicht zu unterschätzende Refinanzierungshürden auch für Online-Angebote existieren. Es mag daher kaum überraschen, dass auch das Angebot im Internet maßgeblich von den wenigen finanzstarken, weil etablierten, Veranstaltern der klassischen Massenmedien dominiert wird. Diese verfügen nicht nur über überlegenes Know-how, sondern auch über die für das Angebot attraktiver Inhalte notwendige Finanzausstattung.¹²⁷⁶ Tendenziell ist daher mit einem „*more of the same*“, einem inhaltlich angeglichenen Angebot im Internet zu rechnen, als dies die schiere Anbietervielfalt nahe legt.¹²⁷⁷

¹²⁷³ *Neuberger/Lobigs*, Bedeutung des Internets, 34 f.

¹²⁷⁴ *Ebd.*, 35 f.; zur Zweitverwertung im Internet durch die traditionellen Massenmedien, 90 f.

¹²⁷⁵ Vgl. *Holznel*, in: Eifert/Hoffmann-Riem, Innovation, Recht und öffentliche Kommunikation, 97 (119); *Ders./Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 407 ff.; *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 116 ff.; *Eberle*, AfP 2008, 329 (330 f.).

¹²⁷⁶ Nach *ebd.*, 37 (Tabelle I.6), machten 2006/07 die Angebote traditioneller Massenmedien einen Anteil von mehr als drei Viertel des Gesamtangebots aus; vgl. auch *Reinlein*, Medienfreiheit, 107 f.; *Grimm*, Anforderungen an künftige Medienordnungen, AP Köln, Nr. 176, 8.

¹²⁷⁷ I. E. ebenso *Ory*, ZUM 2007, 7 (12); vgl. auch *Sjurts*, in: Friedrichsen/Seufert, Effiziente Medienregulierung, 71 (77), die von „*Einfalt trotz Vielfalt*“ spricht; *Eberle*, CR 1996, 193 (194); ähnlich *Ladeur*, K&R 2000, 171 (179); *Holznel*, VVDStRL 68 (2009), 382 (391 ff.); *Gersdorf*, in: LfR, Internetrundfunk, 19 (20); vgl. ferner *Blechsmidt*, Instrumentarium, 155; *Jarren/Donges*, in: Fünfgeld/Mast, Massenkommunikation, 231 (233 ff.); aus diesem Grund auch nach Wegfall des Kapazitätsengpasses eine landesgesetzliche Kabelkanalbelegung fordernd *Irion/Schirnbacher*, CR 2002, 61 (64); *Dörr*, ZUM 1997, 337 (354 f.); zu den Vielfaltsgefährdungen im Online-Bereich vgl. auch *Held*, Online-Angebote, 206 ff.; zur ungebrochenen Bedeutung der klassischen Mas-

iii. Vielfaltsgefährdung durch Angebotsvielfalt?

Wurde soeben untersucht, ob die im Internet vorzufindende Angebotsvielfalt automatisch zur Einstellung der notwendigen Meinungsvielfalt führt, was zu verneinen ist, fragt sich weiter, ob diese Angebotsvielfalt nicht sogar negative Auswirkungen auf die Meinungsvielfalt zeitigt. Insofern ist festzustellen, dass jeder Rezipient nur über ein bestimmtes Zeitbudget für die Mediennutzung verfügt; zudem unterliegt er Limitierungen im Hinblick auf seine Aufmerksamkeitskapazität. Ist der Mediennutzer nun mit einem unüberschaubaren Angebotsumfang konfrontiert, gelangt er schnell an die Grenzen seiner zeitlichen und rezeptiven Kapazitäten. Die Medienkontakte werden folglich individueller, kürzer und flüchtiger, sie verlieren für sich genommen an Einfluss auf die Meinungsbildung.¹²⁷⁸ Die Entwicklung in den audiovisuellen „Long Tail“ erfolgt somit unter gleichzeitigem Verlust der integrativen Wirkung dieses Mediums im Meinungsbildungsprozess.¹²⁷⁹ Gleichzeitig steigen die Anforderungen an die Medienkompetenz der Rezipienten, denen ein verantwortungsvoller Umgang mit ihren neuen Dispositionsfreiheiten abverlangt wird. Und wiederum gleichzeitig führt das vielfältigere Angebot aufgrund der, in ihrer Gesamtheit betrachtet, allenfalls gleichbleibenden Werbebudgets zu einer Intensivierung der Konkurrenz seitens der Anbieter um die verfügbaren Werbeeinnahmen.¹²⁸⁰ Damit erscheint die neue Angebotsvielfalt geeignet, ihrerseits Gefährdungen für die Meinungsvielfalt zu bewirken.¹²⁸¹ Dies spricht dafür, dass auch im Zeitalter (audiovisueller) Angebotsfülle integrative Angebote mit jedenfalls teilsystemübergreifendem Charakter notwendig bleiben, die eine Vielfaltssicherung auf Seiten der Nutzer im Sinne struktureller Orientierung gewährleisten.¹²⁸² Dass hierbei insbesondere die herkömmlichen Massenmedien eine Rolle spielen könnten lässt sich nicht zuletzt daraus ableiten, dass ihnen aus Rezipienten-

senmedien als „Agenda-Setter“ auch und gerade in sozialen Netzwerken vgl. den Beitrag „Spirale der Abhängigkeit“ von *N. Hofman* auf sueddeutsche.de v. 05.04.2012.

¹²⁷⁸ Vgl. ebd., 39; *Brinkmann*, in: Assmann et. al., Festgabe Kübler, 153 (156); *Depenheuer*, AfP 1997, 669 (670); für den traditionellen Rundfunk aufgrund dessen „Segmentierung“ *Weisser*, ZUM 1997, 877 (894); zur „Zuschauerknappheit“ vgl. *Grimm*, Anforderungen an künftige Medienordnungen, AP Köln, Nr. 176, 7; *Mast*, in: Fünfgeld/Mast, Massenkommunikation, 213 (217); *Vesting*, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 219 (233); *Ladeur*, ZUM 2009, 906 (912).

¹²⁷⁹ Zur desintegrativen Wirkung des Internets vgl. *Habermas*, in: Ders., Ach Europa, 138 (162); *Eberle*, AfP 2008, 330 (332).

¹²⁸⁰ Vgl. *Reinlein*, Medienfreiheit, 108; *Blechsmidt*, Instrumentarium, 155. Insbesondere eine Abwanderung des Werbeaufkommens vom traditionellen Rundfunk zur Internet-Werbung wird wegen der technischen Möglichkeit genauer Adressierbarkeit der Nutzer erwartet, vgl. *Bullinger*, ZUM 2007, 337 (341).

¹²⁸¹ AA *Ory*, AfP 2007, 401 (403).

¹²⁸² Vgl. *Schulz/Held/Kops*, Perspektiven der Gewährleistung, 61.

sicht weiterhin ein besonderes Vertrauen aufgrund der ihnen zugesprochenen Glaubwürdigkeit entgegengebracht wird.¹²⁸³

iv. Relevanz publizistischer Tätigkeiten

*Neuberger/Lobigs*¹²⁸⁴ gelangen aufgrund der soeben beschriebenen Gefahren durch eine massenmediale Überforderung des einzelnen Rezipienten zu dem Befund, dass es auch weiterhin professionell-publizistischer Leistungen bedarf. Als solche identifizieren sie die Produktion hochwertiger Inhalte, die Navigation sowie die Moderation der öffentlichen Meinungsbildung. Ausgehend von einer „integrierten Netzwerköffentlichkeit“, bestehend aus verschiedenen Ebenen, beginnend bei lose kommunizierenden Bürgern in sozialen Netzwerken und wachsender Institutionalisierung auf höheren Ebenen, sind sie der Auffassung, dass „strenge ‚Gatekeeping‘ beim Zugang zur massenmedialen Öffentlichkeit“¹²⁸⁵ entfallt innerhalb dieser Netzwerköffentlichkeit („Disintermediation“).¹²⁸⁶ Dies folge daraus, dass – anders als bei der Öffentlichkeit der traditionellen Massenmedien – im Internet kein Widerspruch zwischen Vielfalt auf der einen Seite und Einheit auf der anderen Seite bestehen muss, da sich beides auf unterschiedlichen Ebenen abspielt: Vielfalt auf den unteren Ebenen, gekennzeichnet durch den bereits beschriebenen „Long Tail“; Einheit auf den höheren Ebenen, auf denen mittels professionell-publizistischer Tätigkeiten auch im Internet eine Aufmerksamkeitskonzentration erreicht werden kann.

Dementsprechend unterscheidet sich auch die Meinungsbildungsrelevanz der Anbieter und ihrer Angebote. Ist diese auf den unteren Ebenen der Netzwerköffentlichkeit als gering einzuschätzen, steigt sie korrespondierend mit der zunehmenden publizistischen Professionalisierung und Institutionalisierung auf den höheren Ebenen an. Während diese professionellen publizistischen Tätigkeiten auch im Internet überwiegend von den Vertretern der traditionellen Massenmedien – freilich ergänzt um neue Akteure wie Suchmaschinenbetreiber – übernommen werden, fehlt der Masse der Online-Angebote diese publizistische Relevanz.¹²⁸⁷ Obwohl im Internet somit grundsätzlich eine Kommunikation unter Umgehung professionel-

¹²⁸³ Vgl. *Holznagel*, NordOeR 2011, 205 (209).

¹²⁸⁴ Bedeutung des Internets, 40 f.

¹²⁸⁵ Ebd., 41; zu den entstehenden „themenzentrierten Teilöffentlichkeiten“ vgl. auch *Held*, Online-Angebote, 93; ähnlich *Holznagel*, NordOeR 2011, 205 (206, 208 f.), der von einer durch „many-to-many-Kommunikation“ geprägten „Internetöffentlichkeit“ als eigenständiger Kommunikationsform spricht

¹²⁸⁶ Bezogen auf audiovisuelle Angebote entfällt etwa im Vergleich zum traditionellen Rundfunk im Internet der Kampf um knappe Übertragungsfrequenzen. Auch *Bullinger*, ZUM 2007, 337 (342), spricht von einer „Demokratisierung“ durch das Internet“ aufgrund einer „Verlagerung von Steuerungsgewalt von oben nach unten“, mit der er allerdings einen gleichzeitigen Niveauverlust (auch) des traditionellen Rundfunks erwartet.

¹²⁸⁷ Zur Meinungsrelevanz des Internets vgl. *Jungheim*, Medienordnung, 60 f.

ler Vermittler theoretisch möglich ist, kommt diesen Vermittlern nichtsdestotrotz weiterhin eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu, da sie für die Bereitstellung publizistischer Angebote verantwortlich sind. Publizistische Angebote zeichnen sich durch die Einhaltung journalistischer Standards, durch eine höhere Qualität aus. Kommt somit den etablierten Akteuren aus dem Bereich der Massemedien auch im Internet eine besondere Bedeutung zu, lassen sich mithin auch dort nicht jegliche Gefahren der Entstehung publizistischer Meinungsmacht leugnen.

v. Zwischenergebnis

Es ist somit festzuhalten, dass trotz der Ausdifferenzierung und Vervielfachung des Angebots im „*Long Tail*“ der digitalen Distribution audiovisueller Inhalte nicht voreilig darauf geschlossen werden darf, dass sich hieraus auch das Vorliegen des verfassungsrechtlich notwendigen Maßes an Meinungsvielfalt ergibt. Vielmehr lässt sich eine Reihe von Charakteristika für den Online-Bereich feststellen, die zu einer Verminderung von Meinungsvielfalt führen können, wobei in erster Linie die weiterhin dominante Rolle der Anbieter traditioneller Massenmedien in diesem Zusammenhang anzuführen ist. Ferner ist eine stärkere Akzentuierung bei der Betrachtung von Gefahren für die Meinungsvielfalt auf Seiten der Nutzer angezeigt, die angesichts des unüberschaubaren Angebots an die Grenzen ihrer Aufnahmekapazitäten gelangen könnten. Da das Gebot kommunikativer Chancengerechtigkeit ebenso den Zugang der Rezipienten zur Kommunikation erfasst, ist dieser medialen Überforderung entgegen zu treten. Auch wenn die Gefahr eines Marktversagens im Bereich nicht-linearer (Online-)Angebote geringer ausgeprägt erscheint, als dies bei den traditionellen Massenmedien der Fall ist, lassen sich solche Gefahren dennoch nicht vollends ausschließen.

d. Fazit zum Einfluss der Konvergenz auf die Sondersituation des Rundfunks

Die üblicherweise als Konvergenz bezeichneten medientatsächlichen Entwicklungen haben die ursprüngliche Sondersituation des Rundfunks im Kanon der Massenmedien teilweise entfallen lassen. Insbesondere lässt sich dem Rundfunk weder eine technische, frequenzknappheitsgeprägte noch eine durch hohe Verbreitungskosten determinierte Sonderstellung weiterhin zuschreiben. Auch die – einfachgesetzliche – Differenzierung zwischen linearen und nicht-linearen Diensten – etwa im Zusammenhang mit der Dedizierung des Breitbandkabels zugunsten ersterer – erscheint angesichts der festgestellten Annäherung beider Dienstarten auch unter dem Topos Wirkmächtigkeit als kaum noch zeitgemäß. Alleine die weiterhin über-

ragende Breitenwirkung des klassischen Rundfunks ist insofern geeignet, seine Sonderbehandlung zu legitimieren. Zwar haben nicht-lineare Angebote aufgrund ihrer Spezifika, insbesondere des gesteigerten Nutzungskomforts, das Potenzial, den linearen Rundfunk zu substituieren, bislang hat sich dieses Potenzial indes nicht realisiert. Im Lichte der Funktion des Art. 5 Abs. 1 Satz GG kann allerdings nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich die für den Meinungsbildungsprozess besonders wichtige Funktion als mittel politischer Information zunehmend auf den Bereich des Internets verlagert. Trotz der im Internet vorzufindenden Angebotsvielfalt bestehen aber auch in diesem Bereich Gefahren von Marktversagen, auch wenn diese in ihrer Intensität hinter diejenigen im klassischen Rundfunk zurückbleiben. Ergänzt werden sie allerdings durch neue Gefahren, die sich erst aus der im Online-Bereich vorzufindenden Angebotsvielfalt für den Zugang der Rezipienten zu den Inhalten ergeben. Hieraus lässt sich eine veränderte Bedeutung und auch Legitimierung vor allem der öffentlich-rechtlichen Rundfunkangebote ableiten.¹²⁸⁸

III. Die Irrelevanz des (teilweisen) Wegfalls der Sondersituation für die jüngere Rechtsprechung des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits im 3. Rundfunkurteil festgestellt, dass das Erfordernis einer positiven Ordnung auch dann noch bestehe, wenn *„die durch Knappheit der Sendefrequenzen und den hohen finanziellen Aufwand für die Veranstaltung von Rundfunkdarbietungen bedingte Sondersituation im Zuge der modernen Entwicklung entfällt“*.¹²⁸⁹ Denn auch für die Zeit nach Überwindung der technischen und finanziellen Sondersituation könne nicht mit der für den sensiblen Bereich des Rundfunks notwendigen Gewissheit prognostiziert werden, dass sich ein unverkürzt vielfältiges Angebot von alleine einstellt, wenngleich auch die Anforderungen an die positive Ordnung geringer ausfallen können, als in Zeiten technisch bedingter Kapazitätsengpässe. Diese Linie bestätigte das Gericht in seiner 5. Rundfunkentscheidung, der sich allerdings die Klarstellung entnehmen ließ, dass die positive Ordnung nicht zwingend in einer ewigen dualen Rundfunkordnung münden müsse: *„Den verfassungsrechtlichen Geboten kann (...) unter den Bedingungen der gegenwärtigen und für die nähere*

¹²⁸⁸ Vgl. dazu unten (Kap. 4., B.IV.1.d.ii.).

¹²⁸⁹ BVerfGE 57, 295 (322); vgl. dazu *Schuster*, Meinungsvielfalt, 93. Demgegenüber deuteten die Verfassungsrichter Geiger, Rinck und Wand bereits in ihrem abweichenden Votum an, dass sich gesetzliche Anforderungen an ein rundfunkrechtliches Ordnungsmodell dann als überflüssig erweisen könnten, *„wenn allen daran interessierten Gruppen oder allen Gemeinschaften von kooperationswilligen Gruppen eine Frequenz zugewiesen werden könnte und sich auf diese Weise ein Pluralismus der Meinungen und Anschauungen ähnlich wie im Bereich der Presse auch im Bereich von Rundfunk und Fernsehen herstellen ließe“* (Hervorhebung im Original), vgl. BVerfGE 31, 314 (338).

*Zukunft absehbaren Entwicklungen auch eine duale Ordnung des Rundfunks entsprechen*¹²⁹⁰. Damit ließ das Gericht – insofern im Einklang mit seiner ständigen Rechtsprechung, wonach technische Weiterentwicklungen im Bereich des Rundfunks für die Interpretation der Rundfunkfreiheit nicht unberücksichtigt bleiben dürfen¹²⁹¹ – Raum für eine Abkehr vom Nebeneinander öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunks. Die Überwindung der technisch und finanziell bedingten Sondersituation hin zu einer aufgrund der besonderen Wirkmächtigkeit des Rundfunks fundierten Sonderrolle wurde in der 10. Rundfunkentscheidung zur Kurzberichterstattung fortgeführt.¹²⁹²

Beschränkten sich die technischen Entwicklungen zur Zeit der soeben genannten Entscheidungen weitgehend auf die – zu dieser Zeit freilich von ebenfalls revolutionärer Bedeutung – Einführung der Breitbandkabel- und Satellitentechnik, ist es doch gerade die Digitalisierung, die einen Veränderungsprozess von umfangreichster Tragweite in Gang gesetzt hat. Doch auch von dieser Entwicklung zeigte sich das Bundesverfassungsgericht – zunächst beschränkt für Angebote im lokalen und regionalen Bereich – unbeeindruckt, indem es feststellte: *„Nicht grundsätzlich verändert ist diese Situation durch die neuen technologischen Entwicklungen – insbesondere die Digitalisierung bei der Programmproduktion und –verbreitung –, die unter anderem zur Ausweitung der Übertragungskapazitäten führt. Die Veränderungen ermöglichen die Entstehung neuer Angebotsformen und Anbieter auch im lokalen und regionalen Bereich und die Vervielfachung der Zahl der Programmangebote. Sie sichern aber nicht, dass lokale und regionale Angebote überall auch finanziell tragfähig entstehen und konkurrierend so in Erscheinung treten, dass dies in diesem Bereich zur publizistischen Vielfalt führt*¹²⁹³. Damit behielt das Gericht seine marktskeptische Haltung für den Bereich des Rundfunks aufrecht. Ließ sich diese konservative Sichtweise noch mit dem speziellen Gegenstand, eben dem Lokal- und Regionalrundfunk, erklären, wurden in der Literatur geäußerte Erwartungen, das Verfassungsgericht möge sich angesichts der Digitalisierung von der überkommenen Sondersituationsdogmatik abwenden, durch die 12. Rundfunkentscheidung jäh enttäuscht. Das Gericht nahm den ursprünglichen Streitgegenstand – die Festsetzung der Rundfunkgebühren – zum Anlass, grundsätzliche Aussagen sowohl zum Verständnis der Rundfunkfreiheit als auch der Position der öffentlich-rechtlichen Anstalten im digitalen Zeitalter zu tätigen. So heißt es an einer an Prominenz nicht zu überbietenden Stelle dieser Entscheidung, dem ersten amtli-

¹²⁹⁰ BVerfGE 74, 297 (324), Hervorhebung d. Verf.

¹²⁹¹ Vgl. nur 73, 118 (154).

¹²⁹² BVerfGE 97, 228 (259): *„Fernsehberichterstattung ist (...) wo immer möglich Berichterstattung in bewegten Bildern. Gerade hierin liegt das Spezifikum des Mediums, durch das es sich von Hörfunk und Presse unterscheidet.“*

¹²⁹³ BVerfGE 114, 371 (388).

chen Leitsatz: *„Die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Anforderungen an die gesetzliche Ausgestaltung der Rundfunkordnung zur Sicherung der Rundfunkfreiheit im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG sind durch die Entwicklung von Kommunikationstechnologie und Medienmärkten nicht überholt“*¹²⁹⁴. In Anlehnung an die zuvor erwähnten Judikate rekurriert das Gericht zur Begründung des gesetzlichen Ausgestaltungserfordernisses auf die herausgehobene Bedeutung des Rundfunks aufgrund seiner Wirkmächtigkeit, die sich wiederum aus seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft speise, und durch die neuen Technologien sowie der damit einhergehenden Vergrößerung und Ausdifferenzierung des Angebots sogar an zusätzlichem Gewicht gewonnen habe.¹²⁹⁵ Insbesondere die Breitenwirkung sei, angesichts des Umstands, dass die Nutzung audiovisueller Massenmedien einen erheblichen Einfluss auf den Tagesablauf vieler Bürger habe, weiterhin hoch. Daneben seien die – erstmals ausführlicher dargelegten – ökonomischen Besonderheiten sowie – neuerdings – die festzustellende Beteiligung von internationalen Finanzinvestoren und Telekommunikationsunternehmen als Plattformbetreibern für die Notwendigkeit der Beibehaltung einer positiven Ordnung verantwortlich. Insgesamt sei die Meinungsvielfalt aufgrund der horizontalen und vertikalen Konzentrationsentwicklungen auf den Medienmärkten weiterhin gefährdet und könne daher auch weiterhin nicht den Marktkräften überantwortet werden.¹²⁹⁶

Und auch in seinem 13. Rundfunkurteil zur Beteiligung politischer Parteien an Rundfunkveranstaltungen aus dem Jahre 2008 bestätigte das Bundesverfassungsgericht seine Sichtweise: *„Der Auftrag an den Gesetzgeber zur Ausgestaltung der Rundfunkordnung besteht auch vor dem Hintergrund der zunehmenden horizontalen und vertikalen Verflechtung auf den Medienmärkten und der auch in technischer Hinsicht damit einhergehenden Konvergenz der Medien fort“*¹²⁹⁷. Wenngleich diese Entwicklungen, *„insbesondere auch die Verbreitung von Rundfunkprogrammen über das Internet“*, neue Herausforderungen für den Gesetzgeber bedeuteten, stellt das Gericht unter Bezugnahme auf seine diesbezüglichen Begründungsansätze in der 12. Rundfunkentscheidung fest, dass sie die Anforderungen an die Ausgestaltung einer Rundfunkordnung nicht entfallen lassen.

¹²⁹⁴ BVerfGE 119, 181.

¹²⁹⁵ *Ebd.*, 214 f.; vgl. zu Recht (vgl. soeben II.) kritisch dazu *Spoerr/Luczak*, ZUM 2010, 553 (560): *„immer realitätsblinder werdende ‚Suggestivkraft‘-Legitimation“*.

¹²⁹⁶ Kritisch zum Konzentrationsargument *Körber*, ZWeR 2009, 315 (333). Ihm zufolge sei einem integrierten Unternehmen mit mehreren Programmen eher an Diversifizierung gelegen, als bei Programmen verschiedener Anteilseigner; ähnlich *Engel*, ZUM 2000, 345 (352 f.). Dabei wird indes die Gefahr übersehen, dass auch durch die Mehrfachverwertung identischer Inhalte in verschiedenen, zu demselben Eigentümer gehörender Programme Dopplungs- und Standardisierungseffekte mit vielfaltsgefährdender Tendenz einzustellen vermögen.

¹²⁹⁷ BVerfGE 121, 30 (51).

Damit lässt sich zusammenfassend festhalten, dass sich das Gericht den tatsächlichen Veränderungen im Bereich der Kommunikationstechnologie – Digitalisierung des herkömmlichen Fernsehens, Hinzutreten internetbasierter audiovisueller Angebote – durchaus bewusst ist, sie jedoch – ebenso bewusst – nicht als Anlass sieht, von der Interpretation der Rundfunkfreiheit als dienender Freiheit und dem daraus folgenden Erfordernis einer positiven Ordnung abzurücken. Im vorliegenden Zusammenhang besonders hervorzuheben ist zudem die Klarstellung, dass sich diese positive *Rundfunkordnung*, ungeachtet der Verschmelzung von Telekommunikationsdienstleistung und Rundfunkveranstaltung in der Person des Plattformbetreibers, auch auf den Plattformbetrieb zu erstrecken hat. Rechtspraktisch ist damit eine Überantwortung des Plattformbetriebs an eine marktliberalere, telekommunikationsrechtliche Regulierung ebenso ausgeschlossen, wie eine gegebenenfalls einhergehende Überwindung des Rundfunkprivilegs bei der Plattformbelegung.

IV. Bewertung des bundesverfassungsgerichtlichen Konzepts und Skizzierung einer alternativen Medienordnung

In der Literatur ist das Konzept des Bundesverfassungsgerichts, wonach es ungeachtet bzw. erst recht aufgrund der jüngeren medientatsächlichen Entwicklungen weiterhin einer positiven Ordnung bedarf, sowohl mit Kritik als auch mit Zustimmung bedacht worden.¹²⁹⁸ Bezogen auf den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit lässt sich jedenfalls feststellen, dass mit diesem Urteil eine Stärkung der Rundfunkveranstalter – sowohl der öffentlich-rechtlichen als auch der privaten – gegenüber sonstigen Diensten als ihren Kontrahenten im Kampf um die Übertragungskapazitäten im Breitbandkabel erfolgt ist. Insbesondere die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, deren Bestands- und Entwicklungsgarantie in das „digitale Zeitalter“ verlängert worden ist, sind nach Auffassung des Verfassungsgerichts nach wie vor unabdingbar, um, aufgrund der mit ihren strukturellen und organisatorischen Besonderheiten verbundenen normativen Erwartungen an ihr Programmangebot, das verfassungsrechtliche Vielfaltziel zu erreichen.¹²⁹⁹ Zu diesem Zweck solle der öffentlich-rechtliche Rundfunk auch

¹²⁹⁸ Kritisch etwa *Ory*, AfP 2007, 401; *Ladeur*, ZUM 2009, 906 (907 ff.); *Körper*, ZWeR 2009, 315 (341); *Jungheim*, Medienordnung, 159 ff; *dies.*, ZUM 2008, 493 (494 ff.); zustimmend *Hahn*, MMR 2007, 613; *Gounalakis/Wege*, NJW 2008, 800; *Eifert*, MP 2007, 602; *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2008, 1 (2); *Wiedemann*, ZUM 2007, 800; *Reffken*, NVwZ 2008, 857; differenzierend *Thum*, DÖV 2008, 653 (658 f.); *Faßbender*, NVwZ 2007, 1265; *Scheuer*, MMR 2007, 777; unklar *Reinlein*, Medienfreiheit, die sich einerseits für eine Abkehr von der Interpretation der Rundfunkfreiheit als dienender Freiheit aufgrund des vermeintlichen konvergenzbedingten Wegfalls der Sondersituation (insb. 98) ausspricht, andererseits jedoch der These eines „Entfallen[s] der Sonderregulierungsbedürftigkeit des Rundfunks in Zeiten der Konvergenz“ (107, Fn. 364) entgegentritt (106 ff.).

¹²⁹⁹ Vgl. BVerfGE 119, 181 (216 ff.). Damit ist die von *Schmidt Glaeser*, DVBl. 1987, 14 (20), noch bestrittene „Ewigkeitsgarantie“ für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk spätestens jetzt Verfassungswirklichkeit.

zukünftig seinen Funktionsauftrag – Meinungs- und Willensbildung, Unterhaltung, Information, Kultur – umfassend wahrnehmen.¹³⁰⁰

Diese Konsequenz und vor allem die vom Bundesverfassungsgericht herangezogene Begründung sind als die bloße „Übertragung [eines] ‚analogen‘ Befundes in die digitale Welt“ kritisiert worden.¹³⁰¹ Insbesondere sei nicht nachvollziehbar, „[w]arum eine ‚Ausdifferenzierung des Angebots‘ eine Gefahr für die publizistische Vielfalt“ darstellen soll.¹³⁰² Doch insbesondere die obige Untersuchung zur Überwindung eines Marktversagens im Bereich der audiovisuellen Massenkommunikation durch das Hinzutreten des Online-Bereichs hat gezeigt, dass sich Meinungsvielfalt nach wie vor nicht automatisch einzustellen vermag. Denn weiterhin ist eine Knappheitssituation zu beobachten, lediglich deren Bezugspunkte haben sich geändert. Bestand die Knappheit ursprünglich auf Angebotsseite, hat sich diese mittlerweile angesichts der Angebotsmenge auf die Nachfrageseite verlagert: ein an seine Grenzen gelangendes Medienzeitbudget der Nutzer sowie ein ebenfalls limitiertes Werbebudget der Wirtschaft. Betrachtet man diese beiden Umstände im Lichte der festzustellenden Angebotsvervielfältigung, sprechen sie dafür, dass sich das zunächst einstellende Vielfaltsplus tatsächlich als Bedingung neuerlicher Vielfaltsgefahren auswirken kann, indem die Anbieter zur Absicherung ihrer wirtschaftlichen Existenz durch eine Aufmerksamkeitskumulation auf Zuschauerseite doch wieder auf massenattraktive Inhalte zurückgreifen. Auch lässt sich mit Blick auf die jedenfalls mittelfristig prognostizierbar verbleibende Bedeutung linearen (klassischen) Rundfunks sowie zur Vermeidung der von *Habermas* befürchteten „politisch-kulturellen Flurschäden“¹³⁰³ nichts dagegen einwenden, dass auch das Bundesverfassungsgericht nach wie vor in ihm – dem klassischen Rundfunk – den maßgeblichen Vielfaltsgaranten audiovisueller Massenkommunikation erblickt, woraus sich wiederum seine Vorrangstellung in Verbreitungsfragen legitimiert.

Verfassungsrechtlich zwingend ist diese Vorrangstellung jedenfalls bei einer in die fernere Zukunft gerichteten Betrachtung allerdings nicht. Ausgehend von der gesicherten Erkenntnis, dass das Internet als Informationsmedium insbesondere bei den jüngeren Nutzern bereits heute den größten Stellenwert einnimmt, müsste eine solche Betrachtung in Rechnung stellen,

¹³⁰⁰ Kritisch zum umfassenden Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus ordnungspolitischer Sicht etwa *Koch*, AfP 2007, 305 (310).

¹³⁰¹ So *Ory*, AfP 2007, 401 (403).

¹³⁰² Ebd.; vgl. *Engel*, in Hoffmann-Riem/Vesting, Perspektiven der Informationsgesellschaft, 155 (161), wonach die Digitalisierung der rundfunkrechtlichen Sondersituation „den letzten Rest an Plausibilität genommen hat“.

¹³⁰³ So in seinem Beitrag „Keine Demokratie kann sich das leisten“, in der SZ v. 16.05.2007, abrufbar unter www.sueddeutsche.de. Die besagten Flurschäden seien immer dort zu beobachten gewesen, wo der Markt als Organisationsprinzip flächendeckend eingeführt worden ist. Das duale Fernsehsystem versteht *Habermas* als einen „Versuch der Schadensbegrenzung“.

dass die Verlagerung der Meinungsbildung „ins Netz“ weiter voranschreiten wird, ohne jedoch die Meinungsbildung durch den klassischen Rundfunk vollends zu verdrängen. Vielmehr lässt sich feststellen und für die Zukunft weiterhin prognostizieren, dass die Nutzer ihre Informations- und Kommunikationsbedürfnisse durch eine komplementäre Nutzung sämtlicher Mediengattungen im Sinne eines arbeitsteiligen Prozesses befriedigen.¹³⁰⁴ Kernanliegen einer zukünftigen Medienordnung muss daher ein intermediärer, teilsystemübergreifender Ansatz sein, der diesem Nutzungsverhalten Rechnung trägt.

Zwar lässt sich feststellen, dass sich das Bundesverfassungsgericht bei seiner den klassischen Rundfunk in den Fokus stellenden Betrachtung noch auf die statistischen Befunde zur tatsächlichen Dominanz des linearen Rundfunks berufen kann. Doch in Übereinstimmung mit *Jungheim*¹³⁰⁵ ist zu konstatieren, dass diese auf einem medienzentrierten kommunikationswissenschaftlichen Modell beruhende Sichtweise sukzessive an die zunehmend individualisierten Nutzungsstrategien, die in der Kommunikationswissenschaft zur Ausbildung eines publikumszentrierten Ansatzes geführt haben, anzupassen sind. Mit anderen Worten gilt es, der in der Kommunikationswissenschaft erfolgten Ergänzung einer linearen mit einer nicht-linearen Betrachtungsweise ein medienrechtliches Pendant folgen zu lassen. Dieses medienrechtliche Pendant besteht in der Anpassung der geltenden Medienordnung sowohl an technische Fortentwicklungen als auch an Veränderungen der Mediennutzung und –wirkung unter gleichzeitiger Aufgabe der „veralteten“¹³⁰⁶ dualen Rundfunkordnung bisheriger Prägung. Fixpunkte dieser neuen Medienordnung sind die Gegensatzpaare kollektivistische und individualistische, aktive und passive Nutzung; ihr Leitmotiv muss die Meinungsvielfalt als intermediales Metaprinzip darstellen.¹³⁰⁷

Nachfolgend sollen die Grundstrukturen einer solchen Medienordnung anhand der Rolle der maßgeblich hiervon Betroffenen in dieser neuen Ordnung – öffentlich-rechtlicher Rundfunk, privater Rundfunk, Telemedien – skizziert werden. Insbesondere soll beleuchtet werden, welche Konsequenzen sich hieraus für das Rangverhältnis bei der Kabel- bzw. Plattformbelegung ergeben.

¹³⁰⁴ Dies bestätigen die Ergebnisse der Studie von *Mende/Oehmichen/Schröter*, MP 2012, 2 (11 f.).

¹³⁰⁵ ZUM 2008, 493 (495 f.); ähnlich bereits *Schoch*, JZ 2002, 798 (804); *Neumann*, WD 2000, 7 (8); *Bullinger*, in: *Isensee/Kirchhof, HdBStR VI*, § 142, Rn. 180; *ders.*, in: *Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG*, 193 (200 ff.); *Körber*, ZWeR 2009, 315 (326 f.): technologieneutrale Medienregulierung; *Lehrke*, *Pluralismus*, 67 ff., 177; vgl. auch *Groebel*, in: *Fünfgeld/Mast, Massenkommunikation*, 319 (320), der prognostiziert: „Die Medienentwicklung ist dadurch gekennzeichnet, dass die Dominanz einzelner Medien weitgehend verschwindet. Das heißt, Fernsehen, Radio, Zeitungen und Zeitschriften werden vermutlich auch langfristig bleiben, aber dabei als Teil immer differenzierterer offener Mediensysteme.“

¹³⁰⁶ *Paal*, *Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht*, 60.

¹³⁰⁷ Vgl. *Jungheim*, ZUM 2008, 493 (496 f.); ähnlich *Lehrke*, *Pluralismus*, 176 ff.

1. Ausgangspunkte einer künftigen Medienordnung

Der heutigen Rundfunkordnung liegt wie gesehen ein auf den Rundfunk im engeren (einfachgesetzlichen) Sinn zentriertes Modell zugrunde. Es ist dieser lineare Rundfunk, der als geschlossenes System betrachtet wird. Anknüpfend an *von Bertalanffys*¹³⁰⁸ Verständnis geschlossener Systeme wird dabei angenommen, der Rundfunk sei binnenstabil und verfüge in punkto Meinungsvielfalt über keinerlei Wechselwirkungen mit der Umwelt, sprich anderen Dienstearten. Diese Annahme bringt der Rundfunkgesetzgeber terminologisch durch die rundfunkstaatsvertragliche Differenzierung zwischen Rundfunk einerseits und Telemedien andererseits sowie die an diese Einteilung anknüpfende Verschiedenheit der Regulierungsintensität zum Ausdruck.¹³⁰⁹ Vom Verfassungsgericht unbeanstandet, bedarf es nur innerhalb *dieses* abgeschlossenen Systems des Rundfunks im engeren, einfachgesetzlichen Sinn der Gewährleistung „gleichgewichtiger Vielfalt“. Damit hat das tradierte Verständnis zur Folge, dass Vielfaltsentwicklungen außerhalb des Systems „linearer Rundfunk“ für die Anforderungen an die Vielfaltsgewährleistung innerhalb dieses Systems unbeachtlich bleiben.

a. Intermediale Betrachtungsweise und Primat des Außenpluralismus

Diese *intramediale* Betrachtungsweise gilt es in einer zukünftigen Rundfunkordnung angesichts der fortlaufenden Konvergenzentwicklungen und damit verbunden Auflösung der klaren Abgrenzbarkeit medialer Gattungen zugunsten eines *intermedialen* Ansatzes zu überwinden. Praktisch hat dies eine Einbeziehung der nicht-linearen Angebote in die Vielfaltsbetrachtung zur Folge; die Teilsysteme des linearen Rundfunks und der nicht-lineare Dienste werden zu einem Gesamtsystem zusammengefasst. Das Vielfaltsgebot hat sich somit auf dieses neue Gesamtsystem zu beziehen; zur Gewährleistung „gleichgewichtiger Vielfalt“ kommen danach nicht mehr nur die linearen Angebote des klassischen Rundfunks in Betracht, sondern ebenso ein jedes der unzähligen nicht-linearen und Online-Angebote. Schließlich sind angesichts der Konvergenzentwicklungen auch zwischen Rundfunk und Presse – Stichwort: elektronische Presse¹³¹⁰ – in dieses Gesamtsystem der Massenmedien sämtliche der Presse zuzuordnenden Angebote sowie der Film einzubeziehen. Es gilt demnach die Gewährleistung von Meinungs-

¹³⁰⁸ Systemlehre, *Biologia Generalis* 1948, 114 ff.

¹³⁰⁹ *Gersdorf*, in: *LfR*, Internetrundfunk, 19 (21), spricht von einer „*dualen Medienregulierung*“.

¹³¹⁰ Vgl. hierzu oben (Kap. 1, C.II.1.a.); eine Übertragung der vorhandenen Pressevielfalt auf den Rundfunkbereich und damit eine intermediale Betrachtungsweise andeutend bereits *Lerche*, *NJW* 1982, 1676 (1681); Ansätze auch bei *Bullinger*, *AöR* 108 (1983), 161 (164); ähnlich *Lehrke*, *Pluralismus*, 165 ff., 208, die für folgende verfassungsrechtliche Formulierung plädiert: „*Die Freiheit medialer Kommunikation wird gewährleistet*“; von einer „*Medienfreiheit*“ des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als der „*Freiheit publizistischer Vermittlung durch ein Massenmedium*“ spricht *Hoffmann-Riem*, in: *Azzola et al.*, *AK*, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 118 f.

vielfalt teilsystemübergreifend unter Betrachtung sämtlicher Massenmedien innerhalb eines „Gesamtsystems Massenmedien“ sicherzustellen. Hierbei ist im Ansatz von einer Gleichordnung der Medien auszugehen, ohne dass ein bestimmtes Medium – so wie derzeit der Rundfunk – a priori einen höheren Stellenwert genießt.¹³¹¹ Durch den erweiterten Adressatenkreis derjenigen, die zu dieser Aufgabe herangezogen werden können, erhöht sich automatisch der Vielfaltsbefund. Denn während zuvor als Vielfaltsgaranten die – freilich ebenfalls zahlreichen – linearen Fernseh- und Hörfunkprogramme herangezogen werden konnten, werden nun – ohne Limitierung auf diese – zusätzlich sämtliche nicht-linearen Angebote, Presseerzeugnisse und Filmwerke erfasst.

Folglich kehrt sich auch das bislang für den klassischen Rundfunk bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen binnenpluralistischer und außenpluralistischer Vielfaltsgewährleistung um. Während das bisherige Teilsystem der nicht-linearen Dienste ebenso wie die Presse dem Außenpluralismus überantwortet war, galt im System des linearen Rundfunks das Primat des Binnenpluralismus. Dies illustriert die bisherige Signifikanz der Funktionsfähigkeit binnenpluralistischen, öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Existenzbedingung außenpluralistischen, privaten Rundfunks.¹³¹² Der durch die Angebotsvielfalt sukzessive eintretende Bedeutungsschwund einzelner Angebote, auch derjenigen vom Zuschnitt klassischer Fernsehprogramme, lässt deren isolierte Regulierungsbedürftigkeit entfallen, sodass auch dieser Bereich grundsätzlich dem Außenpluralismus überantwortet werden kann.¹³¹³ Mithin zeichnet sich das Verständnis des neuen Gesamtsystems der Massenmedien durch eine im Grundsatz außenpluralistisch, marktgesteuerte Struktur der Vielfaltssicherung aus. Nur dort, wo der Markt nicht zur Herstellung von Vielfalt geeignet ist, sind ausnahmsweise öffentlich-rechtliche, binnenpluralistische Ergänzungsangebote gerechtfertigt. Nachfolgend sollen einige Argumentationsstränge aufgezeigt werden, die für eine solche Medienordnung streiten.

¹³¹¹ Vgl. Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. I, II, Rn. 14; Lehrke, Pluralismus, 172, spricht sich für das „mediale Angebot‘ im weiten Sinn“ als Individual- und Massenkommunikation umfassende Regulierungseinheit aus, die an Stelle der Begrifflichkeiten Rundfunk, Presse etc. treten soll (186 ff.); ähnlich Castendyk, in: Brosius/Fahr/Zubayr, Meinung, Meinungsvielfalt, Meinungsrelevanz, 61 (68): „Die Gefahr, daß eine der drei Funktionen [Politik-, Wert-, Kulturfunktion der Meinungsvielfalt – d. Verf.] vom Rundfunk nicht erfüllt wird, hängt z. B. davon ab, welche anderen Medien die Funktionen erfüllen“.

¹³¹² Verkürzend zusammengefasst: Ohne außenpluralistische Organisation ist (wohl) keine private Rundfunkveranstaltung denkbar; ohne binnenpluralistisches Korrektiv ist jedoch (bislang) wegen der immanenten Vielfaltsgefährdungen auch keine (dann ja alleinige) außenpluralistische Organisation zulässig; ausführlich hierzu oben A.A.III.3.c.

¹³¹³ Vgl. Ory, AfP 2007, 401 (403); Hoffmann-Riem, MP 1984, 613; Gersdorf, Legitimation und Limitierung, 69 ff.

i. Funktionales Verständnis der Rundfunkfreiheit

Allen voran das Bundesverfassungsgericht interpretiert die Rundfunkfreiheit wie dargelegt¹³¹⁴ im Lichte ihrer funktionalen Bedeutung. Medientatsächlichen Entwicklungen kommt somit für die Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG eminente Bedeutung zu. Im Zusammenhang mit seiner Ausgestaltungsaufgabe trifft den Gesetzgeber insbesondere die Pflicht, „die jeweiligen Rahmenbedingungen [zu] berücksichtigen“¹³¹⁵. Wiederholt hat das Bundesverfassungsgericht dementsprechend die Bedeutung der veränderten tatsächlichen und wirtschaftlichen Umstände für die Entwicklung der Medien thematisiert.¹³¹⁶ Zu diesen medientatsächlichen Entwicklungen gehört – neben dem Wandel in Technik und Marktgegebenheiten sowie durch diese bestimmt – zuvorderst das Verhalten der Mediennutzer, auf das das Bundesverfassungsgericht sowohl im Zusammenhang mit der Breitenwirkung als auch mit der Suggestivkraft des Massenmediums Rundfunk rekurriert.¹³¹⁷ Das ursprünglich für den klassischen Rundfunk typische passive *Rezeptionsverhalten* wird zunehmend durch ein aktives *Nutzungsverhalten* ergänzt. Eher unwahrscheinlich erscheint es dagegen, dass es zu einer vollständigen Substitution passiver Rezeption durch aktive Nutzung kommt.

Das Bundesverfassungsgericht negiert bei seiner bisherigen rundfunkverfassungsrechtlichen Betrachtung diese Entwicklung, indem es weiterhin den passiven Rundfunkempfänger in das Zentrum seiner Argumentation stellt.¹³¹⁸ Damit negiert es indes – entgegen der von ihm selbst propagierten Relevanz der Medienwirklichkeit für die Auslegung der Rundfunkfreiheit – einen medientatsächlichen Prozess, der in anderen Wissenschaftsdisziplinen längst anerkannt ist. So haben sich die Kommunikations- und Medienwirkungsforschung einem nutzerzentrierten Medienwirkungsmodell zugewandt, das nicht mehr fragt, „Was machen die Medien mit den Menschen?“, sondern „Was machen die Menschen mit den Medien?“, und betonen damit die aktive Rolle des Rezipienten im Umgang mit den Massenmedien.¹³¹⁹ Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass sich die Nutzer nicht mehr einem einzigen Medium ausliefern, sondern im Rahmen von durch einen hohen Grad an Individualität gekennzeichneten Nut-

¹³¹⁴ Vgl. oben (Kap. 4, A.III.1.).

¹³¹⁵ *Hoffmann-Riem*, AöR 109 (1984), 304 (313); vgl. auch *Lehrke*, Pluralismus, 55.

¹³¹⁶ Hierauf weist *Benda*, in: Brack/Hübner/Oehler/Stern, Rechtsprobleme der privaten Rundfunkordnung, 6 hin.

¹³¹⁷ Zur Bedeutung der Nutzerperspektive für die Medienregulierung aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht vgl. *Hasebrink*, in: Ders./Mikos/Prommer, Mediennutzung, 67 (70 ff.).

¹³¹⁸ Vgl. *Jungheim*, ZUM 2008, 493 (495 f.); ebenfalls einen aus nutzerorientierter Perspektive konzipierten Ordnungsrahmen fordert *Trute*, VVDStRL 57 (1998), 216 (221, 240); ähnlich die EU-Kommission, Kommission, Arbeitsdokument über Medienpluralismus, SEK(2007)32, deutsche Übersetzung der Zusammenfassung, 7 f.; ebenfalls die Bedeutung des Nutzerverhaltens und seine bisherige Vernachlässigung hervorhebend *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, Gutachten zum 64. DJT, Bd. 1, C 17.

¹³¹⁹ So der auf *Elihu Katz* zurückgehende sog. *Uses-and-Gratifications-Ansatz*, vgl. *Katz/Foulkes*, in: *Public Opinion Quarterly* 26/1962, 377 ff.

zungsstrategien unterschiedliche mediale Angebote einbeziehen.¹³²⁰ Im Gegensatz zu Differenzierungen entlang der Grenzen medialer Angebotskategorien, die konvergenzbedingt verschwinden, erweisen sich nutzungs- bzw. nutzerzentrierte Modelle aus kommunikationswissenschaftlicher Perspektive als vorzugswürdig, da empirische Befunde „auf die *Herausbildung sehr spezifischer Arbeitsteilungen zwischen den verschiedenen Kommunikationsdiensten*“¹³²¹ aus Nutzersicht schließen lassen. Ebenso wie Meinungsbildung aktiv und passiv erfolgen kann, sprechen die verschiedenen Kommunikationsdienste in unterschiedlichem Maße beide Facetten individueller und öffentlicher Meinungsbildung an. Zwar verbieten sich pauschalisierende Befunde; gleichwohl lassen sich Tendenzen erkennen: Während etwa die Abrufangebote des Internets und die Presse größeren Einfluss auf die aktive Meinungsbildung zeitigen, entfaltet das traditionelle Fernsehen besondere Bedeutung für die passive Meinungsbildung.¹³²²

Will man tatsächlich ernst machen mit der funktionalen Interpretation der *Rundfunkfreiheit*, wie dies etwa im Hinblick auf den dynamisch verstandenen *Rundfunkbegriff* der Fall ist, so kann den vorstehend beschriebenen Entwicklungen durch die hier vorgeschlagene intermediale Betrachtung bei der Vielfaltssicherung in einem Gesamtsystem Massenmedien angemessen Rechnung getragen werden.

ii. Bestands- und Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Ebenfalls für die hier favorisierte teilsystemübergreifende Betrachtung bei der Vielfaltssicherung spricht die erst jüngst erneuerte Festschreibung der Bestands- und Entwicklungsgarantie öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Aus der funktionalen Bindung seines Programmauftrags an die Funktion des Rundfunks folgt eine Berechtigung aber auch Verpflichtung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, sich veränderten Nutzungsgewohnheiten der Rezipienten anpassen zu können und tatsächlich anzupassen. Er muss sein Programmangebot „für neue *Inhalte, Formate und Genres sowie für neue Verbreitungsformen*“¹³²³ offen halten können. Wandert nun die elektronisch vermittelte Meinungsbildung zunehmend vom klassischen Rundfunk in Richtung des Online-Bereichs ab, so muss der öffentlich-rechtliche Rundfunk

¹³²⁰ Vgl. insbesondere *Schweiger*, Theorien der Mediennutzung, 162 ff.; *Schulz*, in: Noelle-Neumann/Schulz/Wilke, Publizistik/Massenkommunikation, 175 ff. Auch die EU-Kommission legt der Evaluierung von Pluralismus im Rahmen ihres Reding-Wallström-Plans eine nutzerzentrierte Perspektive zugrunde, vgl. das dazugehörige Arbeitsdokument SEC (2007) 32, 18.

¹³²¹ *Hasebrink*, in: Ders./Mikos/Prommer, Mediennutzung, 67 (84).

¹³²² Kritisch zur Annahme der ausnahmslos aktiven Internetnutzung *Schweiger*, in: Hasebrink/Mikos/Prommer, Mediennutzung, 89 (104 ff.).

¹³²³ BVerfGE 119, 181 (218) unter Verweis auf 83, 238 (299) und 74, 297 (350 f.); vgl. dazu *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 221.

hierauf reagieren können, indem er – sofern dies aus Gründen des Pluralismus geboten erscheint – auch in diesem Bereich tätig wird.

Dies bedeutet keineswegs eine uferlose Ausdehnung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Denn dieser ist angesichts der veränderten Rahmenbedingungen einer veränderten und vor allem konkreteren Aufgabenbestimmung zuzuführen. Die wichtigste Anpassung ist auch in diesem Bereich die konsequente Beachtung der intermedialen Betrachtungsweise. Diese führt zwar bei einer technischen Betrachtung auf den ersten Blick zu einer erheblichen Ausweitung des Aufgabenbereichs öffentlich-rechtlichen Rundfunks – die selbst eine öffentlich-rechtliche (elektronischen) Presse theoretisch möglich erscheinen lässt –, doch hat der hier vertretene intermediale Ansatz keinesfalls eine – auch nur in Teilen – öffentlich-rechtliche, binnenpluralistische Presse zur tatsächlichen Folge. Ihre Implementierung wäre – auch und gerade nach dem hier befürworteten Ansatz – nur dann erwägenswert, wenn der gemeinsame Meinungsmarkt sämtlicher Massenmedien nicht von sich aus das notwendige Maß an Vielfalt zu gewährleisten im Stande wäre. Dies ist jedoch angesichts der Vielzahl der bei dieser Betrachtungsweise zu berücksichtigenden Akteure auf dem Meinungsmarkt und trotz der veränderten Gefährdungssituationen kaum wahrscheinlich.

iii. Informationsfreiheit der Rezipienten

Die hier befürwortete medienübergreifende Sichtweise wird zudem durch die Informationsfreiheit der Rezipienten forciert. Handelt es sich bei Information um die wesentlichste Voraussetzung der Meinungsbildung überhaupt, steht der Schutz des Sich-Informierens in Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Hs. 1 GG selbstständig und gleichwertig neben den übrigen Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG.¹³²⁴ Ohne die Gewährleistung von Informationsfreiheit gäbe es keine Meinungsfreiheit, sie ist notwendige Voraussetzung eines freien Meinungsbildungsprozesses.¹³²⁵ Als Verstärkung ihrer subjektiv-rechtlichen Dimension verfügt daher auch die Informationsfreiheit über eine objektiv-rechtliche, demokratiegerichtete Facette.¹³²⁶ Aufgrund der Ausstrahlungswirkung der Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG, die dem Einzelnen eine weitgehend unbeschränkte Persönlichkeitsentfaltung garantieren, handelt es sich bei der so

¹³²⁴ Vgl. BVerfGE 27, 71 (81); 30, 336 (352); *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof, HdBStR VI, § 141, Rn. 28.

¹³²⁵ BVerfGE 57, 295 (319); *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 82; zur Bedeutung der Informationsfreiheit angesichts des Informationsüberflusses vgl. *Degenhart*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 272; *ders.*, K&R 2000, 49 (53).

¹³²⁶ Vgl. *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5, Rn. 28; *Schmidt-Jortzig*, HdBStR VI, § 141, Rn. 29; *Schoch*, VVDStRL 57 (1998), 158 (189); *Degenhart*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 271; *Trute*, VVDStRL 57 (1998), 216 (250); zur abwehrrechtlichen Komponente *Hoffmann-Riem*, in: Broda et al., FS Wassermann, 455 (461).

verstandenen Informationsfreiheit auch um eine Absicherung der informationsbezogenen Rezipientensouveränität.¹³²⁷ Da diese Rezipientensouveränität auch durch paternalistische, gesetzliche und hoheitliche Vielfaltsvorgaben und Belegungsregeln gegenüber den Veranstaltern beschränkt wird, weil auf diese Weise die Rezeptionsoptionen der Zuschauer determiniert werden, haben solche regulativen Maßnahmen im Lichte der Informationsfreiheit grundsätzlich zu unterbleiben.¹³²⁸ Mögen solche Maßnahmen zwar zum Schutze des Meinungsbildungsprozesses ausnahmsweise zulässig sein, so besteht für sie jedenfalls dann kein Bedürfnis, wenn der Meinungsbildungsprozess an sich – wie etwa im kommerziellen, der Unterhaltung verschriebenen Privatrundfunk – überhaupt nicht oder nur am Rande betroffen ist. Ein solches Verständnis hat zur Folge, dass dem privaten Rundfunk weder eine gesteigerte Bedeutung für die – teilweise marktgegensätzliche – Vielfaltsgewährleistung zugesprochen werden noch die Erfüllung einer integrativen Funktion zugesprochen werden muss.¹³²⁹ Zudem streitet die als Rezipientenfreiheit verstandene Informationsfreiheit zumindest für eine übertragungstechnische Gleichbehandlung solcher massenmedialer Angebote, die den Rezipienten ein möglichst hohes Maß an Rezipientensouveränität vermitteln: interaktiver, sprich telemedialer Angebote.

iv. Vielfaltsgefahren trotz Vielfalt

Ein weiterer Vorteil der hier propagierten massenmedienübergreifenden Vielfaltsbestimmung besteht darin, dass sie die Möglichkeit schafft, einerseits durch das Primat des Außenpluralismus der mittlerweile feststellbaren Vielzahl massenmedialer Angebote Rechnung zu tragen, mit ihr aber gleichzeitig den – oben beschriebenen – weiterhin bestehenden Vielfaltsgefährdungen entgegengetreten werden kann. Ersteres hat zur Folge, dass die Vielfaltsgewährleistung grundsätzlich dem Markt überlassen werden kann, flankiert von bereichsspezifischen Wettbewerbsregeln. Letzteres bedeutet eine Neujustierung und Konkretisierung des öffentlich-rechtlichen Funktionsauftrags, der dahingehend auszurichten ist, den verbleibenden Gefahren für einen unverfälschten Meinungsbildungsprozess zu begegnen. Dies entspricht der hier favorisierten Umkehrung des Regel-Ausnahmeverhältnisses: Während bislang die Geltung des Marktes als Vielfaltsgarant im Rundfunk die Ausnahme war, ist sie nun die Regel;

¹³²⁷ Hoffmann-Riem, Pay-TV, 34; Lehrke, Pluralismus, 109; ähnlich Schoch, VVDStRL 57 (1998), 158 (168, 179); Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 5 I, II, Rn. 83; Jüngling, Fernseekabelnetz, 185; zur „Rezipientenfreiheit“ vgl. Engel, Kabelfernsehen, 34 ff.; im Ansatz auch OVG Bremen, ZUM 2000, 250 (254 f.).

¹³²⁸ Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 1; kritisch Schumacher, Kabelregulierung, 91 f.; vgl. zur Bedeutung der Informationsfreiheit im hiesigen Kontext bereits oben (Kap. 3, B.II.3.).

¹³²⁹ So Lehrke, Pluralismus, 110.

während marktunabhängige, dem Public-Service-Gedanken verschriebene Angebote bislang im Rundfunk die Regel waren (öffentlich-rechtliche Programme), sind sie nun die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. Sie sind überall dort gerechtfertigt, wo der Markt trotz oder gerade aufgrund der konvergenzbedingten Veränderungen nicht alleine geeignet erscheint, publizistische Vielfalt zu gewährleisten.

v. Keine Nivellierung sämtlicher Regulierungsunterschiede

Der hier vertretene Betrachtungsansatz hat schließlich auch nicht zur Folge, dass jegliche Regulierung intermedial und damit etwaige Unterschiede zwischen medialen Kategorien nivellierend ausgestaltet zu sein hat. So gilt die intermediale Betrachtungsweise im Grundsatz nur für den Aspekt der Gewährleistung von Meinungsvielfalt. Dadurch bleiben etwa Werberegelungen oder Jugendschutzregelungen, die an die Meinungsbildungsrelevanz, die Wirkungsweise eines konkreten Massenmediums oder dessen spezifische Wirkungsweise – etwa des Rundfunks – anknüpfen, weiterhin möglich;¹³³⁰ der hiesige Ansatz verhindert also grundsätzlich nicht die Beibehaltung eines Systems abgestufter Regelungsintensität. Erst dort, wo einzelne Regelungen der Sicherstellung von Meinungsvielfalt dienen – seien es die Zulassung von Veranstaltern, Medienkonzentrationsregelungen oder Belegungsvorgaben – drängt die hier präferierte intermediale Betrachtungsweise auf Verwirklichung. Im Übrigen bleiben technologiebezogene Differenzierungen möglich, sie bedürfen lediglich eines entsprechenden Rechtfertigungsgrundes, der wiederum im Lichte medienübergreifender Betrachtung zu eruieren ist.¹³³¹

Daneben gilt es, etwaige Differenzierungen bei der Regelungsdichte nicht mehr nur anhand einer medienzentrierten, auf die Wirkungsweise einzelner Kommunikationsdienste abstellenden Betrachtungsweise vorzunehmen, sondern verstärkt die Nutzerseite in den Blick zu nehmen. Dabei ist in Rechnung zu stellen, dass sich das Nutzungsverhalten insgesamt weiter aufspalten wird. Während der „medienmündige“, sich aktiv informierende Bürger überwiegend von den Möglichkeiten individueller Selektionsmöglichkeiten Gebrauch machen wird, werden sich „medienunmündige“, sich kaum oder gar nicht informierende Bürger, weiterhin, insbesondere zu Unterhaltungsbedürfnissen, dem traditionellen Privatrundfunk zuwenden.

¹³³⁰ Vgl. hierzu *Bullinger*, HdBSTr VI, § 142, Rn. 80; *Lehrke*, Pluralismus, 211 ff., die Wirkungsunterschiede unterschiedlicher medialer Gattungen bei der Messung von Vielfalt berücksichtigen will; vgl. auch den, wenn auch weitergehenden, differenzierenden Ansatz von *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, Gutachten zum 64. DJT, Bd. 1, C 109 ff.

¹³³¹ Vgl. *Körber*, ZWer 2009, 315 (327); ähnlich *Ladueur*, in: Faber/Frank, FS Stein, 67 (86).

Die Masse der Bevölkerung wird sich zwischen diesen beiden Polen wiederfinden.¹³³² Verfehlt wäre es daher, etwa nur noch auf den Mediennutzer neuer Prägung, der sich aktiv informiert, abzustellen, und es als für die Vielfaltsgewährleistung ausreichend zu erachten, wenn jedermann die Möglichkeit hat, sich aus einer Vielzahl unterschiedlicher Quellen zu informieren.¹³³³ Stattdessen bedarf es auch für den sich einer aktiven Teilnahme am gesellschaftlichen und politischen Diskurs verweigernden Rezipienten eines vielfältigen – linearen – Programms. Dieses sicherzustellen wird insbesondere (weiterhin) Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sein. Insoweit gilt es insbesondere, die Medienkompetenz der Bürger zu stärken.¹³³⁴

b. Abkehr von der dienenden Funktion des Rundfunks und der Rundfunkfreiheit

Grundrechtsdogmatisch wichtigste – gleichwohl nicht zwingende¹³³⁵ – Neuerung der Implementierung eines intermedialen Ansatzes der Vielfaltssicherung ist die Aufgabe der Interpretation der Rundfunkfreiheit als dienender Freiheit. War ein solches Verständnis seit jeher Bedenken ausgesetzt und Gegenstand vielfältiger Kritik,¹³³⁶ so erweist es sich jedenfalls angesichts der medientatsächlichen Konvergenzentwicklungen, die für einen massemedienübergreifenden Ansatz streiten, als überholt. Insbesondere das systematische Argument, einer einheitlichen Erwähnung der massenkommunikativen Grundrechte in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG müsse eine entsprechend einheitliche Handhabung folgen, drängt vor dem Hintergrund der verschwimmenden Grenzen zwischen den massenmedialen Abgrenzungskategorien nachdrücklich auf Verwirklichung. Durch ein einheitliches Verständnis der Rundfunk- und Pressefreiheit im Sinne eines klassischen Freiheitsrechts unter Überwindung der „dienenden Funktion“ der ersteren werden dezidierte, im Einzelfall hochkomplexe Abgrenzungsfragen obsolet.¹³³⁷ Ferner wäre es dogmatisch kaum nachvollziehbar, trotz medienübergreifender Be-

¹³³² Wie hier *Bullinger*, ZUM 2007, 337 (342); *ders.*, AfP 2007, 407 f.

¹³³³ So aber wohl *Jungheim*, ZUM 2008, 493 (495 f.); wie hier *Kübler*, AfP 2002, 277 (282).

¹³³⁴ Vgl. *Sjurts*, in: Friedrichsen/Seufert, Effiziente Medienregulierung, 71 (77 ff.); *Ory*, AfP 2007, 401 (403).

¹³³⁵ Denkbar wäre auch einer medienübergreifenden Sichtweise ein dienendes Grundrechtsverständnis zugrunde zu legen; hierauf hinweisend *Lehrke*, Pluralismus, 98. Voraussetzung hierfür wäre jedoch wenigstens die Begründung einer fortbestehenden Sondersituation bezogen auf alle Massenmedien, was nicht gelingen kann. Vgl. auch *Körber*, ZWeR 2009, 315 (341), der sich für eine Beibehaltung der dienenden Freiheit trotz technologie-neutraler Regulierung zumindest für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ausspricht; ebenso *Bullinger*, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 193 (215 ff.).

¹³³⁶ Dazu vgl. oben (Kap. 4, A.III.1.b.).

¹³³⁷ Zu Ansätzen der Schaffung eines Massen- und Individualkommunikation überspannenden Grundrechts auf Kommunikationsfreiheit vgl. *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof, HdBStR VI, § 142, Rn. 180; *Schoch*, VVDStRL 57 (1998), 158 (194 ff.); überzeugend dagegen *Hoffmann-Riem*, in: Azzola et al., AK, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 16; *Lehrke*, Pluralismus, 161 f., die stattdessen eine Differenzierung zwischen nicht-medialer (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) und medialer Kommunikation (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) befürworten.

trachtungsweise an einem differenzierenden Verständnis einzelner Medienfreiheiten festzuhalten. Demgegenüber verliert das vom Bundesverfassungsgericht angeführte funktional-teleologische Argument, dem Rundfunk käme eine hervorgehobene Bedeutung für den Meinungsbildungsprozess zu, sein tatsächliches, diese Funktionalität begründendes Fundament, wenn der Rundfunk angesichts veränderter Nutzungsgewohnheiten nur eine von vielen Optionen im massenmedialen Repertoire der Nutzer ist, und er zudem überwiegend zu Unterhaltungszwecken genutzt wird.

An die Stelle der dienenden Freiheit im Sinne einer dominierenden objektiv-rechtlichen Komponente tritt damit eine Rundfunkfreiheit subjektiv-rechtlicher Prägung im Sinne des klassischen Grundrechtsverständnisses eines individuellen Abwehrrechts. Diese Akzentuierung des *status negativus* im Sinne *Jellineks* rechtfertigt sich im Lichte des oben erläuterten, implizit der bisherigen Sonderdogmatik der Rundfunkfreiheit zugrunde liegenden Konzepts:¹³³⁸ Zwar weist die elektronisch vermittelte Massenkommunikation nach wie vor einen erheblichen Gesellschaftsbezug auf. Gleichwohl erfolgt auch sie zunehmend – und diese Entwicklung wird anhalten bzw. zunehmen – individuell, sowohl auf Seiten der Kommunikatoren als auch auf Seite der Rezipienten. Dass auch das Bundesverfassungsgericht sich nicht vollends vor dieser Entwicklung verschließt, wird angesichts des in jüngerer Zeit deutlicher herausgestellten subjektiv-rechtlichen Aspekts der Rundfunkfreiheit und der daraus folgenden stärkeren Rückbindung ausgestaltender Regelungen an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erkennbar.¹³³⁹ Damit enthält Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nach dem hier favorisierten Verständnis ein gegen staatliche Eingriffe gerichtetes Abwehrrecht im Sinne einer umfassenden Veranstalterfreiheit. Kern dieser Freiheit ist die – freilich auch nach überkommenem Verständnis anerkannte – Programmfreiheit.

Mit dem Zurücktreten der objektiven Komponente der Rundfunkfreiheit entfällt sodann die spezifisch rundfunkrechtlich konnotierte Aufgabe des einfachen Gesetzgebers, im Wege der Ausgestaltung eine positive Rundfunkordnung zu schaffen.¹³⁴⁰ Dass es einer solchen positiven, einfachgesetzlichen Ordnung als Voraussetzung der Grundrechtsbetätigung nicht mehr zwingend bedarf, wird gerade bei einem Blick auf den Kern dieser Ordnung, das rundfunkrechtliche Zulassungserfordernis deutlich. Dieses hat angesichts der grenzüberschreitenden

¹³³⁸ Vgl. oben (Kap. 4, A.III.1.a.).

¹³³⁹ Vgl. jüngst BVerfGE 121, 30 (59); 97, 228 (267).

¹³⁴⁰ Für eine Beibehaltung der Ausgestaltungsaufgabe etwa *Brinkmann* und *Kohl*, beide in: Assmann et. al., Festgabe Kübler, 153 (166 ff.) bzw. 215 (218); *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, Gutachten zum 64. DJT, Bd. 1, C 37 f.; wie hier *Bullinger*, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, 193 (195 ff.); *Schoch*, VVDStRL 57 (1998), 158 (194 f.); *Gersdorf*, Rundfunkfreiheit ohne Ausgestaltungsvorbehalt, 30 ff.; *ders.*, Legitimation und Limitierung, 50 ff.; *Spoerr/Luczak*, ZUM 2010, 553 (559).

Verfügbarkeit elektronisch vermittelter massenmedialer Inhalte ebenso weitgehend an Bedeutung verloren wie die laufende Programmüberwachung im privaten Rundfunk. Der Gesetzgeber ist damit auf den Erlass von Eingriffsgesetzen verwiesen, die den Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 GG, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen haben.¹³⁴¹

c. Beibehaltung und Anpassung des „Metaprinzips Meinungsvielfalt“

Trotz des Hervortretens der subjektiv-rechtlichen Komponente des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG im Sinne einer privaten Rundfunkfreiheit, versinkt der objektiv-rechtliche Aspekt dieses Grundrechts – schon alleine aufgrund seiner Rückbindung an dessen subjektiven Gehalt und der nach wie vor ungebrochenen Bedeutung massenmedial vermittelter Kommunikation für ein demokratisch strukturiertes Gemeinwesen – nicht vollends in der Bedeutungslosigkeit. Vielmehr erwächst aus der objektiv-rechtlichen Wirkungsrichtung der Rundfunkfreiheit in Verbindung mit dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Pressefreiheit im Zusammenspiel mit den Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG ein zu beachtendes „Metaprinzip Meinungsvielfalt“.¹³⁴² Mit dem Pluralitätsgebot sowie der Sicherstellung kommunikativer Chancengleichheit sind darin eben jene grundsätzlichen Ziele enthalten, die bislang den Kern der „dienenden“ Rundfunkfreiheit ausgemacht haben.

Es ist aufgrund der eingangs dieses Kapitels erwähnten funktionalen Bedeutung der Massenmedien zu Recht anerkannt, dass sowohl für den Rundfunk als auch für die Presse die Notwendigkeit besteht, Meinungsvielfalt sicherzustellen; die Rechtsordnung hat für Vielfalt in den Massenmedien zu sorgen.¹³⁴³ Hierzu gehört – trotz der veränderten tatsächlichen Rahmenbedingungen – die Gewährleistung, einem jeden die Teilnahme an einem freien Prozess der Kommunikation zu ermöglichen, sowohl auf Nutzer- als auch auf Rezipientenseite.¹³⁴⁴ Dies umfasst die Sicherstellung einer Chancengleichheit ermöglichender Kommunikationsinf-

¹³⁴¹ Auch dies hört sich zunächst nach einer größeren Diskrepanz gegenüber den Grundsätzen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung an, als dies tatsächlich der Fall ist. Denn auch das Bundesverfassungsgericht hat erst in seinem jüngsten Urteil zur Parteienbeteiligung an Rundfunkunternehmen erneut hervorgehoben, dass „*Kommunikations- und rundfunkbezogene Vorschriften, die den rechtlichen Rahmen der Rundfunkfreiheit regeln, am Maßstab des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht zu beanstanden [sind], wenn sie geeignet sind, das Ziel der Rundfunkfreiheit zu fördern, und die von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützten Interessen angemessen berücksichtigen*“, wozu auch „*die rundfunkrechtlichen Positionen (...) anderer Gruppen, die Rundfunk veranstalten*“ gehören (E 121, 30 [59], Hervorhebung d. Verf.); vgl. bereits E 97, 228 (267).

¹³⁴² So auch Bullinger, ZUM 2007, 337 (343); Jungheim, Medienordnung, 156 ff.; dies., ZUM 2008, 493 (496 ff.), die von einem „*Gebot der Meinungsvielfalt als Rechtsprinzip*“ spricht; ähnlich Lehrke, Pluralismus, 113 ff., 171 f., die als taugliches Kriterium für die Regulierung massenkommunikativer Vorgänge die Meinungsbildungsrelevanz des jeweiligen Inhalts verwenden will.

¹³⁴³ Kübler, AfP 2002, 277 (281); zu den Gründen vgl. oben (Kap. 4, A.I.).

¹³⁴⁴ Degenhart, K&R 2000, 49 (51): „*Anbieter- und Rezipientenfreiheit*“.

rastruktur, wie sie nicht zuletzt auch durch Art. 87 f GG dem Gesetzgeber überantwortet ist. Diese Ziele bleiben unverändert gültig, werden jedoch nicht mehr wie bisher im Wege rundfunkrechtlich partikularer Ausgestaltung, sondern medienübergreifend mittels Schrankenregelungen umgesetzt.

Gleichwohl differenziert die geltende Rechtsordnung zwischen einzelnen Massenmedien und überantwortet die normative Sicherung von Meinungsvielfalt alleine dem klassischen Rundfunk: Während für die Presse und nicht-lineare Kommunikationsdienste der (ökonomische) Markt als vielfaltsgewährleistendes Korrektiv als ausreichend erachtet wird, soll es für den Rundfunk im engeren Sinne zusätzlicher, durch das Konstrukt des dualen Systems zum Ausdruck kommender Sicherungsinstrumente bedürfen. Eine solche Medienordnung ist anachronistisch, denn sie negiert den Umstand, dass die Meinungsbildung aufgrund des Strukturwandels der Medien heute nicht mehr entlang der Grenzen medialer Gattungen, sondern übergreifend innerhalb sämtlicher dieser einander ergänzenden Gattungen stattfindet. *Claudia Mast*¹³⁴⁵ beschreibt diesen Strukturwandel wie folgt: „Durch den Umbau im Mediensystem werden neue Leistungsangebote der Medien an die Seite der bislang dominanten treten, zum Teil lösen sie diese sogar ab.“ Angesichts konvergierender medialer Gattungen ist Meinungsvielfalt nicht mehr nur wie bisher als ein in der Theorie qua Art. 5 Abs. 1 und 2 GG sämtliche massenmedialen Grundrechte überspannendes Prinzip zu verstehen, sondern dieser universellen Geltung auch in der praktischen Umsetzung Rechnung zu tragen. Es gilt, den Bezugspunkt der Gewährleistung von Meinungsvielfalt dem medialen Strukturwandel anzupassen. Das Vorliegen bzw. Fehlen von Meinungsvielfalt ist daher nicht mehr isoliert im Hinblick auf einzelne massenmediale Gattungen – Vielfalt im Rundfunk, Vielfalt in der Presse, etc. – zu evaluieren, sondern im System aller Massenmedien insgesamt.¹³⁴⁶ Dieses Verständnis entspricht der Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG inhärenten Systematik, die sich durch eine einheitliche Aufzählung der Massenmedien auszeichnet.

Damit einhergehend bedarf es eines ebenso universellen Maßstabs der Meinungsvielfalt. So gilt es, die Vielfaltssicherung an das Bestehen bzw. Nichtbestehen *effektiver* Vielfalt zu binden.¹³⁴⁷ Maßgebend ist eine Orientierung an den tatsächlichen Verhältnissen, so wie dies bereits heute für die Presse gehandhabt wird, bei der regulierende Eingriffe mit Blick auf die angenommene tatsächliche Vielfalt am Markt weitgehend unterbleiben. Es gilt zu fragen, ob

¹³⁴⁵ In: Fünfgeld/Mast, Massenkommunikation, 213 (221).

¹³⁴⁶ Wie hier *Jungheim*, ZUM 2008, 493 (497); einschränkend *Lehrke*, Pluralismus, 176 f.

¹³⁴⁷ Dazu *Lerche*, NJW 1982, 1676 (1677 ff.); ähnlich *Rittlewski*, Pluralismus, 107 ff.

bei medienübergreifender Betrachtung „*willensbildungstaugliche mediale Vielfalt*“¹³⁴⁸ überhaupt existiert. An diesem Maßstab hat sich das Erfordernis vielfaltsgewährleistender Regulierung medienübergreifend auszurichten; normativ vorgegebene Rahmenbedingungen können allenfalls noch ergänzend Platz greifen. Mit anderen Worten: Auch im Rundfunk sind vielfaltssichernde Maßnahmen grundsätzlich nur dann noch zulässig, wenn bei einer Betrachtung des gesamten tatsächlichen Medienangebots Vielfaltsdefizite festzustellen wären, ohne dass es um die zwingende Erreichung optimaler und absoluter Vielfalt ginge.¹³⁴⁹ Vielfalt als Voraussetzung für die Feststellung eines Vielfaltsdefizits lässt sich dabei anhand der in der rechtswissenschaftlichen Literatur entwickelten Kriterien bestimmen.¹³⁵⁰

d. Die unterschiedlichen Rollen der Akteure

Mit der veränderten Struktur der hier favorisierten Medienordnung geht das Erfordernis einer Neupositionierung der Akteure dieser Medienordnung einher. Notwendig ist diese Neupositionierung, da sich die Rolle der medialen Akteure, gemeint sind hier insbesondere die Anbieter von Rundfunk im weiten, verfassungsrechtlichen Sinn, bislang im Lichte der isolierten Betrachtung der meinungsbildenden Bedeutung des Rundfunks definierte. Wird nun eine veränderte Bedeutung des Rundfunks dahingehend zugrunde gelegt, dass sich seine spezifische Meinungsbildungsrelevanz im Zuge einer medienübergreifenden Betrachtungsweise auflöst, müsste dies naturgemäß auch ein novelliertes Rollenverständnis insbesondere der Rundfunkanbieter nach sich ziehen. Die folgenden Ausführungen sollen sich auf wesentliche, strukturelle Gedanken hierzu beschränken.

i. Die privaten Anbieter

Es mag auf den ersten Blick überraschen, dass sich tatsächlich vor allem eine Neuverortung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks innerhalb des intermedialen Mediensystems aufdrängt, während sich die Bedeutung der privaten Anbieter im Grunde nur begrenzt verändert. Letzteres findet seinen Ursprung darin, dass der private Rundfunk seit jeher nicht als Viel-

¹³⁴⁸ *Lehrke*, Pluralismus, 177, 204 ff., wobei sie ein regulatorisches, vielfaltssicherndes Interesse richtigerweise insbesondere dort annimmt, wo es um politische Informationen und Stellungnahmen geht, während es an einem solchen Interesse im Hinblick auf unterhaltende Inhalte fehlen soll; ähnlich *Castendyk*, in: Brosius/Fahr/Zubayr, Meinung, Meinungsvielfalt, Meinungsrelevanz, 61 (71 f.).

¹³⁴⁹ Vgl. auch *Bullinger*, ZUM 2007, 337 (343); *ders.*, AfP 1982, 69 (76).

¹³⁵⁰ Vgl. dazu oben die Nachweise bei Fn. 1067.

faltsgarant, sondern eher als Gefahr für die Meinungsvielfalt betrachtet worden ist.¹³⁵¹ Aus diesem Grund zeichnete sich schon dessen bisherige Regulierung innerhalb der außenpluralistischen Säule des dualen Systems dadurch aus, dass sie überhaupt nur ein Minimum an Vielfalt zu gewährleisten hatte. Da jedoch selbst die Erreichung dieses Mindestmaßes seitens des Bundesverfassungsgerichts einer marktgesteuerten Ordnung nicht zugetraut wird, existieren nach wie vor flankierende rundfunkrechtliche Regelungen, die dieses Mindestmaß sicherstellen sollen.

Wird nun das bisherige geschlossene Rundfunksystem innerhalb des Gesamtsystems der Massenmedien aufgelöst, so haben auch diese flankierenden Regeln zu entfallen, soweit sie den einzelnen Veranstalter zwingend zu vielfaltssichernden Maßnahmen verpflichten können.¹³⁵² Es hat eine umfassende – *rundfunkrechtliche* – Deregulierung stattzufinden.¹³⁵³ Die privaten Rundfunkveranstalter sind somit grundsätzlich nicht mehr einer Public-Service-Idee des Rundfunks verpflichtet, sondern können sich auf individuell-unternehmerische Zielsetzungen konzentrieren; sie werden gänzlich in die grundrechtliche Freiheit entlassen.¹³⁵⁴ Während vielfaltssichernde Maßnahmen der laufenden Programmkontrolle in der Praxis seit jeher mangels operationalisierbarer Kriterien kaum Wirkung zu entfalten vermochten,¹³⁵⁵ hat damit nun auch die – bislang durchaus effektive – präventive Vielfaltskontrolle etwa im Zusammenhang mit der Veranstalterzulassung zu entfallen. Dieses Zulassungserfordernis erweist sich angesichts global im Internet empfang- und veranstalterbarer Programme nicht nur als überholt und impraktikabel, es stünde auch in Widerspruch zu der hier propagierten subjektiv-rechtlich verstandenen Rundfunkfreiheit.¹³⁵⁶ Wenn die privaten Veranstalter sich auf die Befriedigung des Unterhaltungsbedürfnisses ihrer Rezipienten unter Aussparung informierend-

¹³⁵¹ *Stock*, NJW 1987, 217 (220), sieht in der Einstellung des Bundesverfassungsgerichts zum privaten Rundfunk „eine Art amtliches Armutzeugnis“.

¹³⁵² Deutlich *Schoch*, VVDStRL 57 (1998), 158 (193 f.): „Die Indienstellung privater Rundfunkveranstalter in ein Konzept diskursiver Meinungsbildung zur Pflege der demokratischen Ordnung grenzt weithin ‚ans Grotteske‘“; vgl. *ders.*, JZ 2002, 798 (805 ff.). Ähnlich *Körber*, ZWeR 2009, 315 (327), der von einer Rückführung der sektorspezifischen Regulierung des privaten Rundfunks „auf Null“ spricht; vgl. auch *dens.*, MMR 2011, 215 (220); *Thierfelder*, Zugangsfragen, 13; *Bullinger*, AP Köln, Nr. 151, 5; *Ladeur*, in: Faber/Frank, FS Stein, 67 (75); zurückhaltender *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 249 ff.; ablehnend *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, Gutachten zum 64. DJT, Bd. 1, C 37 ff.

¹³⁵³ So auch die Empfehlung der Monopolkommission, 13. Hauptgutachten 1998/1999, BT-Dr. 14/4002, 357.

¹³⁵⁴ In Umkehrung des von *Gersdorf*, AfP 1997, 424, pointiert formulierten Grundsatzes „Dienen statt Verdienen“ hat nun zu gelten „Verdienen statt zu dienen“.

¹³⁵⁵ Vgl. dazu oben (Kap. 4, A.III.d.ii.). Auf die sich ebenfalls verändernde Rolle der Landesmedienanstalten (vgl. dazu etwa *Boos*, MMR 2012, 364 [368 f.]) kann hier nicht weiter eingegangen werden.

¹³⁵⁶ So auch *Bullinger*, ZUM 2007, 337 (343), der stattdessen allerdings eine Anzeigepflicht für möglich erachtet. Dafür spricht, dass, trotz der dominanten Rolle der subjektiv-rechtlichen Komponente der Rundfunkfreiheit, diese weiterhin eine – wenn auch rezessive – objektive Komponente aufweist, vgl. soeben; einschränkend *ders.*, AfP 2007, 407 (408); kritisch zum Zulassungserfordernis auch *Körber*, ZWeR 2009, 315 (328); *Ladeur*, Rundfunkfreiheit, in: Faber/Frank, FS Stein, 67 (85 f.); aA *Boos*, MMR 2012, 364 (366).

politischer Inhalte beschränken, greift auch die von der staatstragenden Funktion der Massenmedien ausgehende Grundkonzeption nicht mehr.

An die Stelle dieser die Rundfunkfreiheit ausgestaltender Regelungen treten – insoweit vergleichbar der Situation bei der Pressefreiheit – allgemeine Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG, die zur Sicherstellung der Meinungsvielfalt legislatorische Einschränkungen der Rundfunkfreiheit legitimieren; daneben gewinnt Art. 12 GG für die kommerzielle Rundfunkveranstaltung an Bedeutung.¹³⁵⁷ Insofern gleicht sich die Rolle der privaten Veranstalter von Rundfunk (im engeren Sinne) derjenigen von Telemedien- und Presseanbietern an. Diese können sich vollständig der von wirtschaftlichen Erwägungen getragenen Teilnahme am Markt und der Unterhaltung ihrer Zuschauer widmen, ohne vielfaltsgewährleistenden Einschränkungen ihres kommerziell orientierten Handelns unterworfen zu sein. Nur ausnahmsweise kommt eine Beschränkung der grundrechtlichen Freiheiten privater Rundfunkveranstalter nach den Maßgaben der Art. 5 Abs. 2, 12 Abs. 1 Satz 2 GG in Betracht.¹³⁵⁸

ii. Die öffentlich-rechtlichen Anbieter

(1) Konkretisierung des öffentlich-rechtlichen Funktionsauftrags

Ausgehend von dem aufgrund der intermedialen Betrachtungsweise festzustellenden positiven Vielfaltsbefund und der Anerkennung des Primats des Marktes verändert sich die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks demgegenüber signifikant. Diese Veränderung zeichnet sich durch eine Akzentuierung des meritorischen Charakters des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus, indem dieser insbesondere solche Angebote zur Verfügung zu stellen hat, hinsichtlich derer die tatsächliche Nachfrage der Rezipienten hinter dem gesamtgesellschaftlich gewünschten Ausmaß zurückbleibt. Er hat mithin überall dort tätig zu werden, wo – auch bei medienübergreifender Betrachtungsweise – ein publizistisches Marktversagen zu beklagen ist. Danach ist es nicht mehr Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, ein autarkes System darzustellen, das für sich betrachtet den „klassischen Rundfunkauftrag“ vollständig wahrnimmt. Der Umfang der Grundversorgung hat sich vielmehr dynamisch nach dem Umfang des privaten Angebots im Lichte der verfassungsrechtlich notwendigen Vielfalt zu richten. So

¹³⁵⁷ Ähnlich Schoch, VVDStRL 57 (1998), 158 (195 f.); Hoffmann-Riem/Schulz/Held, Konvergenz und Regulierung, 158 ff.; Degenhart, K&R 2000, 49 (52); Trute, VVDStRL 57 (1998), 216 (230, 238 ff.), spricht von einem „modifizierten Marktmodell“. Beispielhaft genannt werden kann hier etwa die Kodifikation von Sorgfaltspflichten (vgl. etwa § 6 LPresseG BW) oder Werberegulungen; gleiches gilt für Vorkehrungen gegenüber Medienkonzentration. Auch das BVerfG hat der Berufsfreiheit der Rundfunkveranstalter im Zusammenhang mit dem Kurzberichterstattungsurteil hohen Stellenwert zugesprochen, vgl. E 97, 228 (253).

¹³⁵⁸ Vgl. zu den sich dabei im Rahmen der sodann angezeigten Verhältnismäßigkeitsprüfung gegenüberstehenden Interessen Hain, Rundfunkfreiheit, 99 ff.; dazu Reinlein, Medienfreiheit, 86 ff.

ist weiterhin an der Institution des öffentlich-rechtlichen Rundfunks festzuhalten.¹³⁵⁹ Sein Funktionsauftrag ist allerdings dahingehend zu konkretisieren, dass ihm insbesondere eine ausgleichende und integrierende Funktion, beschränkt auf seinen eigentlichen Public Value im digitalen Zeitalter zukommt.¹³⁶⁰

In Anlehnung an *Karmasian*¹³⁶¹ lassen sich insbesondere drei unterschiedliche Public-Value-Aspekte herausarbeiten: Zunächst kann die besondere Bedeutung öffentlich-rechtlichen Rundfunks im digitalen Zeitalter darin gesehen werden, als öffentliches Gut nach wie vor bestehenden Gefahren von Marktversagen¹³⁶² entgegenzusteuern. Ferner kann ein Public-Value aber auch darin bestehen, dass öffentlich-rechtlicher Rundfunk identitätsstiftend in national-kultureller Hinsicht fungiert, als ein Gegengewicht zu den profitorientierten privaten Anbietern sowie den zu beobachtenden Globalisierungs-, Individualisierungs- und Fragmentierungstendenzen.¹³⁶³ Dieses Gegengewicht insbesondere gegenüber den kommerziellen Anbietern ist weiterhin erforderlich, da der Wettbewerb alleine, wie gesehen, nicht ausreichend ist, um die notwendige *qualitative* Vielfalt zu gewährleisten.

(2) Umfang des Versorgungsauftrags

Der so verstandene Funktionsauftrag hat sich entsprechend des insgesamt intermediären Betrachtungsansatzes sodann auf sämtliche Formen meinungsrelevanter Kommunikation zu

¹³⁵⁹ A.A. angesichts des von *Jürgen Habermas* (vgl. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 211 ff.) festgestellten Zerfalls der bürgerlich-liberalen Öffentlichkeit: *Vesting*, *Prozedurales Rundfunkrecht*, 236 ff.

¹³⁶⁰ Ähnlich *Lehrke*, *Pluralismus*, 199, 214 ff.; *Degenhart*, *K&R* 2000, 49 (54 f.); *ders.*, *ZUM* 2009, 374 (376 ff.); *Depenheuer*, *AfP* 1997, 669 (674); *Lerche*, in: *Ziemske et al.*, *FS Kriele*, 357 (360 ff.); *Gersdorf*, *Legitimation und Limitierung*, 69 ff.; *ders.*, *K&R* 2012, 94 ff.; *Jungheim*, *ZUM* 2008, 493 (498 f.); ebenfalls eine Rückbesinnung auf die Integrationsfunktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks fordernd *Schoch*, *VVDStRL* 57 (1998), 158 (203 f.); *Degenhart*, in *Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof*, *BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 760*; so auch die Stellungnahme des *Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi* zum Thema „Offene Medienordnung“ vom 18.11.1999, 31 ff., kritisch dazu aus methodischer Sicht *Kübler*, *ZRP* 2000, 131; eine Begrenzung der Grundversorgung auf die Ausfüllung existenter Vielfaltsdefizite fordert *Engel*, *Medienordnungsrecht*, 63; *Vesting*, *K&R* 2000, 161 (168 ff.), fordert „*kompensatorische vielfaltsgenerierender Institutionen*“; auf diese Weise würde den Bedenken von *Gounalakis*, *Konvergenz der Medien*, *Gutachten zum 64. DJT*, Bd. 1, C 38 ff., Rechnung getragen; aA ebd., C 38 ff., 117 ff.; *Schulz*, *MP* 2008, 158 (159): öffentlich-rechtlicher Rundfunk sei kein „*Lückenfüller*“; *Dörr*, in: *Kohl*, *Vielfalt im Rundfunk*, 184 (188 f.).

¹³⁶¹ Public Value: Konturen und Konsequenzen eines Legitimationsbegriffs, in: *Brandner-Radinger*, *Was kommt. Was bleibt. 150 Jahre Presseclub Concordia*, 91 (95). Vgl. auch das Agreement zwischen dem britischen Kulturminister und der BBC über deren Aufgabe: „*Its public purposes are: sustaining citizenship and civil society; promoting education and learning; stimulating creativity and cultural excellence; representing the UK, its nations, regions and communities; bringing the UK to the world and the world to the UK; and, in pursuing its other purposes, helping to deliver to the public the benefit of emerging communications technologies and services, and taking a leading role in the switchover to digital television*“ (abrufbar unter: www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/about/how_we_govern/agreement.pdf).

¹³⁶² Vgl. oben (Kap. 4, B.II.2.c.).

¹³⁶³ Zur Sicherung nationaler kultureller Identität als Regulierungsziel vgl. etwa *Bullinger*, in: *Isensee/Kirchhof, HdBSTr VI*, § 142, Rn. 172 ff.; *ders.*, in: *Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG*, 193 (209 ff.); *Trute*, *VVDStRL* 57 (1998), 216 (233); im europäischen Kontext *Holznapel*, *Rundfunkrecht in Europa*, 267 ff.; vgl. auch *BVerfGE* 73, 118 (158), 74, 297 (324).

erstrecken. Öffentlich-rechtliche Angebote sind damit nicht auf den Rundfunk im engeren Sinne beschränkt. Vielmehr können sich die Rundfunkanstalten zur Erbringung ihres Public-Value sämtlicher Übertragungswege und Formate bedienen, wozu öffentlich-rechtliche Telemedienangebote¹³⁶⁴ sowie selbst öffentlich-rechtliche Presseerzeugnisse gehören können. Das duale System wird auf die intermediale Kommunikationsordnung übertragen.¹³⁶⁵ Überall dort, wo innerhalb der so verstandenen Kommunikationsordnung (publizistische) Marktdefizite mit Relevanz für den Meinungsbildungsprozess festzustellen sind, überall dort kann und hat der öffentlich-rechtliche „Rundfunk“ mit seinen Angeboten im Rahmen seines – eingeschränkten – Funktionsauftrags gegensteuern.

Dabei lässt sich für die Bestimmung dessen was an öffentlich-rechtlichen, über Rundfunk im engeren Sinne hinausgehenden Angeboten erforderlich ist an die bereits heute für öffentlich-rechtliche Telemedienangebote bestehende Rechtslage anknüpfen. In § 11d RStV wird der Telemedienauftrag der Rundfunkanstalten festgelegt. Zu diesem Zweck werden in Absatz 2 solche Angebote aufgeführt, zu deren Angebot die Rundfunkanstalten ohne weiteres berechtigt sind, sofern hierzu eine journalistisch-redaktionelle Veranlassung besteht (vgl. § 11d Abs. 1 RSV). Hierzu zählen etwa Sendungen auf Abruf sowie sendungsbezogene Telemedien.¹³⁶⁶ Eine quantitative Beschränkung solcher Angebote existiert nicht, sodass die Rundfunkanstalten eine beliebige Zahl solcher Telemedienangebote verbreiten dürfen. Daneben enthält Absatz 5 eine Negativliste solcher Angebote, deren Verbreitung per se unzulässig ist. Dazu gehören Abrufangebote hinsichtlich solcher Inhalte, die durch die Rundfunkanstalten von Dritten angekauft worden sind und keine Auftragsproduktionen darstellen; ebenfalls erfasst ist eine flächendeckende lokale Berichterstattung sowie Werbung und Sponsoring; schließlich verweist § 11d Abs. 5 Satz 4 RStV auf eine Anlage zum Staatsvertrag.¹³⁶⁷ Zwischen diesen beiden Extremen findet sich eine dritte Gruppe von Telemedienangeboten, deren Verbreitung

¹³⁶⁴ Dass es auch bei Online-Diensten öffentlich-rechtlicher Komplementärangebote bedarf weist *Held*, Online-Dienste, 206 ff. nach; vgl. auch *Ladeur*, Rundfunkfreiheit, in: Faber/Frank, 67 (88); *ders.*, ZUM 2009, 906; *Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 288 ff.; ablehnend *Degenhart*, K&R 2000, 49 (57).

¹³⁶⁵ Vgl. *Trute*, VVDStRL 57 (1998), 216 (235); ähnlich *Jarren/Donges*, in: Fünfgeld/Mast, Massenkommunikation, 231 (247). Auf diese Weise wird auch den Bedenken begegnet, wonach eine Beschränkung des Funktionsauftrags die Zukunftsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks infrage stelle (so etwa *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, Gutachten zum 64. DJT, Bd. 1, C 83). Zur praktischen Umsetzung eines konsequent entlang der Meinungsbildungsrelevanz ausgerichteten Regulierungskonzepts vgl. ausführlich *Lehrke*, Pluralismus, 192 ff. Zur Idee einer öffentlich-rechtlichen Suchmaschine siehe den Beitrag von *Hans Hege*, „Wir müssen Google Konkurrenz machen!“, auf www.faz.net.

¹³⁶⁶ Das Telemedienangebot soll in Abgrenzung zu rein kommerziellen Angeboten dazu dienen, allen Bevölkerungsgruppen einen Zugang zur Informationsgesellschaft zu ermöglichen sowie die Medienkompetenz zu fördern, vgl. § 11d Abs. 3 RStV. Vgl. ferner die amtliche Begründung zum 12. RÄndStV, 18 f.

¹³⁶⁷ Diese enthält insgesamt siebzehn Positionen unzulässiger Telemedienangebote, beispielsweise Anzeigenportale, Bewertungsportale, Telekommunikationsdienstleistungen; vgl. auch den Überblick bei *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 11d, Rn. 14.

erst dann zulässig ist, wenn sie den sog. Drei-Stufen-Test des § 11f Abs. 4 RStV passiert haben.¹³⁶⁸ Dieser findet nur für neue oder veränderte Telemedienangebote statt, die weder dem gesetzlichen öffentlich-rechtlichen Telemedienauftrag noch der Negativliste unterfallen.¹³⁶⁹

Die Einführung des Drei-Stufen-Tests im Zuge des Zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrages erfolgte vor einem europarechtlichen Hintergrund. Die Europäische Kommission hatte gegen die Bundesrepublik Deutschland ein beihilferechtliches Verfahren eingeleitet, weil sie unter anderem der Ansicht war, dass der bisherige Auftrag der öffentlich-Rechtlichen Rundfunkanstalten, insbesondere deren Ermächtigung zur Veranstaltung von Telemedien zu unscharf gewesen sei und daher einen Verstoß gegen europäisches Beihilferecht dargestellt habe.¹³⁷⁰ Daraufhin verpflichtete sich die Bundesrepublik, innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren durch zweckdienliche Maßnahmen – allen voran eine genauere Präzisierung des Telemedienauftrags – sämtliche beihilferechtlichen Bedenken auszuräumen. Die Kommission reagierte mit einer Verfahrenseinstellung,¹³⁷¹ in der sie weitgehende Vorgaben für die Determinierung der Zulässigkeit entsprechender Angebote anhand dreier Prüfungsschritte macht: Während zunächst der Public Value eines Angebots und damit dessen Zugehörigkeit zum öffentlichen Auftrag zu überprüfen ist, bedarf es auf der zweiten Stufe der Klärung, ob das Angebot einen qualitativen Beitrag zum publizistischen Wettbewerb leistet; schließlich muss ein angemessenes Verhältnis zwischen finanziellem Aufwand und öffentlichem Nutzen bestehen.

Diese Vorgaben umsetzend verlangt § 11f Abs. 4 RStV zunächst für die Zulässigkeit eines Telemedienangebots, dass dieses dem öffentlichen Auftrag der Rundfunkanstalten unterfällt; sie muss einem – in demokratischer, sozialer oder kultureller Hinsicht bestehenden – gesellschaftlichen Bedürfnis entsprechen (Stufe 1, § 11 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 RStV). Ist dies der Fall, hat eine qualitative Prüfung des Angebots im wettbewerblichen Kontext zu erfolgen (Stufe 2, § 11 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 RStV). Die hierbei zu berücksichtigenden Kriterien sind in Satz 3 näher dargelegt; sie umfassen sowohl angebots- als auch marktbezogene Beurteilungskrite-

¹³⁶⁸ Ausführlich zum Drei-Stufen-Test etwa *Dörr*, ZUM 2009, 897; *Grzeszick*, NVwZ 2008, 608 ff.; *Kopp/Haarhoff*, NJOZ 2009, 2927 ff.; kritisch *Ladeur*, ZUM 2009, 906 ff. sowie *Wimmer* ZUM 2009, 601 ff.; instruktiv *Sokoll*, NJW 2009, 885.

¹³⁶⁹ Zum Vorliegen neuer oder veränderter Telemedienangebote vgl. *Dörr*, ZUM 2009, 897 (899); *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 11f, Rn. 13 ff.

¹³⁷⁰ Kommission, E 3/2005, Rn. 230. Anders als die Bundesregierung geht die Kommission davon aus, dass es sich bei der Rundfunkgebühr um eine Beihilfe handelt. Eine solche ist nur wettbewerbskonform, wenn die damit geförderte Dienstleistung (1) von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist; (2) eine explizite Beauftragung seitens des Mitgliedstaates vorliegt; (3) ihre Ausführung ohne die Beihilfe unmöglich wäre; (4) die Zulassung der Beihilfe keine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen Handelsverkehrs bedeutet.

¹³⁷¹ Kommission, Entscheidung v. 24.04.2007, K(2007) 1761 endg.; vgl. dazu *Klickermann*, MMR 2008, 793 ff.; *Dörr*, MP 2005, 333 ff.; kritisch zum Inhalt der Einstellungsentscheidung *Krausnick*, ZUM 2007, 806 ff.

rien. Schließlich ist auf der dritten Stufe der für die Veranstaltung des Angebots erforderliche finanzielle Aufwand festzustellen (§ 11 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 RStV).

(3) Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Angebots

Diese im Hinblick auf den Funktionsauftrag deutlichere Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen vom privaten Kommunikationsangebot hat konsequent zu Ende gedacht eine ebenso stringente Abgrenzung der Finanzierungsformen nach sich zu ziehen. Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk bedeutet dies entsprechend seines ursprünglichen Vorbilds, der BBC, einen vollständigen Verzicht auf jegliche Form der Werbefinanzierung.¹³⁷² Denn eine Beibehaltung werbefinanzierter Elemente würde nicht nur dem stärker akzentuierten meritorischen Charakter des öffentlich-rechtlichen Angebots widersprechen, sie erweist sich darüber hinaus auch nicht als notwendig, da der Finanzbedarf der Rundfunkanstalten insgesamt sinken dürfte: So haben sie nicht mehr innerhalb eines tatsächlichen, teuren Wettbewerbs mit den privaten Anbietern zu bestehen, zudem dürfte der insgesamt reduzierte Programmauftrag zu insgesamt sinkenden Produktionskosten führen, da dieser mit einer quantitativen Verringerung des öffentlich-rechtlichen Programmbouquets einher zu gehen hat. Eine solche Reduzierung könnte in der Praxis etwa die Reduzierung bzw. vollständige Aufgabe der öffentlich-rechtlichen (Sparten-)Digitalkanäle unter gleichzeitiger Konzentration auf die Vollprogramme sowie 3sat, Arte und Phoenix bedeuten, die wiederum mit innovativen, die derzeitigen digitalen Spartensender kennzeichnenden Formaten anzureichern sind.¹³⁷³ Denn die Begrenzung der zu veranstaltenden Programmzahl ist eine zulässige Methode der Konkretisierung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.¹³⁷⁴

e. Fazit zu den Grundlinien einer zukünftigen Medienordnung

Lässt man die gefestigte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts außer Acht, so erweist sich bei näherer Betrachtung alleine eine die Mediengattungen übergreifende, intermediale Kommunikationsordnung als zukunftsfähig. Nur sie ist geeignet, dem Verschwimmen der Grenzen zwischen einzelnen Mediengattungen sowie dem veränderten Verhalten der

¹³⁷² Vgl. auch *Lehrke*, Pluralismus, 188 f.: Befreiung aus der „*Werbe-Angebots-Nachfrage-Spirale*“; ferner 217 ff.; ähnlich *Seemann*, ZRP 1987, 37 (39); *Bullinger*, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 193 (210).

¹³⁷³ In diese Richtung deuten auch jüngere Äußerungen deutscher Politiker wie des Kulturstaatsministers Bernd Neumann (vgl. dazu den Beitrag „Am Rad drehen“ von *M. Hanfeld* in der FAZ vom 22.12.2011, abrufbar unter www.faz.net) sowie Kurt Becks (vgl. dazu „Streit um Digitalkanäle von ARD/ZDF“ von *J. Huber* in: *Tagespiegel* v. 24.02.2012, Nr. 21255, 27); ähnlich auch *Degenhart*, AfP SH 2007, 24 (29).

¹³⁷⁴ *Dörr*, MP 2005, 333 (339); *Ring*, AfP 2008, 342 (344); vgl. BVerfGE 90, 60 (91 ff.).

Nutzer, die zum Zwecke der Meinungsbildung flexibel aus einem breiten Repertoire unterschiedlicher Dienste wählen, angemessene Rechnung zu tragen. Diese intermediale Kommunikations- bzw. Medienordnung hat grundsätzlich eine solche außenpluralistische Prägung zu sein. Die als gattungsübergreifendes Meta-Prinzip weiterhin bedeutsame Meinungsvielfalt hat ein von Wettbewerbsregeln flankierter Markt herzustellen. Private Veranstalter sind von, dem Gedanken der Daseinsvorsorge entlehnten, Vielfaltsbindungen zu befreien, sie können sich stattdessen auf eine als primär subjektiv-rechtlich verstandene Rundfunkveranstalterfreiheit qua Art. 5 Abs. 1 Satz 2, 12 GG berufen und kommerziell erfolgreiche Massenunterhaltung bieten. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk behält zwar auch bei intermedialer Vielfaltsbetrachtung seine Existenzberechtigung. Diese erscheint jedoch in neuem Gewand: Der Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist noch strikter an einem Public-Value-Konzept auszurichten. Nur dort, wo bei privaten Angeboten ein Marktversagen zu beklagen ist, besteht ein Bedürfnis nach meritorischen öffentlich-rechtlichen Ergänzungsangeboten. Dies betrifft vor allem Angebote mit politisch-informierendem sowie kulturell-integrativem Schwerpunkt, nicht hingegen massentaugliche Unterhaltungsprogramme. Dafür können sich die öffentlich-rechtlichen Veranstalter sämtlicher medialer Übertragungswege, Formate und Distributionsformen bedienen. Die Finanzierung eines solchen Angebotsspektrums hat ausschließlich durch Gebührenerhebung, nicht hingegen durch Produktwerbung zu erfolgen.

2. Gemeinschaftskonformität der Rundfunkordnung

Eine Rundfunkordnung im vorstehend skizzierten Sinne könnte darüber hinaus für sich in Anspruch nehmen, in ihren maßgeblichen Grundlinien mit der sich zunehmend etablierenden europäischen Rundfunkordnung in Einklang zu stehen. Bislang weisen die deutsche und die europäische Rundfunkordnung wesentliche Unterschiede auf. Diese Unterschiede resultieren zum einen aus der divergierenden Interpretation der jeweiligen Rundfunkfreiheit einerseits durch das Bundesverfassungsgericht („dienende Freiheit“) und andererseits durch die europäischen Institutionen. Zum anderen variiert die Perspektive, aus der Rundfunk als Regelungsgegenstand betrachtet wird. Während Rundfunk durch das Bundesverfassungsgericht nach wie vor insgesamt als Sachverhalt primär kultureller Konnotation verstanden wird, wird er auf europäischer Ebene, allen voran der Ebene des Rechts der Europäischen Union, als wirtschaftliche Betätigung verstanden („Dienstleistung“). Schließlich unterscheiden sich auch Bedeutung und Umfang, die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk und seinem Funktionsauftrag zugeordnet werden.

a. Subjektiv-rechtliches Verständnis einer europäischen Rundfunk- bzw. Medienfreiheit nach Art. 10 EMRK und Art. 11 GRCh

Dass es sich bei Rundfunk aufgrund seiner physikalischen Gegebenheiten um einen europarechtlich durchaus relevanten Sachverhalt handelt, dürfte unschwer augenscheinlich sein. Auch das Bundesverfassungsgericht hat schon früh – wenn auch bezogen auf die föderale Ordnung der Bundesrepublik Deutschland – festgestellt: „*Funkwellen halten sich nicht an Ländergrenzen*“.¹³⁷⁵ Neben der Vielzahl der dem europäischen Sekundärrecht zuzurechnenden Richtlinien zum Bereich des Rundfunks¹³⁷⁶ spielen für das grundsätzliche Verständnis einer europäischen Rundfunkordnung vor allem die völkerrechtlichen Vorschriften der Art. 10 EMRK sowie Art. 11 der EU-Grundrechtecharta eine tragende Rolle. Beide Normen bestätigen die hier vertretene Sichtweise, wonach es einer Abkehr vom Verständnis der verfassungsrechtlichen Rundfunkfreiheit als dienender Freiheit bedarf.

i. Die europäische Rundfunkfreiheit des Art. 10 EMRK

In ihrer Interpretation durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) unterscheidet sich die Rundfunkfreiheit der EMRK deutlich von dem Verständnis, das der grundgesetzlichen Rundfunkfreiheit im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als „dienender Freiheit“ zukommt.¹³⁷⁷ Denn der EGMR sah in der Rundfunkfreiheit zunächst eine ausschließlich individualrechtlich geprägte Freiheit zur privaten Rundfunkveranstaltung, ohne ihr eine sozio-kulturelle Funktion nach dem Verständnis der „dienenden“ Funktion des deutschen Grundgesetzes zuzuerkennen.¹³⁷⁸ Im Laufe der Zeit hat sich das Verständnis des EGMR zwar dahingehend geändert, dass er nun auch verstärkt die gesellschaftliche Bedeutung des Rundfunks für ein demokratisch organisiertes Gemeinwesen, die eine Beschränkung der individuellen Rundfunkfreiheit rechtfertigen kann, in den Fokus rückt,¹³⁷⁹ systematisch verortet er diese Bedeutung indes nicht im Rahmen der Determinierung des Schutzbereichs des Art. 10 Abs. 1 EMRK, sondern im Zusammenhang mit den Schranken des Art. 10 Abs. 2 EMRK.¹³⁸⁰ Dies folgt schon daraus, dass der EGMR entsprechende Beschrän-

¹³⁷⁵ BVerfGE 12, 205 (251). Vgl. auch die Bezeichnung der Richtlinie 89/552/EWG: „Fernsehen ohne Grenzen“.

¹³⁷⁶ S. dazu oben (Kap. 1, C.II.1.b. bzw. Kap. 3, B.I.2.a.).

¹³⁷⁷ Degenhart, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 651; Thum, DÖV 2008, 653 (660); zum dienenden Verständnis der Rundfunkfreiheit nach dem GG s. oben (Kap. 4, A.III.1.a.).

¹³⁷⁸ Dörr, ZUM 1997, 337 (362); Nauheim, Must-Carry, 131; kritisch zu diesem isoliert subjektiv-rechtlichen Verständnis Stock, K&R 2001, 289 (292 ff.).

¹³⁷⁹ Beispielsweise in EGMR, EuGRZ 1990, 255 (258); 1994, 549 (550 f.); ferner NJW 1999, 1318.

¹³⁸⁰ Vgl. Gersdorf, Rundfunkfreiheit ohne Ausgestaltungsvorbehalt, 62; ders., Legitimation und Limitierung, 59 ff.; Schoch, VVDStRL 57 (1998), 194 f.); Degenhart, AfP SH 2007, 24 (27); Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, RStV, Bd. 1, B 4, Rn. 10 ff.; anders Hoffmann-Riem, Rundfunkrecht neben

kungen ausdrücklich am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz prüft, während es für Ausgestaltungen nach traditionell grundgesetzlicher Lesart gerade nur auf deren Geeignetheit ankommt.

Auch der EuGH hat die objektiv-rechtliche Tragweite der Medienfreiheit des Art. 10 Abs. 2 EMRK anerkannt, die sich in der Pflicht des Rundfunks als „Public Service“ zur Schaffung von Meinungspluralismus im Interesse einer funktionierenden Demokratie manifestiert, und hebt ausdrücklich den Zusammenhang zwischen der Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunkwesens und Art. 10 EMRK hervor.¹³⁸¹ Insoweit lassen sich mittlerweile – allerdings unter divergierenden systematischen Verankerungen – durchaus Parallelen zwischen den Grundsätzen der (bisherigen) deutschen sowie der europäischen Rundfunkordnung erkennen. Dennoch handelt es sich bei der Rundfunkfreiheit im Sinne des Art. 10 EMRK in erster Linie um ein subjektives Freiheitsrecht im Sinne einer Rundfunkveranstalterfreiheit, deren Limitierung auch aus Gründen der Gewährleistung von Pluralismus einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff darstellt. Folglich unterfallen diese Rundfunkveranstalterfreiheit beschränkende Regelungen in einem deutlich stärkeren Maße der Verhältnismäßigkeitsprüfung, als dies nach bislang geltendem Verständnis für die Ausgestaltungsgesetze gilt.¹³⁸² Da nun aber mitgliedstaatliche Regelungen wie gesehen typischerweise Beschränkungen der den Rundfunk erfassenden Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV darstellen, sind die Mitgliedsstaaten folglich hierbei an Art. 10 EMRK gebunden. Schon aus diesem Grund folgt das Bedürfnis eines kongruenten Verständnisses von nationaler und europarechtlicher Rundfunkfreiheit.

ii. Art. 11 der EU-Grundrechtecharta

Etwas anderes folgt auch nicht aus der Regelung des Art. 11 der Grundrechtecharta (GRCh) der Europäischen Union¹³⁸³. Die Grundrechtecharta dient der Kodifizierung von Grund- und Menschenrechten im Bereich der Europäischen Union. Gemäß Art. 51 GRCh ist sie sowohl durch die EU-Organe als auch die Mitgliedsstaaten zu berücksichtigen, sofern letztere EU-Recht anwenden. Insofern deckt sich der Anwendungsbereich von EMRK und GRCh weitgehend. Mit Art. 11 enthält die GRCh eine Regelung, die in ihrem ersten Absatz die Mei-

Wirtschaftsrecht, 186 ff., der in Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK eine Ausgestaltungskompetenz sieht; ähnlich *Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 275 ff.

¹³⁸¹ EuGH, Slg. 2008, I-10889 (Rn. 37); Slg. 1991, I-4007 (Rn. 23); Slg. 1993, I-487, (Rn. 10); Slg. 1994, I-4795 (Rn. 19); Slg. I 1991, 4069 (4097); Slg. 2007, I-11135 (11167); vgl. dazu auch *Gersdorf*, Rundfunkfreiheit ohne Ausgestaltungsvorbehalt, 60 f.; *ders.*, AöR 119 (1994), 400 (416 f.).

¹³⁸² Vgl. *Degenhart*, K&R 2000, 49 (53); *ders.*, AfP SH 2007, 24 (27); *Bartosch*, K&R 1998, 211 ff.; eine Aufgabe der dienenden Interpretation der Rundfunkfreiheit aus diesem Grund ebenfalls befürwortend *Dörr*, ZUM 1997, 337 (362); *Petersen*, Rundfunkfreiheit, 255 ff.; *Bullinger*, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 193 (216 f.); *Gersdorf*, AöR 119 (1994), 400 (416); *ders.*, Rundfunkfreiheit ohne Ausgestaltungsvorbehalt, 63 f.; *Schoch*, JZ 2002, 798 (803); einschränkend *Determann*, Kommunikationsfreiheit, 418 (Fn. 741).

¹³⁸³ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Abl. EG Nr. C 364, v. 18.12.2000, 1.

nungsfreiheit zum Gegenstand hat, während der zweite Absatz – Rundfunk *und* neue Dienste einbeziehend – festlegt: „Die Freiheit der Medien und ihre Pluralität werden geachtet“. Damit verfügt auch Art. 11 GRCh, in Übereinstimmung mit Art. 10 EMRK sowie Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, über einen subjektiv- („Freiheit der Medien“) und objektiv-rechtlichen („Pluralität“) Doppelcharakter.¹³⁸⁴ Angesichts ihrer weitgehend mit Art. 10 EMRK übereinstimmenden Fassung ist jedoch bereits unklar, ob Art. 11 GRCh überhaupt eine eigenständige Bedeutung zukommt, da wie gesehen auch die EMRK unmittelbar innerhalb der Union Anwendung findet.¹³⁸⁵ Doch auch aus ihrem insoweit von Art. 10 EMRK abweichenden Wortlaut in Absatz 2 ergibt sich keine Notwendigkeit, Art. 11 GRCh im Sinne einer dienenden Freiheit zu verstehen. Dies folgt bereits aus der Entstehungsgeschichte des zweiten Absatzes.¹³⁸⁶ Denn während es in einer früheren Fassung noch hieß „Die Freiheit der Medien und ihre Pluralität werden gewährleistet“ (Hervorhebung d. Verf.), was eher für ein dienendes Verständnis gesprochen hätte, ist in der endgültigen Fassung nur noch davon die Rede, dass die Medien und ihre Pluralität „geachtet“ werden. Durch diese Abschwächung des Wortlauts sollte gerade eine Ausdehnung von EU-Kompetenzen in den Bereich der Pluralismussicherung verhindert werden,¹³⁸⁷ womit sich eine Interpretation als dienende, durch die Unionsorgane auszugestaltende Freiheit als unverträglich erweist.

iii. Zwischenergebnis

Die europäischen Rundfunkfreiheiten der Art. 10 EMRK und Art. 11 GRCh werden als klassische subjektive Freiheitsrechte verstanden. Zwar verfügen auch die so verstandenen Rundfunkfreiheiten über eine objektiv-rechtliche Komponente, sodass auch sie Maßnahmen im öffentlichen Interesse zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Rundfunks im Sinne der Gewährleistung von Meinungsvielfalt nicht ausschließen und insoweit mit der hier ebenfalls propagierten Anerkennung eines Metaprinzips Meinungsvielfalt kongruieren.¹³⁸⁸ Diese Maßnahmen werden jedoch als Beschränkungen des individuell-abwehrrechtlichen Aspekts der Rundfunkfreiheit, in der deutschen Terminologie als Eingriff in die Freiheitsverwirklichung, verstanden, und nicht als eine Ausgestaltung des grundrechtlich geschützten Gewährleistungsbereichs. Folglich stimmt der hier vertretene liberale Ansatz, der eine Abkehr vom

¹³⁸⁴ Gersdorf, Legitimation und Limitierung, 51; Calliess, in: Ders./Ruffert, EUV/EGV, GRCh, Art. 11, Rn. 17.

¹³⁸⁵ Zweifelnd Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, RStV, Bd. 1, B 4, Rn. 18.

¹³⁸⁶ Vgl. dazu Stock, K&R 2001, 289 (300).

¹³⁸⁷ Vgl. Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 14/124, 11918.

¹³⁸⁸ Vgl. auch Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, RStV, Bd. 1, B 4, Rn. 12: Meinungsvielfalt als „ein gemeinsames Strukturprinzip der europäischen Medienordnung“.

Verständnis der dienenden Freiheit und dem daraus resultierenden Ausgestaltungsvorbehalt rundfunkfreiheitlicher Betätigung auch für die Rundfunkfreiheit des Grundgesetzes befürwortet, mit dem Verständnis der europäischen Rundfunkfreiheiten überein. Demgegenüber findet das nach wie vor durch das Bundesverfassungsgericht vertretene dienende Verständnis der Rundfunkfreiheit auf der Ebene europäischen Rechts keine Entsprechung. Konsequenz dieser Diskrepanz ist, dass Rundfunkveranstalter auf europäischer Ebene ohne Weiteres von ihrer grundrechtlichen Freiheit Gebrauch machen können, während es auf grundgesetzlicher Ebene hierfür eines die Ausübung der Freiheit legitimierenden (einfachen) Gesetzes bedarf.

b. Wirtschaftliche Perspektive des AEUV

Die hier vertretene Sichtweise, wonach der Rundfunk weitgehend von seiner bisherigen Gemeinwohlbindung entlastet und in die wirtschaftliche Freiheit entlassen wird, wird auch durch die primärrechtlichen Vorschriften des AEUV mit Rundfunkbezug bestätigt. Denn diese messen dem Rundfunk die Bedeutung einer entgeltlichen Tätigkeit, einer Dienstleistung bei. Im Vordergrund steht daher die wirtschaftliche Bedeutung des Rundfunks.

Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bedürfen die Unionsorgane eines ausdrücklichen Kompetenztitels, um sodann durch Verordnungen und Richtlinien rechtsetzend tätig werden zu können, vgl. Art. 5 Abs. 1, 2 EUV sowie Art. 2 AEUV. Ein ausdrücklich den Rundfunk erwähnender, die Verbandskompetenz der Europäischen Union begründender Kompetenztitel findet sich nicht.¹³⁸⁹ Als Kompetenztitel, die jedenfalls implizit auch den Rundfunk betreffen, kommen Art. 167 AEUV einerseits sowie Art. 56 ff. AEUV andererseits in Betracht.¹³⁹⁰

¹³⁸⁹ Vgl. *Dörr*, AfP 2003, 202; *Ders./Janik/Zorn*, Zugang, 71; *Ders./Eckl*, NJW 1997, 1925 (1929).

¹³⁹⁰ Daneben begrenzen die Vorschriften des AEUV den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten. Hierfür gilt der Grundsatz vom Vorrang des Unionsrechts gegenüber nationalem Recht; grundlegend EuGH, Slg. 1964, 1251 (1269); aus grundgesetzlicher Sicht BVerfGE 123, 267 (398 ff.). Dieser Vorrang erschöpft sich in einem Anwendungsvorrang und bedeutet insbesondere keinen Geltungsvorrang, also die Nichtigkeit unionsrechtswidriger Rechtsakte; vgl. instruktiv *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 178 ff. Jeder Einzelne kann sich demnach gegenüber nationalen Behörden und Gerichten auf unmittelbar anwendbares Unionsrecht berufen, vgl. *Herdegen*, Europarecht, 226 ff. Die nationalen Behörden und Gerichte sind befugt, die von ihnen zu berücksichtigenden Normen auf ihre Europarechtswidrigkeit hin zu überprüfen (Prüfungskompetenz) und im Falle der Feststellung der Europarechtswidrigkeit die entsprechende Norm für ihre rechtliche Beurteilung nicht heranzuziehen (Verwerfungskompetenz); vgl. BVerfGE 31, 145 (174); zum Verhältnis von Grundgesetz und Rechtsakten der Europäischen Union im Medienbereich vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B 4, Rn. 94 ff.

i. Keine „Kulturkompetenz“ der Union qua Art. 167 AEUV

Eine Verbandskompetenz der Union für den Bereich des Rundfunks im Hinblick auf seine Bedeutung als Kulturgut lässt sich nicht auf Art. 167 AEUV stützen. Dieser betrifft zwar den Bereich der Kultur und damit auch – wie Absatz 2, Spiegelstrich 4, der den „*audiovisuellen Bereich*“ ausdrücklich einschließt, belegt – den Rundfunk. Hieraus ergibt sich nach richtiger Ansicht indes keine Unionskompetenz zur Regelung der Kultur, respektive des Rundfunks. Dies unterstreicht bereits der Wortlaut des Art. 167 Abs. 1 AEUV, der die Bedeutung der Mitgliedsstaaten in diesem Bereich hervorhebt, indem er von den „*Kulturen der Mitgliedsstaaten*“ spricht.¹³⁹¹ Da Art. 167 Abs. 5 AEUV jegliche Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten verbietet, kommt dieser Vorschrift vielmehr eine kompetenzabgrenzende Bedeutung zu.¹³⁹² Lässt sich demnach der Regelung eines rundfunkrechtlich konnotierten Sachverhalts eine kulturelle Zielsetzung zuerkennen, scheidet eine entsprechende Regelungskompetenz der Gemeinschaftsorgane zugunsten der Mitgliedsstaaten aus. Ist der Sachverhalt hingegen primär wirtschaftlich geprägt, so steht zumindest Art. 167 AEUV einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung nicht entgegen.

ii. Rundfunk ist unionsrechtliche ausschließlich Wirtschaftsgut

Dem vorstehenden entsprechend beruft sich die Union für ihre Verbandskompetenz im Bereich des Rundfunks nicht auf Art. 167 AEUV, sondern auf die Dienstleistungsfreiheit der Art. 56 ff. AEUV. Eine Dienstleistung in diesem Sinne ist nach Art. 57 Abs. 1 AEUV jede gegen Entgelt erbrachte Leistung.¹³⁹³ Während die Entgeltlichkeit sowohl für privaten Pay-TV-Rundfunk als auch gebührenfinanzierte¹³⁹⁴ öffentlich-rechtliche Angebote nahe liegt, erfordert sie im Falle des werbefinanzierten Rundfunks einen größeren Begründungsaufwand. Denn im Free-TV hat der Rezipient lediglich seine Zeit zu opfern, nicht jedoch ein Entgelt zu entrichten.¹³⁹⁵ Die herrschende Auffassung behilft sich zur Auflösung dieser Problemlage

¹³⁹¹ *Gersdorf*, Grundzüge, Rn. 535 ff. m. w. N.; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 1, B4, Rn. 12.

¹³⁹² In diesem Sinne auch BVerfGE 89, 155 (194); vgl. auch *Roider*, Perspektiven, 70 f.; *Mückl.*, DVBl. 2006, 1201 (1205).

¹³⁹³ Zur Abgrenzung gegenüber Warenverkehrs- und Niederlassungsfreiheit vgl. etwa vgl. für den Rundfunk etwa *Greissinger*, Vorgaben des EG-Vertrages, 43 ff.; *Roider*, Perspektiven, 37 ff.; beide m. w. N.

¹³⁹⁴ Insoweit setzt die Entgeltlichkeit keine Gewinnerzielungsabsicht voraus, sodass auch Sachverhalte erfasst sind, bei denen das Entgelt nur der Kostendeckung dient, vgl. *Gersdorf*, Grundzüge, Rn. 538. In kompetenzrechtlicher Hinsicht sind nach dem sog. Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk von 1997 dennoch primär die Mitgliedstaaten zuständig, vgl. *Dörr/Janik/Zorn*, Zugang, 76.

¹³⁹⁵ *Engel*, Medienordnungsrecht, 34, stellt demgegenüber auf die aufgrund der Werbung erhöhten Produktpreise ab; aus kartellrechtlicher Perspektive hierzu *Trafkowski*, Medienkartellrecht, 35 f. Nichts anderes folgt aus dem Entgelt für die Bereitstellung des Kabelzugangs, da dieses für den Signaltransport, nicht für den Inhalt der übertragenen Signale entrichtet wird.

damit, dass sie keine synallagmatische Entgeltbeziehung fordert sondern ausreichen lässt, dass für die Leistung überhaupt ein Entgelt gezahlt wird, wofür im Falle des Free-TV auf die entgeltliche Platzierung von Werbung rekuriert wird.¹³⁹⁶ Auch der EuGH versteht die Veranstaltung von Rundfunk in ständiger Rechtsprechung als eine Dienstleistung.¹³⁹⁷ Demgegenüber kann der Auffassung,¹³⁹⁸ Rundfunk könne mit Blick auf seine kulturelle Bedeutung schon aus grundsätzlichen Erwägungen nicht der Dienstleistungsfreiheit unterfallen, nicht gefolgt werden. Angesichts der bereits festgestellten kommerziellen Ausrichtung der Mehrzahl der Rundfunkveranstalter, verbunden mit der Existenz eines milliarden schweren Medienmarktes, lässt sich die wirtschaftliche Signifikanz der Rundfunkbetätigung kaum ernsthaft bestreiten.¹³⁹⁹ Die Bipolarität des Rundfunks lässt sich vielmehr als zwischen „*Kultur und Kommerz*“ stehend beschreiben.¹⁴⁰⁰

iii. Unionsrechtliches Rundfunkverständnis

Maßgebend bestimmt durch die Einordnung der Rundfunk Tätigkeit als Dienstleistung sowie der Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln der Art. 101, 102 AEUV lässt sich festhalten, dass dem Rundfunk aus unionsrechtlicher Perspektive vornehmlich die Bedeutung eines Wirtschaftsgutes zugesprochen wird. Folglich sind unionsrechtliche Maßnahmen im Rundfunkbereich nur zulässig, soweit diese überwiegend wirtschaftspolitische Zielsetzungen im Sinne des Binnenmarktkonzepts verfolgen.¹⁴⁰¹ Diese europäische Sichtweise entspricht den primären Nutzungsgewohnheiten der Rezipienten, die den (privaten) Rundfunk ebenfalls vornehmlich als eine Unterhaltungsdienstleistung wahrnehmen und nutzen.¹⁴⁰² Wird der Rundfunk sowohl seitens der Union als auch der Rezipienten primär als eine am Wettbewerb ausgerichtete Dienstleistung verstanden, so ist diesem Umstand auf nationaler Ebene dadurch Rechnung zu tragen, jedenfalls den privaten Rundfunk aus sämtlichen Vielfaltsbindungen zu entlassen. Denn wenn der Rezipient, bei dem es sich gleichzeitig um einen in den Augen des EuGH au-

¹³⁹⁶ EuGH, Slg. 1988, I-2085 (2131); vgl. auch *Greissinger*, Vorgaben des EG-Vertrages, 48 ff.; *Petersen*, Rundfunkfreiheit, 50 ff.; *Roider*, Perspektiven, 42 f.; alle mit Nachweisen zur Gegenansicht; ebenso *Gersdorf*, Grundzüge, Rn. 538; aA *Hesse*, Rundfunkrecht, Kap. 7, Rn. 33.

¹³⁹⁷ Vgl. EuGH, Slg. 1974, 409 (428 f.); Slg. 1988, 2085 (2138 f.); Slg. 1991, I-2925; Slg. 1991, I-4007; Slg. 1991, I-4069; Slg. 1992, I-6757; Slg. 1994, I.4795; aus jüngerer Zeit Slg. 2007, I-11135 (11163).

¹³⁹⁸ Vgl. die Nachweise bei *Dörr*, AfP 2006, 202 (203).

¹³⁹⁹ I. E. ebenso *Dörr*, K&R 1999, 97 (98); auch das BVerfG hat die Verbandskompetenz der Union für den Bereich des Fernsehens, gestützt auf die Dienstleistungsfreiheit, anerkannt, vgl. E 92, 203 (241).

¹⁴⁰⁰ So der treffende Titel einer von der damaligen britischen Ratspräsidentschaft und der Kommission im Jahre 2005 durchgeführten Konferenz zur Revision der Fernsehrichtlinie; vgl. dazu *Scheuer*, MMR 11/2005, XVI; vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 3 der AVMD-Richtlinie.

¹⁴⁰¹ Dies bedeutet nicht, dass eine unionsrechtliche Regelung nur deshalb unzulässig ist, weil sie auch kulturpolitische Auswirkungen zeitigt; vgl. *Mückl*, DVBl. 2006, 1201 (1205); *Hain*, AfP 2007, 527 (532 f.).

¹⁴⁰² Vgl. oben (Kap. 4, B.II.2.b.iii.(2)); ferner *Lehrke*, Pluralismus, 108

tonomen, verständigen, aufgeklärten und aufmerksamen Durchschnittsverbraucher handelt, vom privaten Rundfunk nicht mehr verlangt, als die Befriedigung seines Bedürfnisses nach kommerziellen Inhalten, ist nicht einzusehen, warum jener Rundfunk anderen Gesetzmäßigkeiten unterworfen werden sollte, als denjenigen des Marktes.¹⁴⁰³

c. Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Ebenfalls ihre unionsrechtliche Entsprechung findet die hier befürwortete Limitierung des Funktionsauftrags der öffentlich-rechtlichen Programme. Zwar wird die Daseinsberechtigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auch unionsrechtlich nicht in Zweifel gezogen. Vielmehr haben sich die Vertragsparteien des EG-Vertrages in einem Protokoll zum Vertrag von Amsterdam im Juni 1997 ausdrücklich zu Bestand und Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bekannt. So heben die Vertragsparteien hervor, „*dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk in den Mitgliedsstaaten unmittelbar mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft sowie dem Erfordernis verknüpft ist, den Pluralismus in den Medien zu wahren*“¹⁴⁰⁴. Doch bereits dieser Erklärung lässt sich die Einschränkung entnehmen, dass es einer konkreten Festlegung des Funktionsauftrags der öffentlich-rechtlichen Anstalten bedarf. Die Finanzierung dieses Funktionsauftrages darf wiederum nicht zu einer Beeinträchtigung der Handels- und Wettbewerbsbedingungen führen.

Ebenso hat die EU-Kommission in ihrer Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen ausdrücklich hervorgehoben, dass es auch in der heutigen Zeit dynamischer Entwicklungen des Medienbereichs nach wie vor eines ausbalancierten Nebeneinanders von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk bedarf.¹⁴⁰⁵ Dazu gehört jedoch aufgrund des Beihilfecharakters der Rundfunkgebühr und damit der Anwendbarkeit der beihilferechtlichen Vorschriften des AEUV eine präzise Beschreibung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, da ohne diese eine ungerechtfertigte Wettbewerbsverzerrung zu beklagen wäre. Aus diesem Grund hat die EU-Kommission bereits im sog. Beihilfekompromiss um die Online-Tätigkeiten der Rundfunkanstalten¹⁴⁰⁶ eine Konkretisierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags angemahnt. Eine solche Konkretisierung stellt die limitierende Neuausrichtung der danach streng am Public-Value ausgerichteten Aufgabe öffentlich-rechtlichen Rundfunks dar.

¹⁴⁰³ Vgl. *Schoch*, VVDStRL 57 (1998), 158 (193 f.).

¹⁴⁰⁴ Protokoll zur Konferenz von Amsterdam vom 19.06.1997, CONF/4001/97, 82, ABl. EG 1997 Nr. C 340, 109; vgl. dazu *Schwarze*, in: Ders./Hesse, Rundfunk im digitalen Zeitalter, 87 ff.

¹⁴⁰⁵ Mitteilung 2009/C 257/01, ABl. C 257 v. 27.10.2009, 7.

¹⁴⁰⁶ Vgl. dazu bereits oben (Kap. 4, B.IV.1.d.ii.(2)).

Eine Beschränkung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im obigen Sinne stünde schließlich auch im Einklang mit der Empfehlung des Ministerrats des Europarats vom Januar 2007.¹⁴⁰⁷ Zwar enthält diese Empfehlung auf den ersten Blick eine sehr weite Fassung des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags, die, indem sie auch Unterhaltungs- und Spartenprogramme sowie sonstige Dienste dem Programmauftrag zuschlägt, auch über den hier skizzierten Angebotsumfang öffentlich-rechtlicher Veranstalter hinausgeht.¹⁴⁰⁸ Eine Einschränkung erfolgt jedoch dadurch, dass die öffentlich-rechtlichen Angebote einen „*added public value*“, also einen öffentlichen Mehrwert im Verhältnis zu den Angeboten privater Veranstalter erbringen sollen.¹⁴⁰⁹ Damit beschränkt sich der Programmauftrag auch nach der Empfehlung des Ministerrates auf solche Angebote, die ein unzureichendes privates Angebot auszugleichen suchen. Im Gegenzug wird dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk erlaubt, durch eine Nutzung sämtlicher Übertragungstechnologien und Formate an die veränderten Nutzungsgewohnheiten der Rezipienten anzupassen.

d. Medienübergreifende, technologieneutrale Sichtweise

Schließlich verfolgt auch die Kommission eine medienübergreifende Sichtweise bei der Pluralismussicherung. Augenscheinlich wird dies etwa im sog. Reding-Wallström-Plan. Hierbei handelt es sich um ein der Pluralismussicherung auf europäischer Ebene dienendes Konzept, welches in dem Arbeitsdokument „Medienpluralismus in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union“ skizziert worden ist.¹⁴¹⁰ Dieses Konzept fußt auf der mit den hiesigen Feststellungen übereinstimmenden Annahme, dass die Vervielfältigung der Auswahlmöglichkeiten nicht zwingend gleichbedeutend ist mit einer Zunahme von Meinungsvielfalt. Insofern sei zu berücksichtigen, dass die hinzukommenden Special-Interest-Kanäle aufgrund ihrer geringen Breitenwirkung in quantitativer Hinsicht nur einen geringen Beitrag zur materiellen Meinungsvielfalt leisten könnten.¹⁴¹¹ Es bedürfe daher auch auf europäischer Ebene einer Medienordnung, deren Grundprinzip Meinungsvielfalt technologieneutral auf sämtliche Medien Anwendungen finden müsse: „*The underlying principle of media pluralism should be technologically neutral, but it should be applied in a proportionate manner to reflect the*

¹⁴⁰⁷ Recommendation CM/Rec (2007) 3 of the Committee of Ministers to member states on the remit of public service media in the information society. Vgl. auch Empfehlungen des Europarats Nr. R (99) 1; (96) 10; (94) 13.

¹⁴⁰⁸ Vgl. *Wiedemann*, ZUM 2007, 800 (805).

¹⁴⁰⁹ Ähnlich auch die Kommission in ihrer Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften, Mitteilung 2009/C 257/01, ABl. C 257 v. 27.10.2009, 14: „*Moreover, a manifest error could occur where State aid is used to finance activities which do not bring added value in terms of serving social, democratic and cultural needs of society*“ (Hervorhebung d. Verf.).

¹⁴¹⁰ SEC (2007) 32 v. 16.01.2007.

¹⁴¹¹ SEC (2007) 32, 15.

*emergent nature of new media. Pluralism rules should not seek to enshrine the legacy structure of the media, but rather permit new structures to emerge.*¹⁴¹² Gleichwohl differenziert die Kommission zwischen verschiedenen Medienbereichen. So wird das Konzept des Binnenpluralismus zwar für den audiovisuellen Bereich als sinnvolle Alternative erachtet, nicht hingegen für das Pressewesen, dem größere Spielräume für Selbstregulierungsmechanismen eingeräumt werden sollen.¹⁴¹³

Wiederum in Richtung medienübergreifender Sichtweise – zumindest in Bezug auf den Aktionsradius des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – sprechen indes die Ausführungen der Kommission in ihrer Mitteilung zur Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen. Darin wird hervorgehoben, dass die zur Zulässigkeit der nationalen Rundfunkgebühr nach den beihilferechtlichen Vorschriften notwendige Aufgabenbeschreibung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sämtliche Arten audiovisueller Dienste und Verbreitungswege einschließen kann.¹⁴¹⁴ Für ihre diesbezügliche Sichtweise kann sich die Kommission auch auf die UNESCO-Konvention zur kulturellen Vielfalt berufen.¹⁴¹⁵ In ihrem Anwendungsbereich erstreckt sich die UNESCO-Konvention nicht nur auch auf neue Dienste, vielmehr gilt gemäß Art. 4 Nr. 1 Abs. 2 der Grundsatz der Technologieneutralität.

e. Zwischenergebnis

Die Auseinandersetzung mit den wesentlichen Determinanten einer europäischen Rundfunkordnung hat die hier vertretene Sichtweise bestätigt, wonach die Rundfunkfreiheit und damit die Rundfunkveranstalter von der ihnen obliegenden Bürde als isoliert betrachtete Diener der Meinungsfreiheit zu entlasten sind. In Übereinstimmung mit Art. 10 EMRK und Art. 11 GRCh ist auch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als individual-gerichtetes Freiheitsrecht zu verstehen. Dies bedeutet freilich keine Verkennung der ebenfalls vorhandenen objektiv-rechtlichen Komponente der Rundfunkfreiheit, die auch weiterhin Maßnahmen zur Pluralismussicherung ermöglicht – allerdings nicht im Wege der Ausgestaltung, sondern alleine als rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in die subjektive Rundfunkveranstalterfreiheit. Ein wesentliches Mittel dieser Pluralismussicherung ist dabei der – auch von den Unionsorganen als insoweit bedeutsam erachtete – öffentlich-rechtliche Rundfunk. Ihm kommt allerdings angesichts der primär

¹⁴¹² SEC (2007) 32, 5; siehe hierzu auch *Zagouras*, AfP 2007, 1 (2).

¹⁴¹³ SEC (2007) 32, 12.

¹⁴¹⁴ Mitteilung 2009/C 257/01, ABl. C 257 v. 27.10.2009, 13.

¹⁴¹⁵ Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Diese ist am 18.03.2007 in Kraft getreten; sie ist u. a. durch die EU ratifiziert, sodass sie von sämtlichen Unionsorganen zu beachten ist; vgl. dazu *Wiedemann*, ZUM 2007, 800 (806).

wirtschaftlich-kommerziellen Bedeutung des Rundfunks im Sinne einer Dienstleistung auch nach europäischem Verständnis nur eine ergänzende Funktion zu. Auch auf europäischer Ebene gilt – wie hier befürwortet – das Primat des Außenpluralismus. Der Umfang des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Ergänzungsrundfunks anhand der Evaluierung des Vorliegens bzw. Nichtvorliegens von Pluralismus ist dabei in Übereinstimmung mit dem Vorgehen der Kommission technologieneutral zu bestimmen. Hierbei ist aufgrund der veränderten technischen Rahmenbedingungen der Nutzerperspektive besondere Bedeutung zu schenken.

C. Fazit zum 4. Kapitel

Sinn und Zweck dieses Kapitels war zu untersuchen, weshalb dem klassischen Programm-
rundfunk nach wie vor eine Sonderrolle bei der Kabel- bzw. Plattformbelegung zukommt. Diese Untersuchung musste sich zwangsläufig bis an die Grenzen der Rundfunkordnung vorwagen, da die Kabelbelegung nur einer von vielen, die besondere Bedeutung des Rundfunks illustrierenden rechtlichen Aspekte des Lebenssachverhalts Rundfunk darstellt. Ohne ein Verständnis des Rundfunks und seiner Ordnung innerhalb der demokratischen Ordnung der Bundesrepublik und im Verhältnis zu sonstigen Medien kann sich dem Betrachter auch seine Privilegierung bei der Kabelbelegung nicht erschließen.

Die danach angezeigte Untersuchung des Rundfunks und seiner – allen voran – verfassungsrechtlichen Ordnung hat gezeigt, dass ihm von den maßgeblichen Akteuren – allen voran dem Bundesverfassungsgericht und den Landesgesetzgebern – nach wie vor eine die anderen Medien überragende Bedeutung beigemessen wird. Bei dieser Feststellung zu verharren bedeutete indes, auch den Status Quo der Privilegierung des Rundfunks bei der Kabelbelegung anzuerkennen. Ein solches Verharren würde jedoch gleichfalls bedeuten, die bereits im ersten Kapitel skizzierten und in diesem Kapitel vertieft betrachteten Entwicklungen der Medientechnik und Mediennutzung außer Acht zu lassen. Ein solches Vorgehen würde nicht nur dem Untersuchungsgegenstand Rundfunk als einer sich stetig fortentwickelnden Materie nicht gerecht, es würde auch ein Negierung des wachsenden Einflusses einer sich herausbildenden europäischen Rundfunkordnung auf die Rundfunkfreiheit des Grundgesetzes bedeuten.

Die danach angezeigte, zukunftsgerichtete Betrachtung hat in Übereinstimmung mit wesentlichen Stimmen der Literatur gezeigt, dass eine Anpassung der grundgesetzlichen Rundfunkfreiheit ebenso wie der einfachgesetzlichen Rundfunkordnung zumindest mittelfristig angezeigt ist. Zwar wird der Programmrundfunk seine Bedeutung gerade aus Nutzersicht nicht vollends einbüßen; dennoch wird seine staatstragende Bedeutung abnehmen. Informa-

tions-, Meinungs- und damit Willensbildung werden sich zunehmend in Richtung des Internets und damit weg vom Rundfunk im engeren hin zum Rundfunk im weiteren Sinne entwickeln. Komplementär werden analoge und elektronische Presse, Filme, aber eben auch Rundfunk- und Hörfunk als massenmediales Gesamtsystem den Meinungs- und Willensbildungsprozess prägen. Dem ist durch die Anerkennung eines Gesamtsystems der Massenmedien, welches sämtliche Medien einschließt, die jedermann verfügbar sind, Rechnung zu tragen. Folge dieser Anerkennung ist der zwangsläufige Befund, dass sich Vielfaltsgefährdungen heutzutage anders darstellen als zu Beginn der bundesrepublikanischen Rundfunkordnung. Nach wie vor ist die Gewährleistung von Pluralismus das wesentliche Strukturprinzip; sie ist jedoch nicht isoliert dem Rundfunk im engeren Sinne aufzubürden, sondern trifft sämtliche Medien des Gesamtsystems.

Zwingende Konsequenz der gesamtsystemischen, intermedialen Betrachtungsweise ist damit die Angleichung der grundgesetzlichen Rundfunkfreiheit an die übrigen Kommunikationsfreiheiten. Damit einher geht ein Ende der dienenden Interpretation ebenso wie die Aufgabe des Ausgestaltungsvorbehalts. Eine mit entsprechenden Bürden versehene Sonderbehandlung des Rundfunks, die reflexartig dessen kapazitätstechnische Privilegierung begründet, erweist sich nicht nur als anachronistisch, sondern als verfassungsrechtlich nicht mehr geboten; sie erweist sich im Übrigen als mit europäischen Leitgedanken in hohem Maße inkongruent. Angezeigt ist daher die Anerkennung einer subjektiven Rundfunkveranstalterfreiheit, deren Akteure grundsätzlich – und insoweit wie alle sonstigen medialen Akteure – der außenpluralistischen Vielfaltssicherung im Rahmen einer auf den wirtschaftlichen Wettbewerb gerichteten Tätigkeit unterliegen. Dies gilt namentlich für alle privaten Veranstalter, die nach hiesigem Verständnis weder Vielfaltsbindungen noch einer Zulassungspflicht unterliegen sollten. Die systemische Ausnahme stellen die binnenpluralistischen, mit organisatorischen und materiellen Vielfaltsverpflichtungen belasteten öffentlich-rechtlichen Veranstalter dar. Ihr inhaltlicher Funktionsauftrag reduziert sich deutlich, ihnen kommt die Funktion eines meritokratischen, strikt am Public Value und ausschließlich gebührenfinanzierten Ergänzungsangebots als Gegengewicht zu Kommerzialisierungs-, Trivialisierungs- und Fragmentierungstendenzen zu. Dieses Ergänzungsangebot limitiert sich indes nicht auf den Rundfunk im engeren Sinne, sondern erlaubt den Rundfunkanstalten eine Verwendung sämtlicher Kommunikationskanäle, sofern sich die effektive Vielfalt als Maßstab pluralismussichernder Maßnahmen als gefährdet herausstellen sollte. Entsprechende Gefährdungen werden sich zukünftig nicht mehr aus einem unzureichenden, weil einseitigen Gesamtangebot ergeben, sondern daraus, dass die Mediennutzer an die Grenzen ihres Mediennutzungsbudgets gelangen. Hier haben die Rundfunk-

anstalten anzusetzen und Angebote zu schaffen, die ein Höchstmaß an Information und Integration bieten.

Kapitel 5: Die Konsequenzen für die Plattform- und Kabelbelegung

Die vorstehend beschriebene konvergenzbedingte Anpassung der Rundfunkordnung zeitigt notwendigerweise Auswirkungen auf das Berücksichtigungsverhältnis von Rundfunk und Telemedien bei der Belegung von Kabelplattformen. Denn wenn die in § 52b RStV oder § 34 MStV BB a.F. zum Ausdruck gelangende Privilegierung des einfachgesetzlichen Rundfunks gegenüber Telemedien und sonstigen Diensten Illustration der bisher angenommenen besonderen Bedeutung des Rundfunks für die Meinungsbildung ist, dieses isoliert rundfunkzentrierte Axiom jedoch im Lichte der medientatsächlichen Entwicklungen – allen voran des Nutzerverhaltens – dahingehend zu ändern ist, dass sämtlichen massenmedialen Erscheinungsformen komplementäre Bedeutung für den Meinungsbildungsprozess zukommt, so ist dem auch im Rahmen der Verteilung der Übertragungswege Rechnung zu tragen.

Während sich hieraus Veränderungsbedarf insbesondere im Hinblick auf den für die Belegung des digitalen Kabels maßgeblichen § 52b RStV ergibt, gilt es hinsichtlich TKG und GWB nur noch, bereits festgestelltes zur Verdeutlichung zusammenfassend darzustellen.

A. § 52b RStV: Limitierung auf öffentlich-rechtliche Must-Carry-Programme

Besonderen Anpassungsbedarf zeitigt die hier vertretene medienübergreifende Sichtweise der Vielfaltssicherung für das rundfunkrechtliche Must-Carry-Modell. Dieses statuiert bislang einen generellen Vorrang des Rundfunks gegenüber – lediglich „angemessen“ zu berücksichtigenden – vergleichbaren Telemedien. Daneben versieht es die Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sowie deren programmbegleitende Telemediendienste mit dem Privileg eines zwingenden Anspruchs auf Einspeisung; gleiches gilt für regionale und lokale Angebote sowie die mit Regionalfenstern versehenen privaten Rundfunkprogramme. Alle sonstigen privaten Programme kommen nicht in den Genuss eines Anspruchs auf Einspeisung, da insoweit der Plattformanbieter eine an Vielfaltskriterien ausgerichtete Auswahlentscheidung trifft.

I. Öffentlich-rechtliche Angebote behalten Must-Carry-Privileg

Im Grundsatz unverändert gilt es, die Einspeiseverpflichtung zugunsten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks beizubehalten.¹⁴¹⁶ Angesichts des veränderten Funktionsauftrags redu-

¹⁴¹⁶ So auch *Wille*, ZUM 2007, 89 (94 f.); *Kloepfer*, in: Stern/Prütting, Zugangsprobleme, 22 f.; *Jungheim*, Medienordnung, 453; auch das Europäische Parlament hat sich auch in einer digitalen Welt für die Beibehaltung von Must-Carry-Rules ausgesprochen, vgl. den Bericht zum digitalen Switch-over vom 23.03.2006, 2005/2212(INI);

ziert sich diese im Hinblick auf verpflichtend zu übertragenden Rundfunk im engeren Sinne jedoch quantitativ. Verbindet man die Neuausrichtung des öffentlich-rechtlichen Funktions- bzw. Integrationsauftrags nämlich – wie hier angedeutet – mit einem Verzicht auf der Individualisierung Vorschub leistende öffentlich-rechtliche Spartenprogramme, deren Must-Carry-Status seit jeher durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet¹⁴¹⁷, unter gleichzeitiger Hervorhebung der Bedeutung öffentlich-rechtlicher Vollprogramme, so kommen naturgemäß nur noch letztere, einschließlich der ebenfalls beizubehaltenden dritten Programme, in den Genuss des Must-Carry-Privilegs.

Die fortbestehende Bevorzugung öffentlich-rechtlicher Angebote resultiert aus der akzentuierten Hervorhebung des meritorischen Charakters der dieser Säule des dualen Systems zuzurechnenden Angebote. Die Betonung ihres meritorischen Charakters fordert diesen Angeboten zwangsläufig einen Verzicht auf kommerzielle und massenkompatible Inhalte ab. Deren Angebot wird dem Markt und damit den privaten Veranstaltern überlassen. Programme mit nicht kommerziellen und nicht massenkompatiblen Inhalten steigern jedoch aus Sicht der Masse der Nutzer nicht die Attraktivität der Kabelanlage.¹⁴¹⁸ Den Netzbetreibern fehlt daher noch mehr als bereits bislang ein Anreiz, auch solche Programme in ihre Netze einzuspeisen. Ihre tatsächliche Verbreitung ist daher auch weiterhin gesetzlich sicherzustellen. Mit der dienenden Funktion der öffentlich-rechtlichen Angebote im Hinblick auf die publizistische Vielfalt korrespondiert das rundfunkrechtliche Verbreitungsprivileg. Unverändert bleibt indes auch, dass mit diesem Einspeisungsprivileg nach wie vor kein Anspruch der Rundfunkanstalten auf unentgeltliche Einspeisung korrespondiert. Den Plattformanbieter trifft lediglich eine Kapazitätsvorhaltungspflicht; die Konditionen der eigentlichen Einspeisungsleistung sind

ebenso die Monopolkommission, 13. Hauptgutachten 1998/1999, BT-Dr. 14/4002, 363; *Möschel*, MMR-Beil. 2001, 13 (18); die EU-Kommission schließt eine gänzliche Abschaffung des Must-Carry-Regimes demgegenüber nicht aus, vgl. *Wille*, ZUM 2007, 89 (94); zu einem solchen Szenario auch *Holznapel/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 508 f.

¹⁴¹⁷ Öffentlich-rechtliche Spartenprogramme „ermöglichen und erweitern [zwar] publizistische Konkurrenz als Lebenselement der Meinungsfreiheit“ (BVerfGE 74, 297 [332 f.]), vom Grundversorgungsauftrag sind sie gleichwohl nicht erfasst (ausdrücklich BVerfGE 74, 297 [345 f.]; vgl. auch *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, Bd. 2, B 5, § 11b, Rn. 20; *Ricker*, ZUM 1997, 1 [3]; *Pukall*, Meinungsvielfalt, 75; *Ladeur*, K&R 2001, 496 [504 f.]). Auch ein von *Hoffmann-Riem*, Pay TV, 88 f., prophezeiter Bedeutungszuwachs von Spartenprogrammen und ein daraus resultierendes Hineinwachsen solcher Angebote in die Sphäre der Grundversorgung hat sich bislang nicht realisiert. Der Grundsatz chancengleichen Zugangs findet damit Anwendung auch auf das Verhältnis von öffentlich-rechtlichen Spartenprogrammen und privaten Angeboten (vgl. BVerfGE 74, 297 [332 f.]; *Degenhart*, in *Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof*, BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 748a). AA *Sharma*, Chancengleicher Zugang, 143; in der Konsequenz wohl auch *Hesse*, Rundfunkrecht, Kap. 4, Rn. 16, der Spartenprogramme jedenfalls der Grundversorgung zurechnet; wie hier *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang, 110 f.; *ders.*, Kabeleinspeisung von Programmbouquets, 178 ff.; *Ricker*, ZUM 1997, 1 (4); *Wichmann*, Vielfaltssicherung, 217 f.

¹⁴¹⁸ Vgl. *Hesse*, Rundfunkrecht, Kap. 6, Rn. 23.

Gegenstand eines zivilrechtlichen Einspeisungsvertrages zwischen dem Plattformanbieter und dem Programmveranstalter.

Hinsichtlich der Berücksichtigung von Telemedien erweitert sich der Umfang des Must-Carry-Bereichs. Bislang finden keinerlei Telemediendienste Berücksichtigung innerhalb des Must-Carry-Drittels; lediglich die das lineare öffentlich-rechtliche Programm begleitenden Dienste profitieren bislang – und auch weiterhin – von einer Einspeiseverpflichtung. Erstreckt man den Funktionsauftrag der öffentlich-rechtlichen Veranstalter jedoch massenmedienübergreifend und technologieneutral – unter gleichzeitiger Akzentuierung seines meritorischen Charakters – auf sämtliche Kommunikationswege, so sind auch die nicht-linearen öffentlich-rechtlichen Angebote innerhalb des Must-Carry-Bereichs abzubilden. Denn angesichts der ohnehin sowohl technisch als auch nutzerseitigen Verwischung der Grenzen zwischen linearer und nicht-linearer Massenkommunikation erwiese sich eine differenzierte Behandlung beider Facetten insbesondere bei der hier angestellten zukunftsgerichteten Betrachtungsweise als kaum mehr vertretbar. Das Recht – in Form des § 52b RStV – darf nicht dazu beitragen, mediantatsächliche Rahmenbedingungen zu zementieren und innovationsgesteuerte Entwicklungsprozesse zu ersticken.

II. Kein Einspeiseprivileg für privaten Rundfunk

Mit der veränderten Rolle der privaten Rundfunkprogramme innerhalb der Medienordnung hat zwingend deren partielle Privilegierung bei der Kabelbelegung zu entfallen.¹⁴¹⁹ Diese rechtfertigte sich bislang unter Vielfaltsgesichtspunkten aufgrund der gesetzlich vorgeschriebenen Verbreitung von Regionalfensterprogrammen durch die beiden reichweitenstärksten Programme.¹⁴²⁰ Entlässt man die privaten Veranstalter jedoch in die kommerzielle Freiheit unter Auflösung sämtlicher vielfaltsgewährleistender Bindungen, hat damit konsequenterweise auch der Zwang zur Ausstrahlung von Regionalfenstern zu entfallen. Dies dürfte unter Vielfaltsgesichtspunkten zu verkraften sein, da die besagten Regionalfenster ohnehin nur einen geringen Anteil der Sendezeit der zu ihrer Verbreitung verpflichteten Programme in Anspruch nehmen. Dies gilt umso mehr als durch die Beibehaltung der dritten öffentlich-rechtlichen Programme und deren Must-Carry-Status eine ausreichende Einbindung regiona-

¹⁴¹⁹ So auch *Jungheim*, ZUM 2008, 493 (499); *dies.*, Medienordnung, 453; i. E. ebenso, weil eine über den Must-Carry-Status des öffentlich-rechtlichen Rundfunks hinausgehende Belegungspflicht ablehnend, Monopolkommission, 13. Hauptgutachten 1998/1999, BT-Dr. 14/4002, 363, 373; *Möschel*, MMR-Beil. 2001, 13 (18).

¹⁴²⁰ Vgl. dazu die amtliche Begründung zum 8. RÄndStV, 8 sowie zum 10. RÄndStV, 30; ferner *Holznaegel/Krone*, in: Spindler/Schuster, Elektronische Medien, RStV, § 52, Rn. 29; *Wille/Schulz/Fach-Petersen*, in: Hahn/Vesting (2. Aufl.), Rundfunkrecht, RStV, § 52, Rn. 70.

ler Besonderheiten in das Gesamtangebot der Plattform anzunehmen ist. Schließlich ist ohnehin festzustellen, dass mit den Regelungen zu Fensterprogrammen in der Praxis allzu häufig nicht die ursprünglich gedachten medienpolitischen, sondern industrie- und regionalpolitische Zielsetzungen verfolgt werden.¹⁴²¹

Die entfallende Vielfaltsbindung der privaten Programmveranstalter bedeutet auf der Kehrseite, dass damit auch ihre kapazitätstechnische Privilegierung zu entfallen hat. Denn diese Privilegierung beruht gerade auf dem bisherigen Vielfaltsbeitrag, wodurch die Vielfalt auf der Plattform insgesamt gesteigert werden soll. Ohne Vielfaltsbeitrag fehlt es an einem sachlichen Grund, der eine gesetzliche Bevorzugung bestimmter – sei es der reichweitenstärksten – Programme zu rechtfertigen vermag. Praktisch dürfte dies, wenn überhaupt, nur marginale Auswirkungen auf die hiervon betroffenen Sender haben. Denn kein Plattformanbieter dürfte es ernstlich in Betracht ziehen, gerade auf die reichweitenstärksten Programme zu verzichten.¹⁴²² Insofern ist vielmehr von einem faktischen Einspeisezwang aufgrund der Nachfrage der Zuschauer nach der Verfügbarkeit dieser Programme auszugehen.

III. Berücksichtigung sonstiger Angebote im Must-Carry-Bereich?

1. Regionale und lokale Angebote

Sofern die Landesmediengesetzgeber daran festhalten, regionale und lokale Rundfunkangebote gesetzlich festzuschreiben, so sind auch diese weiterhin zwingend im Rahmen des Must-Carry-Bereichs einzuspeisen. Der Frage, ob, angesichts der in den vorangegangenen Kapiteln beschriebenen Angebotsvielfalt, überhaupt noch ein Bedürfnis besteht, die Veranstaltung entsprechender Programme gesetzlich festzuschreiben, soll hier nicht weiter nachgegangen werden; Argumente lassen sich sowohl dafür als auch dagegen finden. Erachtet der Gesetzgeber ihre Veranstaltung im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative jedoch nach wie vor für notwendig, kommt ihnen eine dem meritorischen öffentlich-rechtlichen Angebot vergleichbare Public-Service-Funktion zu. Dieser Umstand rechtfertigt ihren Verbleib im Must-Carry-Bereich.

Ähnliches gilt für die derzeit ebenfalls noch privilegierten offenen Kanäle, obgleich deren Daseinsberechtigung in Zeiten des Web 2.0, welches zu großen Teilen auf nutzergenerierten Inhalten beruht, kaum mehr zu erkennen ist. Denn für einen Kanal, der auch Laien die aktive

¹⁴²¹ Vgl. *Körber*, ZWeR 2009, 315 (329); ferner *Engel*, ZUM 2000, 345 (353).

¹⁴²² Ebenso angesichts des sich zu Gunsten der privaten Rundfunkveranstalter verschiebenden Kräfteverhältnisses bei der Kabeleinspeisung *Gersdorf*, MMR-Beil. 2012, 1 (11).

Teilnahme an massenmedialer Kommunikation ermöglichen soll, besteht dann keinerlei Bedarf mehr, wenn diese aktive Teilnahme mittlerweile einen festen, quasi alltäglichen Bestandteil der Mediennutzung ausmacht.

2. Erweiterung des Must-Carry-Bereichs im Dienste der Netzneutralität?

Bereits im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich der Plattformregulierungsvorschriften ist vom Prinzip der Netzneutralität die Rede gewesen.¹⁴²³ Dahinter verbirgt sich im Kern die Frage, ob ein Netzbetreiber Angebote innerhalb des offenen Internets unterschiedlich behandeln darf. In diesem Zusammenhang wird teilweise gefordert, den geltenden rundfunkrechtlichen Must-Carry-Bereich zur Absicherung der Netzneutralität zu erweitern.

a. Konzept

Um eine freie Internetkommunikation zu gewährleisten, deren Absicherung dem Gesetzgeber von Verfassungswegen aufgrund eines Grundrechts der Internetdienstefreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1, 87 f. GG obliegen soll, wird vorgeschlagen, den Must-Carry-Bereich des § 52b RStV durch eine Aufnahme der für eine „*kommunikative Grundversorgung erforderlichen*“ Internetangebote zu erweitern.¹⁴²⁴ In die Praxis umgesetzt werden soll dieser zunächst denktheoretische Regulierungsansatz, indem der Gesetzgeber oder eine Regulierungsbehörde die für das Internet verfügbaren Übertragungskapazitäten jeweils so aufteilen, dass „*ein funktionsfähiges Internet gewährleistet ist*“, wobei eine Priorisierung des Datenverkehrs erlaubt sein soll, sofern die grundsätzliche Bereitstellung der Must-Carry-Dienste sichergestellt ist.¹⁴²⁵ Mit anderen Worten können die Netzbetreiber Anbieter von Anwendungen und Diensten außerhalb des Must-Carry-Bereichs mit unterschiedlichen Qualitäts- und Entgeltmodellen konfrontieren.

b. Stellungnahme

Eine Erweiterung des Must-Carry-Bereichs für Internetdienste kann schon im Ansatz nicht überzeugen. So dürfte schon die durch den Gesetzgeber notwendigerweise zu beantwortende

¹⁴²³ Vgl. dazu oben (Kap. 3, A.II.).

¹⁴²⁴ Holznel, K&R 2010, 95 (99 f.); ebenfalls für einen Must-Carry-Ansatz plädierend Hoeren, Stellungnahme zu rechtlichen Aspekten der Fragen der Fraktionen zur Öffentlichen Anhörung der Enquete-Kommission Internet und digitale Gesellschaft, Ausschuss-Dr. 17(24)004-A, 9.

¹⁴²⁵ So Holznel, K&R 2010, 95 (100).

Frage, welchen Internetdiensten er den besagten Must-Carry-Status zuerkennt, erhebliche Schwierigkeiten bereiten.¹⁴²⁶ Denn anders als im Rundfunkbereich fehlt es im Internetbereich an eindeutig privilegierungswürdigen Angeboten sowie zuverlässigen Kriterien, anhand derer die für eine kommunikative Grundversorgung erforderlichen Inhalte bestimmt werden. Nach hiesigem Verständnis kommen insofern ohnehin alleine die – ihre Notwendigkeit zur Kompensierung von Vielfaltdefiziten unterstellt – Telemedienangebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Internet in Betracht. Diese Angebote nehmen nach der hier vertretenen Auffassung ohnehin am Must-Carry-Privileg teil. Sonstige insoweit privilegierungsg geeignete Online-Angebote sind nicht ersichtlich. Auch und gerade, da eine Erstreckung des Must-Carry-Bereichs nur dann sachgerecht ist, wenn ein Zugangshindernis in Form der kompletten Nichtberücksichtigung droht. Eine vollständige Sperrung bestimmter Dienste oder Anwendungen durch Netzbetreiber ist jedoch bislang die absolute Ausnahme.¹⁴²⁷ Schließlich würde eine Extension des Must-Carry-Bereichs eine Intensivierung des Eingriffs in die Rechte der Netzbetreiber bedeuten, woraus nicht zu unterschätzende Friktionen mit den europarechtlichen Vorgaben resultieren können.¹⁴²⁸

Überzeugender ist es daher zumindest vorerst den sowohl von Seiten der EU als auch dem Bundesgesetzgeber eingeschlagenen Weg zu vertrauen. Dieser setzt – neben der mit § 41a TKG eingeführten Rahmenregelung zur Netzneutralität – vor allem auf die Stärkung von Transparenz. Diese Transparenz soll es den Verbrauchern ermöglichen, durch aufgeklärte Konsumentenentscheidungen Druck auf die Netzneutralität beeinträchtigende Netzbetreiber auszuüben. Dieses Vertrauen auf eine Lösung der Netzneutralitätsproblematik durch den Wettbewerb ist auch insofern gerechtfertigt, als sich die Ausgangslage der Nutzer im Falle der Zugangsvermittlung im Internet gänzlich anders darstellt, als im Falle des Zugangs zu klassischen Rundfunkinhalten über geschlossene Plattformen. Während der Nutzer für den Rundfunkempfang in der Regel auf eine bestimmte Infrastruktur und deren Betreiber angewiesen ist, existieren eine Vielzahl von Internetzugangsvermittlern. Sollten einer oder mehrere dieser Zugangsvermittler sich dazu entschließen, bestimmte Angebote über ihre Infrastrukturen zu sperren, kann der Nutzer hierauf durch einen Wechsel des Internetanbieters reagieren. Es ist daher anzunehmen, dass alleine die Kräfte des Marktes, die zusätzlich durch das Telekommu-

¹⁴²⁶ Vgl. auch *Gersdorf*, in: ZAK, Digitalisierungsbericht 2010, 29 (35); *Körber*, MMR 2011, 215 (220).

¹⁴²⁷ Vgl. auch *Ricke*, MMR 2011, 642 (646 f.). Allenfalls VoIP-Dienste sowie der Datenverkehr von und zu Tauschbörsen sind bislang durch netzbetreiberseitige Eingriffe in die Netzneutralität behindert worden; dies entspricht den vorläufigen Ergebnissen des bei der EU-Kommission angesiedelten Gremiums europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation („GEREK“).

¹⁴²⁸ Vgl. dazu *Koenig/Fechtner*, K&R 2011, 73 (76).

nikations- und Kartellrecht abgesichert werden, dazu führen, dass eine Erweiterung des Must-Carry-Bereichs um bestimmte Internetangebote obsolet bleibt.

IV. Beibehaltung der Kapazitätsobergrenze

Zweifelhaft ist schließlich, ob es eines Festhaltens an der derzeitigen („*ein Drittel der Gesamtkapazität*“) bzw. überhaupt einer Kapazitätsobergrenze bedarf. Für eine Beibehaltung bzw. Anpassung lässt sich anführen, dass dem Netzbetreiber nach wie vor, nicht zuletzt im Lichte der Vorgaben aus Art. 31 UDRL, nicht sämtlichen Handlungsspielräume genommen werden dürfen. Andererseits ließe sich argumentieren, angesichts des enger gefassten Funktionsauftrags der öffentlich-rechtlichen Angebote sowie dem Erfordernis der gesetzlichen Bestimmung auch der übrigen privilegierten Programme bedürfe es überhaupt keiner Obergrenze mehr. Der Umfang des Must-Carry-Bereichs sei vielmehr mittelbar durch die gesetzliche Bestimmung der aus Vielfaltgründen zu veranstaltenden Programme prädeterniert. Gleichwohl lässt sich der Kapazitätsbedarf der Must-Carry-Angebote nicht alleine über deren jeweilige gesetzliche Bestimmung begrenzen. Dies gilt vor allem aufgrund der Einbeziehung der öffentlich-rechtlichen Telemedienangebote in den Must-Carry-Bereich. Deren Kapazitätsbedarf lässt sich auch bei Anwendung eines Public-Value-Verfahrens wie dem Dreistufen-Test nicht von vornherein festlegen. Daher erscheint es vorzugswürdig, weiterhin eine Kapazitätsobergrenze für den Umfang des Must-Carry-Bereichs in § 52b RStV zu verankern. Diese erscheint mit einem Drittel der für Rundfunk- und Telemedien verfügbaren Kapazität auch nach wie vor angemessen gefasst. Zwar kommt es zu einer Reduzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogramme (im engeren Sinn), was für einen sinkenden Kapazitätsbedarf spricht, andererseits sind sämtliche öffentlich-rechtlichen Telemedienangebote miteinzubeziehen, was wiederum zu einem Anwachsen des Kapazitätsbedarfs führt.

Zwar ist bei einem weiteren Ausbau der Kabelnetze mit einer Zunahme der verfügbaren Übertragungskapazitäten zu rechnen, gleichermaßen führen Fortschritte der Übertragungstechnik zu einem stetig sinkenden Kapazitätsbedarf. Die danach vermeintliche Entspannung der Kapazitätsslage wird jedoch dadurch konterkariert, dass die zu übertragenden Inhalte einer stetigen Fortentwicklung unterliegen. Trotz Fortschritten bei der Komprimierungstechnik führen daher HD- oder gar 3-D-Inhalte zu einem fortlaufenden Anstieg des Kapazitätsbedarfs. Angesichts dieses sich perpetuierenden Prozesses ist überhaupt fraglich, ob eines Tages der Zeitpunkt erreicht ist, in dem ein Kapazitätsüberfluss zu konstatieren ist.

V. Abschaffung des Can-Carry-Bereichs

Angesichts der hier vertretenen medienübergreifenden Sichtweise bei der Gewährleistung von Meinungsvielfalt kann die indirekte Privilegierung der privaten Rundfunkprogramme gegenüber sonstigen Diensten durch den Can-Carry-Bereich als „privates Vielfaltsdrittel“ nicht aufrechterhalten werden.¹⁴²⁹ Denn diese Privilegierung des Rundfunks beruht auf der überkommenen Vorstellung der überragenden Bedeutung des Rundfunks im engeren Sinne für die Meinungsbildung. Zwar wird der Rundfunk auch weiterhin eine tragende Rolle im massenmedialen Spektrum spielen. Gleichwohl teilt er seine Rolle als Leitmedium mittlerweile mit dem Internet; insbesondere die politische Meinungsbildung findet zunehmend „online“ statt – ein Trend, der weiter zunehmen wird. Der Nutzer wird zunehmend von einer Vielzahl unterschiedlicher Medien beeinflusst; die Sonderrolle des Rundfunks gehört der Vergangenheit an.

Diese Entwicklung rechtfertigt eine Abkehr von der rundfunkzentrierten Vielfaltssicherung hin zu einer medienübergreifenden Vielfaltsbetrachtung und –sicherung. Das durch diese veränderte Perspektive zu attestierende Vielfaltsplus erlaubt es wiederum, die privaten Veranstalter aus ihren vielfaltsgewährleistenden Bindungen – Zulassungs- und laufende Programmkontrolle – zu entlassen. Die Veranstaltung privaten Rundfunks wird nach hiesigem Verständnis zulassungsfrei; auch eine laufende Programmkontrolle entfällt im Grundsatz. Damit jedoch unterscheiden sich private Rundfunkprogramme im engeren Sinne nicht mehr von Telemedienangeboten und sonstigen Diensten, die ebenfalls keinerlei Vielfaltsbindungen unterliegen. Mit anderen Worten wird die bisherige duale Medienregulierung zwischen stark reguliertem Rundfunk im engeren Sinne und kaum regulierten Telemedien hinfällig.¹⁴³⁰ Bestehen aber in punkto Vielfaltsbeitrag und -bindungen keine zwingenden Unterschiede mehr zwischen Programmrundfunk und Abrufdiensten, so ist deren unterschiedliche gesetzliche Behandlung durch die Privilegierung des Programmrundfunks beim Kampf um die Übertragungskapazitäten im Breitbandkabelnetz im Lichte des Art. 3 Abs. 1 GG nicht mehr aufrecht zu erhalten.¹⁴³¹

¹⁴²⁹ Für die Verfassungswidrigkeit der Can-Carry-Regelung bereits *Weisser/Meinking*, WuW 1998, 838 (846). Demgegenüber wird von Seite der Inhalteanbieter sogar eine Ausdehnung des Can-Carry-Bereichs gefordert und darin einen einheitlichen Vorrang des Rundfunks vor den Telemedien vorzusehen, vgl. *Holzengel/Dörr/Hildebrand*, Elektronische Medien, 513; in diesem Sinne auch die Anmerkungen des VPRT zur Evaluierung der §§ 52, 53 RStV. Auch *Gersdorf*, Kabeleinspeisung, 226 ff., spricht sich vor dem Hintergrund der Rundfunkfreiheit dagegen aus, den Kabelnetzbetreibern außerhalb des Must-Carry-Bereichs freie Hand bei der Auswahl der einzuspeisenden Angebote zu lassen.

¹⁴³⁰ Vgl. *Gersdorf*, in: LfR, Internetrundfunk, 19 (21).

¹⁴³¹ In diese Richtung bereits *Schütz*, MMR 1998, 11 (14 f.); zu einer Harmonisierung der rechtlichen Rahmenbedingungen für linearen Rundfunk und Telemedien vgl. auch *Gersdorf*, MMR-Beil. 2012, 1 (7). Abzulehnen ist hingegen der Ansatz von *Jüngling*, Fernseekabelnetz, 179, mittelfristig eine weitergehende medienrechtliche Regulierung auch von Telemedien einzuführen. Ein solches Vorgehen würde den tendenziell zunehmenden wirtschaftlichen und publizistischen Wettbewerb zwischen den verschiedenen medialen Gattungen negieren.

Der allgemeine Gleichheitssatz und die sämtliche audiovisuellen Diensten überspannende subjektive Rundfunkfreiheit verdichten sich vor dem Hintergrund medialer Konvergenz zu einem Anspruch von Rundfunkdiensten und Telemedien auf einen chancengleichen Zugang zu den Übertragungswegen. Denn die Wahl einer Verbreitungsmodalität – Abruf- oder Verteiltechnik – entspringt aufgrund der multifunktionalen Übertragungsnetze keiner technischen Notwendigkeit mehr. Maßgebend sind vielmehr Zweckmäßigkeitserwägungen.¹⁴³² Mit dem Ende des dienenden Verständnisses der Rundfunkfreiheit und dem damit einhergehenden Wegfall der Vielfaltshypothek zu Lasten des Rundfunks im engeren Sinne korrespondiert folglich das Ende der verbreitungstechnischen Privilegierung dieses Dienstes.

Die Anbieter privater Dienste – sei es Rundfunk im engeren Sinn, sei es ein Telemediendienst – können nach hiesiger Lesart ihr unternehmerisches Handeln vollends nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausrichten. Privat veranstaltete Massenkommunikation wird damit zu einem reinen Wirtschaftsgut; im gleichen Maße verblasst indes der Schutz dieser Kommunikation durch die institutionelle Komponente der Rundfunkfreiheit.¹⁴³³ Die heute bereits und zukünftig noch zunehmend verfügbare Angebotsvielfalt erlaubt es, Vielfalt im privaten Bereich alleine dem Marktgeschehen zu überlassen. Eine so verstandene privat veranstaltete Massenkommunikation kann nicht mehr Gegenstand eines landesrechtlichen, auf Vielfaltsgewährleistung gerichteten Regelungsregimes sein. Dies gilt schon aus kompetenzrechtlichen Gründen, die eher für die Einschlägigkeit der Bundeskompetenzen für Wirtschaft respektive Telekommunikation streiten.

Der private Rundfunk (im weiteren Sinne) hat daher jedenfalls im Hinblick auf Vielfaltssicherung und Kapazitätsverteilung vollends aus dem Regelungsregime des RStV auszuscheiden. Damit sind sämtlichen massenkommunikativen Dienste in privater Trägerschaft – Rundfunk, Telemedien, elektronische Presse – beim Zugang zu den Übertragungswegen gleich zu behandeln. Insofern wird die Zugangsproblematik innerhalb dieser Dienste ebenso dem Wettbewerb – freilich flankiert durch das Wettbewerbsrecht¹⁴³⁴ – überantwortet. Für diese Sichtweise lässt sich schließlich anführen, dass sie den mitunter geäußerten Bedenken Rechnung trägt, die an kaum operationalisierbare Auswahlkriterien¹⁴³⁵ anknüpfende „*allgemeine Quo-*

Diese Entwicklung verlangt nicht nach einer Erhöhung der Regelungsdichte, sondern nach einer Deregulierung der Zugangsproblematik.

¹⁴³² Vgl. hierzu auch *Gersdorf*, Internet über Rundfunkfrequenzen, 42.

¹⁴³³ So auch *Weisser*, ZUM 1997, 877 (882 f.); *ders./Meinking*, WuW 1998, 831 (833); *Gersdorf*, in: LfR, Internetrundfunk, 19 (22).

¹⁴³⁴ Hierzu sogleich.

¹⁴³⁵ Diesen stehen auch die Programmanbieter kritisch gegenüber, die aufgrund der Unschärfe der Kriterien fehlende Planungssicherheit bemängeln, vgl. *Grewenig*, ZUM 2009, 15 (19); *Christmann*, ZUM 2009, 7.

tenregelung¹⁴³⁶ des digitalen Must-Carry-Regimes widerspräche den Vorgaben des Art. 31 UDRL. Diese Bedenken würden durch eine Entlassung der privaten Veranstalter aus den Bindungen der Vielfaltsgewährleistung bei gleichzeitiger Beibehaltung ihre Quasi-Privilegierung durch den Can-Carry-Bereich der Plattformregulierung weiter gestärkt. Denn ohne Vielfaltsbindung fehlt es an dem mit den Belegungsvorgaben verfolgten Ziel von allgemeinem Interesse. Schon aus diesen Gründen ist der rundfunkrechtliche Can-Carry-Bereich folglich zu streichen.

VI. Zwischenergebnis

Entsprechend der hier vertretenen Neuausrichtung der Rundfunkordnung und Rundfunkfreiheit bedarf auch das rundfunkrechtliche Plattform- bzw. Kabelbelegungsregime einer Neuausrichtung. Diese besteht in einer Konzentration der Übertragungspflichten in erster Linie zugunsten der in ihrem Funktionsauftrag limitierten öffentlich-rechtlichen Anstalten. Deren Vielfaltsbindungen werden mit dem Must-Carry-Status honoriert; dies gilt auch für ihre Telemedienangebote. Demgegenüber ist sämtlichen – nunmehr dem Wettbewerb überlassenen – privaten Anbietern das Must-Carry-Privileg abzuerkennen. Sie können als Anbieter von Rundfunk im engeren Sinne auch keine rundfunkfundierte, durch ihren Vielfaltsbeitrag gerechtfertigte und durch die Can-Carry-Regelung gestützte Privilegierung mehr gegenüber den Anbietern von Telemedien und sonstigen Diensten beanspruchen. Der Kampf ums digitale Breitbandkabel zwischen den privaten Anbietern von Rundfunk und Telemedien wird damit dem Wettbewerb, reglementiert durch die Grundsätze des allgemeinen Wettbewerbsrechts, überantwortet.

B. Im Übrigen: Freizügige Frequenznutzung in den Grenzen des Wettbewerbsrechts

I. Überwindung der dienenden Funktion der Telekommunikation

Nach überkommener Auffassung kommt der Telekommunikation im Verhältnis zum Rundfunk eine „dienende“ Funktion zu.¹⁴³⁷ Mit diesem Interpretationsansatz soll verhindert werden, dass der Bundesgesetzgeber über telekommunikationsrechtliche Regelungen zur Rundfunkverbreitung ein Leerlaufen der Länderkompetenz zur Regelung des inhaltlichen Aspekts der Rundfunkveranstaltung bewirkt. Konsequenz der dienenden Funktion ist einerseits das Gebot rundfunkrechtlicher Neutralität der Telekommunikation, dem das TKG in

¹⁴³⁶ Bullinger, ZUM 2007, 337 (340).

¹⁴³⁷ Vgl. oben (Kap. 4, A.III.1.).

Bezug auf die – freizügige – Nutzung des Breitbandkabelnetzes nachkommt, andererseits legitimiert sie auch die landesrechtlichen Kabel- bzw. Plattformbelegungsvorschriften, die die telekommunikationsrechtliche Frequenzordnung ergänzen bzw. überlagern. Kompetenziell wird sie durch den Grundsatz der Bundestreue abgesichert, wonach der Bund gehindert ist, rundfunkrechtliche Wertungen durch den Erlass sektorspezifischer oder allgemeiner Wettbewerbsregeln (Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG, 74 Abs. 1 Nr. 16 GG) zu unterlaufen.

Sein verfassungsrechtliches Fundament findet der dienende Interpretationsansatz ebenso wie die grundsätzliche Privilegierung des Rundfunks im engeren Sinne darin, dass ihm – dem Rundfunk – eine besondere Bedeutung für die Meinungsbildung attestiert wird. Damit muss sich auch die Vorrangstellung des Rundfunkrechts gegenüber dem Telekommunikationsrecht insoweit reduzieren, wie dem Rundfunk diese besondere Bedeutung für den Meinungsbildungsprozess aufgrund der medientatsächlichen Entwicklung abhanden kommt. Dies gilt namentlich für den Privatrundfunk, der seine Rolle als Medium und Faktor des demokratischen Meinungsbildungsprozesses zugunsten einer am freien Markt orientierten Betätigung weitgehend eingebüßt hat, was angesichts der bereits feststellbaren Angebotsvielfalt keinen, auch nicht mit den Mitteln des Kabelbelegungsregimes zu behebenden Missstand darstellt.

Büßt ein wesentlicher Teil des dualen Rundfunksystems seine auf Meinungsvielfalt gerichtete Funktion im Zuge fortschreitender Kommerzialisierung ein und wird dem wie hier durch eine Entlassung der privaten Veranstalter in die subjektive Rundfunkveranstalterfreiheit unter Aufhebung sämtlicher Vielfaltsbindungen Rechnung getragen, so verliert im gleichen Umfang die Limitierung der Telekommunikation auf eine dienende Funktion ihre Legitimation. Soweit also der private Rundfunk betroffen ist, ist seine rundfunkrechtliche Privilegierung gegenüber dem telekommunikationsrechtlichen Grundsatz der freizügigen Nutzung der Breitbandkabelkapazitäten nicht mehr gerechtfertigt. Auf rundfunkrechtlicher Ebene ist diesem Umstand durch die Streichung jeglicher Privilegien zugunsten des privaten Rundfunks bei der Einspeisung sowie des Can-Carry-Bereichs Rechnung zu tragen. Ein Anpassungsbedarf auf der Ebene des Telekommunikationsrechts ist demgegenüber nicht angezeigt, da dieses ja bereits heute vom Grundsatz freizügiger Nutzung jedenfalls im – vorliegend ausschließlich interessierenden – Breitbandkabelnetz ausgeht.

Es ist damit grundsätzlich die alleinige Entscheidung des Kabelnetzbetreibers, welcher Nutzung er seine Übertragungskapazitäten dediziert. Bestand nach richtiger Auffassung zwar bereits zuvor ein entsprechendes Widmungsrecht des Netzbetreibers dahingehend, welcher

Nutzung er seine Netzkapazitäten zuführt¹⁴³⁸, war dieses doch durch die Vorgaben des § 52b RStV eingeschränkt, sobald der Netzbetreiber sich dazu entschloss, überhaupt Kapazitäten für die digitale Übertragung von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien zur Verfügung zu stellen. Diese Einschränkung hat zu entfallen. An ihre Stelle tritt bzw. verbleibt die Übertragungsverpflichtung nur noch zugunsten genau definierter öffentlich-rechtlicher Angebote. Damit kommt es zu einer erheblichen Ausweitung des Belegungsspielraums des Netzbetreibers. Dieser hat sich insbesondere bei der Auswahl zwischen privaten Angeboten, unabhängig davon, ob es sich dabei um Rundfunk oder Telemedien handelt, an keinerlei vielfaltsgebundenen Strukturprinzipien mehr zu orientieren. Es steht ihm vielmehr frei, seine Auswahlentscheidung alleine nach ökonomischen Überlegungen auszurichten. Die auf die Gewährleistung funktionierenden Wettbewerbs im Telekommunikationsbereich gerichtete Zielsetzung des TKG steht einem solchen Vorgehen nicht entgegen.

II. Wettbewerbsrecht als Grenze der Belegungsfreiheit

Der Maßstab des chancengleichen Zugangs zum Breitbandkabel ist demnach telekommunikationsrechtlich bzw. allgemein wettbewerbsrechtlich zu verstehen. Dies bedeutet einerseits weitgehende Zugangsfreiheit für die Diensteanbieter, andererseits größtmögliche Auswahlfreiheit auf Seiten der Nutzer.¹⁴³⁹ Wesentliches Strukturprinzip der Kabelbelegung ist demnach nicht mehr das medienrechtliche Ziel dauerhaft für den Nutzer präserter Vielfalt, sondern die Sicherstellung einer möglichst freien Auswahlentscheidung des Nutzers.¹⁴⁴⁰ Hierdurch kann der größeren Autonomie der Nutzer Rechnung getragen werden. Das wettbewerbsrechtlich flankierte freie Spiel der Marktkräfte wird nur noch dort durch rundfunkrechtliche Spezialregelungen zur Plattformbelegung ergänzt, wo meritorische Zielsetzungen verfolgt werden, namentlich bei der Belegungsgarantie zugunsten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Damit setzt sich der inhaltsneutrale Grundsatz diskriminierungsfreien Zugangs, wie er dem TKG aber insbesondere dem GWB zugrunde liegt, an die Stelle der rundfunkrechtlichen Plattformregulierung, soweit nicht der im oben beschriebenen Umfang beizubehaltende Must-Carry-Bereich betroffen ist. Mit der Abschaffung des Can-Carry-Bereichs als einem nach (rundfunkrechtlichen) Vielfaltskriterien zusammenzustellenden Kapazitätsbereich vergrößert sich der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts signifikant. Das Wettbe-

¹⁴³⁸ Vgl. dazu oben (Kap. 3, B.IV.2.).

¹⁴³⁹ Vgl. dazu *Ladeur*, K&R 2001, 496 (504).

¹⁴⁴⁰ Vgl. dazu *Weisser/Meinking*, WuW 1998, 842 (846).

werbsrecht steht unternehmerischen Entscheidungen solange nicht entgegen, wie sie auf marktrationalen Entscheidungsmustern beruhen.

Eines, das wesentliche dieser Entscheidungsmuster ist die möglichst lukrative Nutzung der Breitbandkapazitäten durch den Netzbetreiber. Aus diesem Grund müssen auch die (privaten) Rundfunkveranstalter nicht grundsätzlich fürchten, zukünftig bei der Belegung des digitalen Kabels leer auszugehen. Denn nach wie vor sind die Rezipienten am Kabelempfang klassischer Rundfunkprogramme interessiert, sodass es sich kein Netzbetreiber ernstlich leisten können, auf entsprechende Angebote auf seiner Plattform zu verzichten. Gleichwohl sehen sich die privaten Rundfunkveranstalter einem härteren Konkurrenzkampf beim Zugang zum Breitbandkabel ausgesetzt, da Anbieter sonstiger kommunikativer Dienste – jedenfalls rechtlich – mit ihnen auf Augenhöhe um Infrastrukturzugang konkurrieren. Mehr als kompensiert wird diese verschärfte Wettbewerbssituation indes durch die weitere Etablierung des offenen Internets als zusätzlichem Verbreitungsweg auch für traditionelle Rundfunkinhalte, auf dem die privaten Veranstalter ein weltweites Publikum erreichen können, ohne hierbei an eine bestimmte Übertragungsinfrastruktur im herkömmlichen Sinne (Breitbandkabel, DSL, etc.) gebunden zu sein.

Literaturverzeichnis

- Amlung, Robert/Fisch, Martin*: Digitale Rundfunkangebote im Netz, ZUM 2009, 442
- Anderson, Chris*, The Long Tail – Der lange Schwanz, München 2007
- ANGA (Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber)*, Stellungnahme zum XIII. Hauptgutachten der Monopolkommission „Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen“, Bonn 2001
- Position zum 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, 2007 (abrufbar unter www.anga.de)
 - Position Medienpolitik und Digitalisierung, 2008 (abrufbar unter www.anga.de)
 - Position zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, 2008 (abrufbar unter www.anga.de)
 - Das deutsche Breitbandkabel, 2009 (abrufbar unter www.anga.de)
- Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten (ALM)*, 10. Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) – Entwurf – Stand: 15.06.2007, Stuttgart 2007
- ALM Jahrbuch 2008, Stuttgart 2009
 - ALM Jahrbuch 2010, Stuttgart 2011
 - Digitalisierungsbericht 2011, Berlin 2011
 - Digitalisierungsbericht 2013, Berlin 2013
 - ALM Jahrbuch 2013/2014, Berlin 2014
- Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten (ALM) / Gemeinsame Stelle digitaler Zugang (GSDZ)* (Hrsg.), Digitalisierungsbericht 2007, Berlin 2007, S. 21 ff.
- Arbeitsgemeinschaft Privater Rundfunk (APR)*, Stellungnahme zum Entwurf eines zehnten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Stand 15. Juni 2007), München 2007
- ARD/ZDF-Projektgruppe Digital*, Berlin/Potsdam: Erste DVB-T-Region Deutschlands, MP 2003, 558
- Aschenbrenner, Andreas*, Deregulierungszwang im Fernseekabelnetz?, Baden-Baden 2000
- Azzola, Axel et. al.* (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, Neuwied 1989
- Baier, Jan*, Zulassungspflicht für Web-TV?, CR 2008, 769
- Barendt, Eric*, The Legal Protection of Diversity in British Television, in: Kohl, Helmut (Hrsg.), Vielfalt im Rundfunk, Konstanz 1997, S. 76
- Bartosch, Andreas*, Digital Video Broadcasting (DVB) im Kabel, CR 1997, 517
- Das Grünbuch über Konvergenz, ZUM 1998, 209
- Bauer, Andreas*, Netz und Nutzung, Berlin 2004

Bauer, Stephan/Einem, Götz von, Handy-TV – Eine neue Herausforderung für die Rundfunkregulierung, MMR 2007, 423

Bayerische Landesanstalt für Neue Medien (BLM)/Goldmedia, Web-TV-Monitor 2010, Berlin 2010

Becker, Jürgen, Rechtliche Rahmenbedingungen für Plattformanbieter, ZUM 2009, 1

Beese, Dietrich/Merkt, Jutta, Europäische Union zwischen Konvergenz und Re-Regulierung - Die neuen Richtlinienentwürfe der Kommission, MMR 2000, 532

Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Joachim (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, Berlin/New York 1984

– Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, in: Vaubel, Roland/Barbier, Hans D. (Hrsg.), Handbuch für die Marktwirtschaft, Pfullingen 1986

Berg, Klaus/Kiefer, Marie-Luise (Hrsg.), Massenkommunikation V, Eine Langzeitstudie zur Mediennutzung und Medienbewertung 1964 – 1995, Baden-Baden 1996

Berger, Ernst Georg, Von Fernsehgeräten und Torwächtern zu regulatorischer Divergenz, CR 2012, 306

Berger-Kögler, Ulrike/Kind, Benedikt, Netzneutralität – juristisch und ökonomisch geboten?, MMR-Aktuell 2010, 302773

Bertalanffy, Ludwig von, Zu einer allgemeinen Systemlehre, Biologia Generalis 1948, 114

Bethge, Herbert, Die verfassungsrechtliche Problematik der Zulassung von Rundfunkveranstaltern des Privatrechts, München 1981

– Die Freiheit des privaten Rundfunks, DÖV 2002, 673

Beucher, Klaus/Rosenberg, Oliver von, Kapazitätsknappheit und Programmvielfalt, ZUM 1996, 643

Beucher, Klaus/Leyendecker, Ludwig/Rosenberg, Oliver von, Mediengesetze, München 1999

Biedenkopf, Sebastian, Der Zugang zum deutschen Breitbandkabel aus der Sicht privater Anbieter, in: Schwarze, Jürgen/ Hesse, Albrecht, Rundfunk und Fernsehen im digitalen Zeitalter, Baden-Baden 2000

Birkert, Eberhard/Reiter, Hans/Scherer, Frank, Landesmediengesetz Baden-Württemberg, 2. Auflage, Stuttgart 2001

Blaue Andreas, Meinungsrelevanz und Mediennutzung, ZUM 2005, 30

Blechsmidt, Frauke, Das Instrumentarium audiovisueller Politik der Europäischen Gemeinschaft aus kompetenzrechtlicher Sicht, Frankfurt/Main 2003

Blind, Sofia, Das Vielfaltsproblem aus Sicht der Fernsehökonomie, in: Kohl, Helmut (Hrsg.), Vielfalt im Rundfunk, S. 43 ff., Konstanz 1997

- Böckenförde, E.-W./Wieland, Joachim*, Die „Rundfunkfreiheit“ – ein Grundrecht?, AfP 1982, 77
- Bohne, Michael*, Cross-mediale Effekte in der Fusionskontrolle, WRP 2006, 540
- Bonin, Andreas von*, Kabelnetze und Europäische Regulierung, K&R 2002, 565
- Boos, Carina*, Divergenter Rechtsrahmen für Inhalte im konvergenten Fernsehgerät – Vorschläge zum gesetzlichen Umgang mit Hybrid-TV, MMR 2012, 364
- Bornemann, Roland*, Private Rundfunkangebote in Bayern, K&R 1999, 265
- Börnsen, Arne*, Koax-Breitbandkabel - von der Fernsehsignalverteilung zum neuen Medium der Zukunft, MMR 1999, 272
- Brack, Hans/Hübner, Heinz/Oehler, Dietrich/Stern, Klaus* (Hrsg.), Rechtsprobleme der privaten Rundfunkordnung, Köln 1992
- Brand, Torsten*, Rundfunk im Sinne des Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG (zitiert: „Rundfunk“), Berlin 2002
- Brander-Radinger, Ilse* (Hrsg.), Was kommt. Was bleibt. 150 Jahre Presseclub Concordia, Wien 2009
- Braun, Matthias/Gillert, Olaf/Hoberg, Dominik/Hübner, Eva-Maria/Kamps, Michael*, Spartenkanäle: Grenzen einer Zukunftsperspektive für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ZUM 1996, 201
- Brinkmann, Tomas*, Probleme der Marktregulierung des Rundfunks in der dualen Ordnung, in: Assmann, Heinz-Dieter/Brinkmann, Tomas/Gounalakis, Georgios/Kohl, Helmut/Walz, Rainer (Hrsg.), Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie: Freundesgabe für Friedrich Kübler, S. 215 ff., Heidelberg 1997
- Broemel, Roland*, Hybrid-TV als Regulierungsproblem?, ZUM 2012, 866
- Brosius, Hans-Bernd/Fahr, Andreas/Zubayr, Camille*, Meinung, Meinungsvielfalt, Meinungsrelevanz, München 1996
- Broß, Peter/Garbers, Axel*, Digitale Konvergenz und Handlungskonsequenzen“, in: Klumpp, Dieter/Kubicek, Herbert/Roßnagel, Alexander/Schulz, Wolfgang (Hrsg.), Medien, Ordnung und Innovation, Berlin 2006
- Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 2003/2004 mit Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Dr. 15/5790, Berlin 2005
- Tätigkeitsbericht 2005/2006 (Kurzfassung), Bonn 2007
 - Tätigkeitsbericht 2007/2008, BT-Dr. 16/13500, Berlin 2009
- Bullinger, Martin*, Neue Medien: Neue Aufgaben des Rechts?, AfP 1982, 69
- Elektronische Medien als Marktplatz der Meinungen, AöR 108 (1983), 161

- Strukturwandel von Rundfunk und Presse - Rechtliche Folgewirkungen der neuen elektronischen Medien, MMR 1984, 385
- Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste, AfP 1996, 1
- Verbreitung digitaler Pay-TV-Pakete in Fernsehkabelnetzen, ZUM Sonderheft 1997, 281
- Verbreitung entgeltlicher Rundfunkprogramme und Mediendienste in Paketen“, in: Archiv für Presserecht (AfP) 1997, 761
- Deregulierung des Rundfunks als Folge technischer Konvergenz? Die rechtswissenschaftliche Sicht, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln (AP Köln), Nr. 151, Köln 2001
- Medien, Pressefreiheit, Rundfunkverfassung, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2001
- Private Rundfunkfreiheit auf dem Weg zur Pressefreiheit, ZUM 2007, 337
- Das teilweise Zusammenwachsen von Presse und Rundfunk und ihren Freiheiten, AfP 2007, 407

Bullinger, Martin/Mestmäcker, Ernst-Joachim, Multimedia-Dienste, Baden-Baden 1997

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi), Initiative Digitaler Rundfunk, „Startszenario 2000“, BMWi Dokumentation Nr. 481

Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien (BITKOM), Stellungnahme Zehnter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Zehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) – Stand: 15.06.2007, Berlin 2007

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, EUV/EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 4. Auflage, München 2011

Cannivé, Claus, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation zwischen Staat und Markt, Berlin 2001

Castendyk, Oliver, Die Rangfolge im Kabel, ZUM 1993, 464

Castendyk, Oliver/Böttcher, Monika, Ein neuer Rundfunkbegriff für Deutschland? – Die Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste und der deutsche Rundfunkbegriff, MMR 2008, 13

Castendyk, Oliver/Dommering, Egbert/Scheuer, Alexander, European Media Law, Alphen aan den Rijn 2008

Charissé, Peter, Anmerkung zum Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 11. April 2003 – 2 B 10336/03.OVG, ZUM 2003, 706

Christmann, Sabine, Rechtliche Rahmenbedingungen für Plattformbetreiber – Regulatorische Aspekte beim Plattformbetrieb, ZUM 2009, 7

- Christmann, Sabine/Enßlin, Holger/Wachs, Friedrich-Carl*, Der Markt für Breitbandkabel in der digitalen Übergangsphase - Ordnungspolitische Herausforderungen für die deutsche Medienpolitik, MMR 2005, 291
- Coelln, Christian von*, Die Rundfunkrechtsordnung Deutschlands – eine entwicklungsoffene Ordnung, AfP 2008, 433
- Cohen, Bernhard C.*, The press and foreign policy, Princeton 1965
- Cornils, Matthias*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, Tübingen 2005
- Degenhart, Christoph*, Rechtliche Aspekte des Teleshopping, ZUM 1995, 353
- Programmauftrag Internet Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und Online-Dienste, MMR 1998, 137
 - Rundfunk und Internet, ZUM 1998, 333
 - Medienrecht und Medienpolitik im 21. Jahrhundert, K&R 2000, 49
 - Duale Rundfunkordnung im Wandel, AfP Sonderheft 2007, 24
 - Rechtsfragen einer Neuordnung der Rundfunkgebühr, ZUM 2009, 374
 - Die Entwicklung des Rundfunkrechts im Jahr 2008, K&R 2009, 289
 - Die Entwicklung des Rundfunkrechts 2009/2010 – Ein Rechtsprechungsbericht (Teil 1), K&R 2011, 374
- Demir, Ünsal*, Unentgeltliche Einspeisung von Fernsehprogrammen ins Kabelnetz als Rechtsproblem, Hamburg 2013
- Deppenheuer, Otto*, Informationsordnung durch Informationsmarkt, AfP 1997, 669
- Determann, Lothar*, Kommunikationsfreiheit im Internet, Baden-Baden 1999
- Deutscher Bundestag*, Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Neue Informations- und Kommunikationstechniken“, BT-Dr. 9/2442, Bonn 1983
- Schlussbericht der Enquete-Kommission Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft, „Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft“, BT-Dr. 13/11004, Bonn 1998
- Deutscher Kabelverband*, Positionen des Deutschen Kabelverbandes e. V. zur Evaluierung der §§ 52 und 53 des Rundfunkstaatsvertrages“, Berlin 2007
- Stellungnahme zum Zehnten Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Zehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) in der Fassung vom 15.06.2007“, Berlin 2007
- Di Fabio, Udo*, Werbeverbote – Bewährungsprobe für europäische Grundfreiheiten und Grundrechte, AfP 1998, 564 ff.
- Diesbach, Martin*, Pay-TV oder Free-TV, Baden-Baden 1998

Dierking, Laura/Möller, Simon, Online-TV und das „Long Tail“-Phänomen verändern die Grundlagen der Rundfunkordnung, MMR 2007, 426

Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten (DLM), Eckwerte für die Erprobung und Einführung von Digital Video Broadcasting (DVB), Beschluss der DLM, 13. Februar 1996

- Gemeinsame Grundsätze der Landesmedienanstalten für die Nutzung der digitalen Übertragungskapazitäten in den Kabelanlagen der Bundesrepublik Deutschland, Beschluss der DLM, 12. November 1996
- Gesamtkonzeption für die Nutzung digitaler Kanäle/ Initiative zum Analog-digital-Übergang in den Kabelnetzen“, 114. Beschluss der DLM, 2. Februar 1999
- Erklärung der zum Verkauf von Kabelnetzen der DTAG an Liberty Media, Köln 2001
- Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten, Beschluss der DLM 06. November 2003
- Überarbeitung des dritten Strukturpapiers / Internet-Radio und IP-TV“, Beschluss der DLM, 27.06.2007

Dolzer, Rudolf/Kahl, Wolfgang/Waldhof, Christian/Graßhof, Karin, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg, Stand: Mai 2014

Dörr, Dieter, Grundversorgung vs. Lückenfüllen als künftige Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Fernsehanbieter“, in: Kohl, Helmut (Hrsg.), Meinungsvielfalt im Rundfunk, Konstanz 1997, S. 184 ff.

- Die Kabelbelegungsregelungen in den Landesmediengesetzen und der Anspruch auf unentgeltliche Durchleitung des Fernsehprogramms PREMIERE zu den angeschlossenen Haushalten, ZUM 1997, 337
- „Multimedia“ und der Rundfunkbegriff, in: Dittmann, Armin/ Fechner, Frank/ Sander, Gerald G., „Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien“, Berlin 1997
- Multimedia und die Rundfunkfreiheit des Art. 10 EMRK“, in: Ziemke, Burkhardt et al. (Hrsg.), Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 1417 ff.
- Möglichkeiten und Grenzen europäischer Medienpolitik: Konvergenz und Kompetenz, K&R 1999, 97
- Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und die Vorgaben des Europarechts, MP 2005, 333
- Die Kabelbelegungsregelungen im Hessischen Privatrundfunkgesetz unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben, München 2005
- Medienfreiheit im Binnenmarkt, AfP 2006, 202
- Handbuch Medienrecht, Frankfurt/ M 2008, S. 107 ff.
- Aktuelle Fragen des Drei-Stufen-Tests, ZUM 2009, 897

- Dörr, Dieter/Charissé, Peter*, Die Rangfolge im Kabel und die Dienstleistungsfreiheit, AfP 1999, 18
- Dörr, Dieter/Eckl, Judith*, Die Entwicklung des Medienrechts, NJW 1999, 1925
- Dörr, Dieter/Kreile, Johannes/Cole, Mark D.*, Handbuch Medienrecht, 2. Auflage, Frankfurt/Main 2011
- Dörr, Dieter/Janik, Viktor/Zorn, Nicole*, Der Zugang zu den Kabelnetzen und die Regelungen des Europäischen Rechts, Mainz 2002
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Auflage, Tübingen 2004
- Dye, Sandra*, Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, MMR-Aktuell, 2011, 314468
- Eberle, Carl-Eugen*, Digitale Rundfunkfreiheit – Rundfunk zwischen Couch-Viewing und Online-Nutzung, CR 1996, 193
- Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und Telemedienangebote, AfP 2008, 329
- eco (Verband der deutschen Internetwirtschaft e. V.)*, Stellungnahme zum Arbeitsentwurf eines 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages (RÄndStV) zur Umsetzung der Zusagen gegenüber der EU-Kommission im Rahmen des EU-Beihilfverfahrens ARD/ZDF vom 12. Juni 2008, Berlin, 28.07.2008
- Eifert, Martin*, Gebührenurteil: Die Bedeutung liegt in der Kontinuität, MP 2007, 602
- Eifert, Martin/Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Innovation, Recht und öffentliche Kommunikation, Berlin 2011
- Eimeren, Birgit von/Frees Beate*, Rasanter Anstieg des Internetkonsums, MP 2013, 358
- Elitz, Ernst*, Qualitätsstandards für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk: interdisziplinäre Forschungsansätze für die Medienpraxis, MW 2004, 130
- Elitz, Ernst/Stammler, Dieter*, Programmliche Selbstverpflichtungen und Medienqualität. Ein Projekt zur Sicherung der Qualität in den elektronischen Medien, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln („AP Köln), Nr. 217, November 2006
- Engel, Christoph*, Multimedia und das deutsche Verfassungsrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Vesting, Thomas (Hrsg.), Perspektiven der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1995
- Medienordnungsrecht, Baden-Baden 1996
- Kabelfernsehen, Baden-Baden 1996
- Verbreitung digitaler Pay-TV-Pakete in Fernseekabelnetzen. Kartellrechtliche und medienrechtliche Überlegungen, ZUM 1997, 309
- Der Anspruch privater Kabelbetreiber auf ein Entgelt für die Durchleitung von Rundfunkprogrammen und das Medienrecht, ZUM 1997, 497

- Sonderlasten für Fernsehveranstalter mit einem Zuschaueranteil von 10%, ZUM 2000, 345
 - Die Kabelbetreiber als Mäzene wider Willen, RTkom 2000, 189
- Engel, Christoph/Lüdemann, Jörn, Die technische Seite der Verbreitung öffentlich-rechtlichen Rundfunks in digitalisierten Kabelnetzen, ZUM 2008, 904*
- Engel-Flechsigt, Stefan, Das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz des Bundes und der Mediendienstestaatsvertrag der Bundesländer, ZUM 1997, 231*
- Engel-Flechsigt, Stefan/Maennel, Frithjof A./Tettenborn, Alexander, Beck'scher Kommentar zum IuKDG, München 2001*
- Engels, Stefan/Jürgens, Uwe, Multimedia und elektronische Presse, AfP 2008, 367*
- Engels/Stefan/Jürgens, Uwe/Fritzsche, Saskia, Die Entwicklung des Telemedienrechts im Jahr 2006, K&R 2007, 57*
- Engels, Stefan/Schulz, Christoph, Anmerkung zu VG Berlin: Das Ende der TV-Kabelregulierung?, K&R 1998, 127*
- Enßlin, Holger/Christmann, Sabine, Stellungnahme Premiere zum 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (RÄStV-E) Stand: 15.06.2007 in Vorbereitung für die öffentliche Anhörung am 26.07.2007, 2007*
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Stand 01.01.2012*
- Esser-Wellié, Michael, Das Verfassungs- und Wirtschaftsrecht der Breitbandkommunikation in den Vereinigten Staaten von Amerika, Baden-Baden 1995*
- Europäische Kommission, Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie und ihre ordnungspolitischen Auswirkungen, Brüssel 1997*
- Faßbender, Kurt, Das jüngste Rundfunkgebührenurteil des BVerfG, NVwZ 2007, 1265*
- Fechner, Frank, Medienrecht, 10. Auflage, Tübingen 2009*
- Fink, Udo/Keber, Tobias O., Übertragungspflichten ohne Einspeiseentgelt?, MMR-Beil. 2/2013, 1*
- Flatau, Kai, Neue Verbreitungsformen für Fernsehen und ihre rechtliche Einordnung: IPTV aus technischer Sicht, ZUM 2007, 1*
- Flechsigt, Norbert P., Presse- und Rundfunkfreiheit, CR 1999, 327*
- Fraenkel, Ernst, Deutschland und die westlichen Demokratien, 6. Aufl., Stuttgart 1974*
- Franklin/Marc A./Anderson, David A./Barnett Lidsky, Lyrissa C., Mass Media Law, 8. Auflage, New York 2011*

- Frees, Beate/Eimeren, Birgit von*, Bewegtbildnutzung im Internet 2011: Mediatheken als Treiber, MP 2011, 350
- Freund, Matthias*, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation, München 2002
- Frey, Dieter/Rudolph, Matthias*, Der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag im Lichte des Gemeinschaftsrechts, ZUM 2010, 564
- Friederichsen, Mike/Seufert, Wolfgang*, Effiziente Medienregulierung, Baden-Baden, 2004
- Fünfgeld, Hermann/Mast, Claudia* (Hrsg.), Massenkommunikation, Opladen 1997
- Gemeinsame Stelle Digitaler Zugang (GSDZ)*, Position der Gemeinsamen Stelle Digitaler Zugang zum Kabelverkauf der Deutschen Telekom AG, v. 10. April 2001 (abrufbar unter www.alm.de)
- GSDZ/Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten (ALM)*, Digitalisierungsbericht 2006, Berlin 2006 (abrufbar unter: www.alm.de)
- Geppert, Martin/Piepenbrock, Hermann-Josef/Schütz, Raimund/Schuster, Fabian* (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage, München 2006
- Gersdorf, Hubertus*, Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte im Lichte des Solange II-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, AöR 119 (1994), 400
- Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation,
 - Multi-Media: Der Rundfunkbegriff im Umbruch?, AfP 1995, 565
 - Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze, Berlin 1996
 - Rundfunkfreiheit ohne Ausgestaltungsvorbehalt, München 1996
 - Die dienende Funktion der Telekommunikationsfreiheiten: Zum Verhältnis von Telekommunikations- und Rundfunkordnung, AfP 1997, 424
 - Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit als „Supergrundrecht“? Zur Notwendigkeit einer dogmatischen Weiterentwicklung des verfassungsrechtlichen Begriffsbildes, in: Dittmann, A./Fechner, F./Sander, G. G., Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien, Berlin 1997
 - Chancengleicher Zugang zum digitalen Fernsehen, Berlin 1998
 - Vergabe terrestrischer Frequenzen an Mediendienste, Berlin 1999
 - Kabeleinspeisung von Programmbouquets (zit. „Kabeleinspeisung“), Berlin 2000
 - Regulierung des Zugangs zu Kabelnetzen im Zeichen der Konvergenz von Netz und Nutzung (zit. „Zugang zu Kabelnetzen“), Berlin 2002
 - Grundzüge des Rundfunkrechts, München 2003
 - Internet über Rundfunkfrequenzen, Berlin 2006

- Der Rundfunkbegriff – Vom technologieorientierten zum technologieneutralen Begriffsverständnis (zitiert: „Rundfunkbegriff“), München 2007
 - Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (zitiert: „Legitimation und Limitierung“), Berlin 2008
 - Die Einspeisung öffentlich-rechtlicher Rundfunkprogramme in die Kabelnetze, K&R Beilhefter 1/2009, 1
 - Medienrechtliche Einordnung des NVOD, K&R 2010, 375
 - Netzneutralität: Juristische Analyse eines „heißen Eisens“, AfP 2011, 209
 - Öffentlich-rechtlicher Rundfunk 2.0: Von der Voll- zur Qualitätsversorgung, K&R 2012, 94
 - Anreizregulierung zu Lasten Dritter? – (Verfassungs-)Rechtliche Bewertung einer anreizorientierten Regulierung des privaten Rundfunks zu Lasten der Kabelnetzbetreiber, MMR-Beil. 2012, 1
- Gounalakis, Georgios*, Das Vierte Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes: Kritische Bemerkungen zur Hypertrophie des Urheberschutzes, NJW 1999, 545
- Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?, Gutachten C für den 64. Deutschen Juristentag, Band 1, München 2002
 - Das TK-Sonderkartellrecht und die Regelungen zur Belegung von Übertragungskapazitäten auf dem Prüfstand, K&R 2003, 49
- Gounalakis, Georgios/Mand, Elmar*, Kabelweiterleitung und urheberrechtliche Vergütung, München 2003
- Gounalakis, Georgios/Wege, Christoph*, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk hat seinen Preis – Das Karlsruher Gebührenurteil vom 11.9.2007, NJW 2008, 800
- Gramlich, Ludwig*, Von der Postreform zur Postneuordnung - Zur erneuten Novellierung des Post- und Telekommunikationswesens, NJW 1994, 2785
- Greissinger, Christian*, Vorgaben des EG-Vertrages für nationales Rundfunk- und Multimediarecht, Baden-Baden 2001
- Grewenig, Claus*, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Überarbeitung des Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation (TK-Review) durch die Europäische Kommission – aus Sicht des privaten Rundfunks, ZUM 2007, 96
- Rechtliche Rahmenbedingungen für Plattformbetreiber – Perspektive des privaten Rundfunks, ZUM 2009, 15
- Grimm, Dieter*, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42 (1984), 46

- Anforderungen an künftige Medienordnungen, in: Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln (AP Köln), Nr. 176, Köln 2003
- Gröpl*, Christoph, Die Reform der Medienkontrolle durch den Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, ZUM 2009, 21
- Grünwald*, Andreas, Analoger Switch-Off – Auf dem Weg zur Digitalisierung des terrestrischen Fernsehens, MMR 2001, 89
- Analoger Switch-Off, München 2001
- Grzeszick*, Bernd, Der Telemedienauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zwischen Verfassungs- und Europarecht, NVwZ 2008, 608
- Haarhoff*, Ina/ *Kopp*, Reinhold, Kostenpflichtige Telemedien im Drei-Stufen-Test – Nur eine differenzierende Auslegung führt zu belastbaren Ergebnissen, NJOZ 2009, 292
- Habermas*, Jürgen, Ach, Europa, Frankfurt/Main 2008
- Strukturwandel der Öffentlichkeit, 15. Auflage, Darmstadt u.a. 1984
- Hahn*, Caroline, Die Aufsicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Frankfurt/Main 2010
- Hahn*, Werner, Gutes Urteil, schlechte Presse, MMR 2007, 613
- Hahn*, Werner/*Vesting*, Thomas, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Auflage, München 2008
- Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Auflage, München 2012
- Hahne*, Katrin, Kabelbelegung und Netzzugang: Rechtsfragen des Zugangs von Programm- und Diensteanbietern zum Breitbandkabelnetz, München 2003
- Hain*, Karl-Eberhard, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung, Baden-Baden 1993
- Sicherung des publizistischen Pluralismus auf europäischer Ebene?, AfP 2007, 527
- Die Must-Carry-Regelungen des deutschen Medienrechts im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Köln 2013
- Hain*, Karl-Eberhard/*Steffen*, Christine/*Wierny*, Thomas, Must-Carry! Must-Offer! Must-Pay?, MMR 2013, 769
- Hallenberger*, Gerd, Dimensionen des Begriffs „Vielfalt“, in: Kohl, Helmut (Hrsg.), Vielfalt im Rundfunk, Konstanz 1997, S. 10 ff.
- Hamann*, Andreas, Rechtliche Rahmenbedingungen für Plattformbetreiber – Marktübersicht, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2009, 2
- Haratsch*, Andreas/*Koenig*, Christian/*Pechstein*, Matthias, Europarecht, 8. Auflage, Tübingen 2012
- Hartlieb*, Holger von/*Schwarz*, Mathias (Hrsg.), Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 4. Auflage, München 2004

- Hartstein, Reinhard/Ring, Wolf-Dieter/Kreile, Johannes/Dörr, Dieter/Stettner, Rupert, Rundfunkstaatsvertrag, Loseblattsammlung, München, Stand März 2011*
- Hasebrink, Uwe/Mikos, Lothar/Prommer, Elisabeth, Mediennutzung in konvergierenden Medienumgebungen, München 2004*
- Hasebrink, Uwe/Schröder, Hermann-Dieter/Stark, Birgit, Elektronische Programmführung im digitalen Fernsehen, Berlin 2008*
- Hege, Hans, Offene Wege in die digitale Zukunft, Berlin 1995*
- Hein, Werner J./Schmidt, Jens Peter, Entgelte für die Übertragung von Rundfunksignalen über das Breitbandkabel, K&R, 2002, 409*
- Heinrich, Jürgen, Medienökonomie, 2. Auflage, Wiesbaden 2001*
- Heintschel von Heinegg, Wolf, Auswirkungen des Europarechts auf die rechtlichen Rahmenbedingungen des Internet-Fernsehens und des IP-TV, AfP 2008, 452*
- Heise, Michael, Der Rechtsrahmen der Netzwirtschaften: Kartellrechtliche Sicherstellung des Netzzugangs?, WuW 2009, 1024*
- Held, Thorsten, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Baden-Baden 2008*
- Hepach, Stefan, Die Verfahrensrechte der Kommissionen nach § 37 Abs. 4 RStV in der Fassung des 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrages, ZUM 2008, 934*
- Herdegen, Matthias, Europarecht, 12. Auflage, München 2010*
- Hermanni, Alfred-Joachim, Medienpolitik in den 80er Jahren, Wiesbaden 2008*
- Herrmann, Günter, Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1975*
- Herrmann, Günter/Lausen, Matthias, Rundfunkrecht, 2. Auflage, München 2004*
- Hess, Wolfgang, Zur Rangfolge bei der Weiterverbreitung von Fernsehprogrammen in Kabelanlagen, AfP 1996, 233*
- Hess, Wolfgang/Jury-Fischer, Christine, Medienkartellrecht, AfP 2009, 132*
- Hesse, Albrecht, Der Vierte Rundfunkänderungsstaatsvertrag aus der Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, ZUM 2000, 183*
- Neue Konzepte zur Regulierung von Infrastrukturen für die elektronische Kommunikation im Zeichen der Konvergenz der Medien (zit. „Neue Konzepte“), in: Schwarze, Jürgen/Hesse, Jürgen, Rundfunk und Fernsehen im digitalen Zeitalter, Baden-Baden 2000
 - Rundfunkrecht, 3. Auflage, München 2003
- Hesse, Joachim Jens/Ellwein, Thomas, Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland (zit. „Regierungssystem“), 9. Neub. Auflage, Berlin 2004*

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neu-
druck 20. Auflage, Heidelberg 1999

Heun, Sven-Erik (Hrsg.), Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. Auflage, Köln 2007

Hillig, Hans-Peter, Urheberrechtliche Fragen des Netzzugangs in der Kabelkommunikation,
MMR-Beil. 2/2001, 34

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

– Verbreitung entgeltlicher Rundfunkprogramme und Mediendienste in Paketen“, in: Ar-
chiv für Presserecht (AfP) 1997, 770

Hoeren, Thomas, Das Telemediengesetz, NJW 2007, 801

– Stellungnahme zu rechtlichen Aspekten der Fragen der Fraktionen zur Öffentlichen Anhö-
rung der Enquete-Kommission Internet und digitale Gesellschaft, Ausschussdrucksache
17(24)004-A, Berlin 2010

Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich, Handbuch Multimedia-Recht, München 2008

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Medienfreiheit und der außenplurale Rundfunk, AöR 109 (1984),
304

– Rundfunkordnung im Aufbruch vom Binnen- zu, Außenpluralismus, MP 1984, 613

– Informations- und Rundfunkfreiheit bei der Verbreitung von Rundfunkprogrammen in
Kabelanlagen, in: Broda, Christian/Deutsch, Erwin/Schreiber, Hans-Ludwig/Vogel, Hans-
Jochen, Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, Darmstadt 1985

– Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, Baden-Baden 1991

– Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste, AfP 1996, 9

– Pay-TV im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, Baden-Baden 1996

– Regulierung der dualen Rundfunkordnung, Baden-Baden 2000

– Rundfunk im Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 1988

– Kommunikationsfreiheiten, Baden-Baden 2002

Hoffmann-Riem, Wolfgang/Vesting, Thomas, Ende der Massenkommunikation? Zum Struk-
turwandel der technischen Medien, MP 1994, 382

Hoffmann-Riem, Wolfgang/Wieddekind, Dirk, Frequenzplanung auf der Suche nach Pla-
nungsrecht“, in: Erbguth, Wilfried/Oebbecke, Janbernd/Rengeling, Hans-Werner/Schulte,
Martin (Hrsg.), Planung, Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag, München 2000

Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten, Konvergenz und Regulierung,
Baden-Baden 2000

Holtzbrinck, Stefan von, Definitions- und Rangfolgeprobleme bei der Einspeisung von Rundfunkprogrammen in Kabelanlagen, Berlin 1990

Holznapel, Bernd, Problem der Rundfunkregulierung im Multimedia-Zeitalter, ZUM 1996, 16

- Rundfunkrecht in Europa, Tübingen 1996
- Rechtsprobleme der Konvergenz von Rundfunk und Telekommunikation, MMR-Beil. 1998, 12
- Weiterverbreitung und Zugangssicherung beim digitalen Fernsehen - Aufgaben der Landesmedienanstalten bei der Umsetzung der §§ 52, 53 RStV, MMR 2000, 480
- Konvergenz der Medien – Herausforderungen an das Recht, NJW 2002, 2351
- Frequenzeffizienz und Rundfunkspektrum, MMR 2008, 207
- Erosion demokratischer Öffentlichkeit?, VVDStRL 68 (2009), 382
- Netzneutralität als Aufgabe der Vielfaltssicherung, K&R 2010, 95
- Meinungsbildung im Internet, NordOeR 2011, 205
- Doppelt hält besser – Wer zahlt für das Kabelfernsehen?, K&R 2013, 454

Holznapel, Bernd/*Dörr*, Dieter/*Hildebrand*, Doris, Elektronische Medien, München 2008

Holznapel, Bernd/*Eaux*, Christoph/*Nienhaus*, Christian, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, München 2001

Holznapel, Bernd/*Stenner*, Daniel, Rundfunkrecht, Oldenburg 2003

Immenga, Ulrich/*Mestmäcker*, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, München 2007

Institut für Europäisches Medienrecht (EMR), Die Zukunft der Fernsehrichtlinie, Baden-Baden 2005

Irion, Kristina/*Schirnbacher*, Martin, Netzzugang und Rundfunkgewährleistung im deutschen Breitbandkabelnetz, CR 2002, 61

Isensee, Josef/*Kirchhof*, Paul, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 2001

Janik, Viktor, Der deutsche Rundfunkbegriff im Spiegel technischer Entwicklungen, AfP 2000, 7 ff.

Jarass, Hans D., Die Freiheit des Rundfunks vom Staat, Berlin 1981

- In welcher Weise empfiehlt es sich, die Ordnung des Rundfunks und sein Verhältnis zu anderen Medien – auch unter dem Gesichtspunkt der Harmonisierung – zu regeln?, Gutachten G für den 56. Deutschen Juristentag, Band 1, Berlin 1986
- Kartellrecht und Landesrundfunkrecht, Berlin 1991
- Rundfunkbegriffe im Zeitalter des Internet, AfP 1998, 133
- Die verfassungsrechtliche Stellung der Post und TK-Unternehmen, MMR 2009, 223

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, Grundgesetz, 12. Auflage, München 2012

Jungheim, Stephanie, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. September 2007 zu den Rundfunkgebühren – Eine verpasste Chance, ZUM 2008, 493
– Medienordnung und Wettbewerbsrecht im Zeitalter der Digitalisierung und Globalisierung, Tübingen 2012

Jüngling, Alexander, Vom Fernsehkabel- zum Full-Service-Netz, Baden-Baden 2002

Kammann, Uwe/Jurkuhn, Kathrin/Wolf, Fritz, Im Spannungsfeld, Studie im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2007

Karsten, Eric, Fernsehen digital, Wiesbaden 2006

Katz, Elihu/Foulkes, David, On the use of the mass media as ‚escape‘ – Clarification of a concept“, Public Opinion Quarterly 26/1962, 377

Kettering, Emil/Köhler, Lutz, Die duale Rundfunkordnung als passende Regulierungsoption?, MW 2010, 38

Kibele, Babette, Multimedia im Fernsehen, München 2001

Kirschnek, Oliver, Landesmediengesetz Baden-Württemberg, Berlin 1998

Kitz, Volker, Das neue Recht der elektronischen Medien in Deutschland – sein Charme, seine Fallstricke, ZUM 2007, 368

Klaes, Roland L., Verfassungsrechtlicher Rundfunkbegriff und Internet, ZUM 2009, 135

Kleinke, Yvonne, Zu Auswirkungen des Internet-Fernsehens auf das Urheberrecht, AfP 2008, 460

Kleist, Thomas/Scheuer, Alexander, Audiovisuelle Mediendienste ohne Grenzen, MMR 2006, 127

Klickermann, Paul H., Reichweite der Onlinepräsenz von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nach dem 12. RÄndStV, MMR 2008, 793

Klimisch, Annette/Lange, Markus, Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht, WuW 1998, 15

Knothe, Matthias/Bialek, Peter, Nachlese: Broadcast goes online – das anwendbare Recht, K&R 1999, 18

Koch, Ulrich, Medienkonzentrationsrecht in Deutschland – sind wir auf dem richtigen Weg?, AfP 2007, 305

Kohl, Helmut (Hrsg.), Elektronische Massenmedien und staatliche Verantwortung, in: Assmann, Heinz-Dieter/Brinkmann, Tomas/Gounalakis, Georgios/ Kohl, Helmut/ Walz, Rainer (Hrsg.), Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie: Freundesgabe für Friedrich Kübler, S. 215 ff., Heidelberg 1997

- Ökonomische Vielfaltskonzepte im Spiegel juristischer Anforderungen – oder: Die Zahnbürste und das Fernsehen, in: Ders. (Hrsg.), Vielfalt im Rundfunk, S. 63 ff., Konstanz 1997

Kommission für Zulassung und Aufsicht der Landesmedienanstalten (ZAK), Digitalisierungsbericht 2010, Berlin 2010

- Keine inhaltsbezogene Priorisierung im offenen Internet, Thesen der Medienanstalten zur Netzneutralität, Berlin 2011

Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), Dritter Konzentrationsbericht, Potsdam 2006

- Elfter Jahresbericht, Potsdam 2008
- Dreizehnter Jahresbericht, Potsdam 2010

Koenig, Christian/Fechtner, Sonja, Netzneutralität – oder: Wer hat Angst vor dem schwarzen Netzbetreiber?, K&R 2011, 73

Körber, Torsten, Sektor spezifische Rundfunkregulierung oder „Wettbewerb 2.0“?, ZWeR 2009, 315

- TKG Novelle 2011 – Breitbandausbau im Spannungsfeld von Europäisierung, Regionalisierung und Netzneutralität, MMR 2011, 215

Kops, Manfred, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in gesellschaftlicher Verantwortung, Münster 2003

- Soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Nachfrage seiner Zuhörer und Zuschauer korrigieren?, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln („AP Köln“), Nr. 196, März 2005
- Publizistische Vielfalt als Public Value, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln („AP Köln“), Nr. 265, April 2010

Kops, Manfred/Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten (Hrsg.), Von der dualen Rundfunkordnung zur dienstespezifisch diversifizierten Informationsordnung?, Baden-Baden 2001

Krausnick, Daniel, Gebührenfinanzierung unter dem Damoklesschwert, ZUM 2007, 806

Kresse, Hermann, Grundversorgung und noch viel mehr?, ZUM 1996, 59

Kremendahl, Hans, Pluralismustheorie, Opladen 1977

Krotz, Friedhelm, Fernsehen fühlen. Auf der Suche nach einem handlungstheoretischen Konzept für das emotionale Erleben des Fernsehens, RuF 1993, 477

Kuch, Hans-Jörg, Der Staatsvertrag über Mediendienste, ZUM 1997, 225

- Medienrechtliche Vorgaben für Kabelnetzbetreiber, ZUM 2002, 248

Kull, Edgar, Rundfunkgleichheit statt Rundfunkfreiheit, AfP 1981, 378

- Auf dem Weg zum dualen Rundfunksystem, AfP 1987, 365
- Kübler, Friedrich, Die neue Rundfunkordnung: Marktstruktur und Wettbewerbsbedingungen, NJW 1987, 2961*
- Die verfassungsrechtliche Verbürgung der Vielfalt in der Bundesrepublik Deutschland“, in: Kohl, Helmut (Hrsg.), Vielfalt im Rundfunk, S. 21 ff., Konstanz 1997
- Politikberatung auf Abwegen, ZRP 2000, 131
- Legitimationsfragen der Medienregulierung, AfP 2002, 277
- Ladeur, Karl-Heinz, Die Gewährleistung von Programmvielfalt unter Knappheitsbedingungen im Kabelnetz, DÖV 1997, 983*
- Grundrechtskonflikte in der dualen Rundfunkordnung, AfP 1998, 141
- Zur Notwendigkeit einer flexiblen Abstimmung von Bundes- und Landeskompetenzen auf den Gebieten des Telekommunikations- und des Rundfunkrechts, ZUM 1998, 261
- Die Regulierung von Telekommunikation und Medien im Zeitalter ihrer Konvergenz, RTKom 1999, 68
- Terrestrische Übertragungsformen für digitales Fernsehen und Hörfunk (DVB-T und DAB-T) - Rechtliche Probleme der Projektgestaltung, MMR 1999, 266
- Terrestrische Übertragungsformen für digitalen Fernseh- und Hörfunk (DVB-T und DAB-T) - Rechtsprobleme des Bitratenmanagements, MMR 1999, 404
- Rundfunkaufsicht im Multimedia-Zeitalter zwischen Ordnungsrecht und regulierter Selbstregulierung, K&R 2000, 171
- Einspeisung digitaler Fernsehprogramme – Zur Rechtsstellung von Kabelnetzbetreiber und Programmveranstalter, K&R 2001, 496
- Aktuelle Rechtsfragen der Einspeisung digitaler Fernsehprogramme in Kabelnetze, ZUM 2002, 252
- Die ‚objektiv-rechtliche Dimension der Rundfunkfreiheit‘ unter Bedingungen von Multimedia, in: Faber, Heiko/Frank, Götz (Hrsg.), Demokratie in Staat und Wirtschaft, Festschrift für Ekkehart Stein zum 70. Geburtstag, Tübingen 2002
- Rechtsprobleme der Regulierung der Entgelte, der Paketbündelung und der Vertragsgestaltung im digitalen Kabelfernsehen, ZUM 2005, 1
- Zur Verfassungswidrigkeit des Drei-Stufen-Tests, ZUM 2009, 906
- Entgeltspflicht für die Kabeleinspeisung von Programmen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten?, ZUM 2012, 939
- Anmerkung zu LG Köln, Urteil v. 14. März 2013 – 31 O (Kart) 466/12, ZUM 2013, 511

- Ladeur, Karl-Heinz/Gostomzyk, Tobias, Von der dienenden Funktion der Telekommunikation für den Rundfunk zur Konfliktbewältigung durch Frequenzplanungsrecht (zit. „Konfliktbewältigung durch Frequenzplanungsrecht“), Hamburg/Hannover 2011*
- Lampert, Thomas, Der Begriff der Marktbeherrschung als geeignetes Kriterium zur Bestimmung der Normadressaten für das sektorspezifische Kartellrecht nach dem TKG?, WuW 1998, 27*
- Landesanstalt für Rundfunk Nordrhein-Westfalen (LFR), Internetrundfunk und Breitbanddienste im Internet-Regulierung, 3. LfR-Kolloquium Medienrecht, Berlin 2001*
- Kabelbelegung und Rundfunkfreiheit, LfR-Kolloquium Medienrecht Dezember 2000, Berlin 2001
- Lang, Gladys E./Lang, Kurt, Watergate: An Exploration of the Agenda-Building Process, in: Wilhoit, G. C./ de Bock, Harold, Mass Communication Review Yearbook, 2. Auflage, Beverly-Hills 1981, S. 447 ff.*
- Le Bon, Gustave, Psychologie der Massen, 12. Auflage, Stuttgart 1964*
- Lehrke, Anne, Pluralismus in den Medien, Hamburg 2006*
- Lent, Wolfgang, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, Frankfurt/Main 2001*
- Lerche, Peter, Beteiligung Privater im Rundfunkbereich und Vielfaltsstandard, NJW 1982, 1676*
- Auslandsöffnung und nationaler Rundfunkstandard, in: Due, Ole/Lutter, Marcus/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Band 1, Baden-Baden 1995, S. 729 ff.
 - Bemerkungen zur Auseinandersetzung um die rundfunkmäßige Grundversorgung, in: Ziemske, Burkhardt et al. (Hrsg.), Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 357 ff.
 - Das 6. Rundfunkurteil zur „Modellkonsistenz“, in: Kohl, Helmut (Hrsg.), Die Freiheit des Rundfunks nach dem NRW-Urteil des BVerfG, Frankfurt/Main 1991, 51
 - Meinungsvielfalt im deutschen bundesweiten Fernsehen – Rechtsfragen der Aufsichtspraxis, in: Schwarze, Jürgen/Hesse, Albrecht (Hrsg.), Rundfunk und Fernsehen im digitalen Zeitalter, Baden-Baden 2000, S. 21
 - Aspekte des Schutzbereichs der Rundfunkfreiheit, AfP Sonderheft 2007, 52
- Libertus, Michael, Medienrechtliche Einordnung von BusinessTV-Diensten, K&R 2000, 119*
- Loewenheim, Ulrich/Messen, Karl M./Riesenkampff, Alexander, Kartellrecht, 2. Auflage, München 2009*
- Luhmann, Niklas, Die Realität der Massenmedien, 3. Auflage, Wiesbaden 2004*

- Maletzke*, Gerhard, *Psychologie der Massenkommunikation. Theorie und Systematik*, Hamburg 1978
- *Medienwirkungsforschung*, Tübingen 1981
- Mand*, Elmar, *Das Recht der Kabelweitersendung*, Frankfurt/Main 2004
- Die urheberrechtliche Verantwortlichkeit für die Kabelweiterleitung von Rundfunkprogrammen im „Transportmodell“, *UFITA* 2005, 19
- Mangoldt*, Hermann von/*Klein*, Friedrich/*Starck*, Christian, *Kommentar zum Grundgesetz*, 6. Auflage, München 2010
- Maunz*, Theodor/*Dürig*, Günter, *Grundgesetz Kommentar*, 61. Erg.lieferung, München 2011
- Maurer*, Hartmut, *Staatsrecht I*, 2. Auflage, München 2001
- *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Auflage, München 2004
- McQuail*, Denis, *Mass Communication Theory*, 4. Auflage, London 2000
- Mecklenburg*, Wilhelm, *Internetfreiheit*, *ZUM* 1997, 525
- Medienpädagogischer Forschungsverbund Südwest (MPFS)*, *JIM-Studie 2011 – Jugend, Information, (Multi-) Media*, Stuttgart, 2011
- Meier*, Henk E., *Strategieanpassungsprozesse im öffentlich-rechtlichen Fernsehen*, Köln 2003
- Mende*, Annette/*Oehmichen*, Ekkehardt/*Schröter*, Christian, *Medienübergreifende Informationsnutzung und Informationsrepertoires*, *MP* 2012, 2
- Merkel*, Klaus/*Roßnagel*, Alexander/*Scheuer*, Alexander/*Schweda*, Sebastian, *Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung – Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie*, München/ Saarbrücken 2009
- Merten*, Klaus, *Kommunikation: eine Begriffs- und Prozessanalyse*, Opladen 1977
- *Konvergenz der deutschen Fernsehprogramme, Eine Langzeitstudie 1980 – 1993*, Münster/Hamburg, 1994
- Mestmäcker*, Ernst-Joachim/*Schweitzer*, Heike, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage, München 2004
- Michel*, Eva-Maria, *Rundfunk und Internet*, *ZUM* 1998, 350
- *Senden als konstitutiver Bestandteil des Rundfunkbegriffs*, *ZUM* 2009, 453
- Möllers*, Christoph, *Pressefreiheit im Internet*, *AfP* 2008, 241
- Möschel*, Wernhard, *Die Öffnung der Breitbandkabelnetze für den Wettbewerb. Die Sicht der Monopolkommission*, *MMR-Beil.* 2001, 13
- Mückl*, Stefan, *Paradigmenwechsel im europäischen Medienrecht*, *DVBl.*, 2006, 1201
- Müller-Terpitz*, *Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und Neue Medien – Eine gemeinschafts- und verfassungsrechtliche Betrachtung*, *AfP* 2008, 335

Münch, Ingo von/*Kunig*, Philip, Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage, München 2000

Nauheim, Markus, Die Rechtmäßigkeit des Must-Carry-Prinzips im Bereich des digitalisierten Kabelfernsehens in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt/Main 2001

Neitzel, Jens/*Müller*, Birgit, Zugangsverpflichtungen von Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht, CR 2004, 655

Neuberger, Christoph/*Lobigs*, Frank, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, Gutachten im Auftrag der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) (zit. „Bedeutung des Internets“), Berlin 2010

Neumann, Manfred J. M., Für eine offene Medienordnung, in: WD 2000, 7

Never, Henning, Meinungsfreiheit, Wettbewerb und Marktversagen im Rundfunk, Baden-Baden 2002

Niewiarra, Manfred, Verbreitung entgeltlicher Rundfunkprogramme und Mediendienste aus der Sicht eines Medienunternehmens, AfP 1997, 766

Noam, Eli M., Cyber-TV, Gütersloh 1996

Noelle-Neumann, Elisabeth, Die Schweigespirale, München 2001

Noelle-Neumann, Elisabeth/*Schulz*, Winfried/*Wilke*, Jürgen, Fischer Lexikon Publizistik Massenkommunikation, 3. Auflage, Frankfurt/Main 2004

Ory, Stephan, Kompetenzen der Landesmedienanstalten für Mediendienste?, AfP 1999, 132

- Rechtliche Überlegungen aus Anlass des „Handy-TV“ nach dem DMB-Standard, ZUM 2007, 7
- Gebührenurteil 2.0 – Ein Update aus Karlsruhe, AfP 2007, 401

Ossenbühl, Fritz, Eigentumsschutz gegen Nutzungsbeschränkungen, in: Isensee, Josef/ Lecheler, Helmut (Hrsg.), Freiheit und Eigentum, Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, S. 689

Osten, Christian von der, Anmerkung zu OLG München v. 19.6.2001 – 5 U 4543/00, MMR 2002, 50

Paal, Boris P., Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, Tübingen 2010

Papier, Hans-Jürgen, Durchleitungen und Eigentum, BB 1997, 1213

Papistella, Gertrud, Zum Rundfunkbegriff des Grundgesetzes, DÖV 1978, 495

Paukens, Hans/*Schümchen*, Andreas, Digitales Fernsehen in Deutschland: explorative Studie zur Entwicklung digitaler Pay-TV-Angebote, München 2000

Pestalozza, Christian, Der Schutz der Rundfunkfreiheit in der Bundesrepublik Deutschland, NJW 1981, 2158

Petersen, Jens, Medienrecht, 5. Auflage, München 2010

- Petersen*, Nikolaus, Rundfunkfreiheit und EG-Vertrag, Baden-Baden 1994
- Pethig*, Rüdiger, Die verfassungsrechtliche Verbürgung der Vielfalt in der Bundesrepublik Deutschland. Koreferat zum Referat von Friedrich Kübler, in: Kohl, Helmut (Hrsg.), Vielfalt im Rundfunk, Konstanz, 1997, 31
- Picot*, Arnold/*Bereczky*, Andreas/*Freyberg*, Axel, Triple Play, Berlin 2007
- Pieper*, Antje Karin/*Wiechmann*, Peter, Der Rundfunkbegriff, ZUM 1995, 82
- Pöppelmann*, Benno H., Die Medienordnung in der digitalen Zukunft, MMR 7/2008, XXVII
- Pukall*, Kristin, Meinungsvielfalt im Rundfunk nach der audio-visuellen Revolution, Frankfurt/Main 1994
- Raisch*, Peter/*Gudera*, Lydia, Anm. zu OLG Naumburg, 10 WKart 1/98, ZUM 1999, 904
- Reffken*, Hendrik, Rundfunkbeteiligungen politischer Parteien, NVwZ 2008, 857
- Reinemann*, Susanne, Rundfunkvermarktung und Informationsfreiheit, ZUM 2005, 307
- DVB-H, DMB und interaktive Fernbedienung – Ist der Rundfunk-(begriff) den neuesten technischen Entwicklungen gewachsen?, ZUM 2006, 523
- Reinersdorff*, Wolfgang von, Anmerkung zu OLG Hamburg v. 26.4.2001 – 3 U 268/00, MMR 2001, 528
- Keine Einspeisung von Inhalten in Kabelnetze ohne Zustimmung des Netzbetreibers, MMR 2002, 222
 - Anmerkung zu VG Berlin v. 17. November 2005 - VG 27 A 166.04, in: Multimedia und Recht (MMR) 2006, 192
- Reinlein*, Johanna, Medienfreiheit und Medienvielfalt: Kontrolle crossmedialer Konzentration in Zeiten der Konvergenz, Frankfurt/Main 2011
- Reinlein*, Johanna/*Wagner*, Eva, Die Ermittlungsbefugnisse der KEK nach dem 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, K&R 2008, 518
- Rhein*, Tilman, Das Breitbandkabelnetz der Zukunft - Der Business Case, MMR-Beil. 2001, 2
- Ricke*, Thorsten, Triple Play – Zugangsansprüche bei vertikalen Verflechtungen, Bericht Nr. 39 des Kompetenzzentrums für Internetökonomie und Hybridität, Münster 2004
- Neue Dienstekategorien im Zuge der Konvergenz der Medien, Arbeitsbericht Nr. 40 des Kompetenzzentrums für Internetökonomie und Hybridität, Münster 2006
 - Die rundfunkrechtliche Plattformregulierung auf dem Prüfstand. Wird den neuen Entwicklungen richtig Rechnung getragen?, MMR 2011, 642
- Ricker*, Reinhart, Kriterien der Einspeisung von Rundfunkprogrammen bei Kapazitätsengpässen in Kabelanlagen, ZUM 1992, 521

- Zur Rangfolge der Kabeleinspeisung des „Kinderkanals“ und des „Ereignis- und Dokumentationskanals“, ZUM 1997, 1
- Rundfunkgebühren für Computer mit Internet-Zugang?, NJW 1997, 3199
- Ricker, Reinhart/Schiwy, Peter*, Rundfunkverfassungsrecht, München 1997
- Ridder, Christa-Maria/Engel, Bernhard*, Massenkommunikation 2010: Mediennutzung im Internetvergleich, MP 2010, 523
- Ridder, Christa-Maria/Turecek, Irina*, Medienzeitbudgets und Tagesablaufverhalten, MP 2011, 570
- Rindfleisch, Hans*, Technik im Rundfunk, Norderstedt 1985
- Ring, Wolf-Dieter*, Medienrecht, München 1997 (Stand: 97. Erg.-Lfg. März 2007)
- Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunks im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZUM 1995, 173
- Die Regulierung der elektronischen Medien im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung, WiVerw 1999, 191
- Der 4. Rundfunkänderungsstaatsvertrag – Rechtsfolgen für die Praxis, ZUM 2000, 177
- Die Medienordnung in der digitalen Zukunft, AfP 2008, 342
- Ring, Wolf-Dieter/Gummer, Andreas*, Medienrechtliche Einordnung neuer Angebote über neue Übertragungswege (z. B. IP-TV, Mobil-TV etc.), ZUM 2007, 433
- Rinke, Claudia*, Zugangsfragen des digitalen Fernsehens, Berlin 2002
- Ritlewski, Kristoff M.*, Pluralismussicherung im 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, ZUM 2008, 403
- Pluralismus als Strukturprinzip im Rundfunk, Frankfurt/Main 2009
- Rossen-Stadtfeld, Helge*, Audiovisuelle Bewegtbildangebote von Presseunternehmen im Internet: Presse oder Rundfunk?, Baden-Baden 2009
- Medienaufsicht unter Konvergenzbedingungen, ZUM 2000, 36
- Grenzen der Staatsaufsicht im Bereich des kommerziellen Rundfunks, ZUM 2008, 1
- Die Anforderungen des Dreistufentests an die Gremien. Eine rundfunkverfassungsrechtliche Einordnung, in: Kops, Manfred (Hrsg.), Der Dreistufentest als Chance für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, Berlin 2009, S. 25 ff
- Roßnagel, Alexander* (Hrsg.), Recht der Multimedia-Dienste, München 1999
- Roßnagel, Alexander/Hilger, Caroline*, Offener Zugang zum digitalisierten Kabel – Realität oder Zielvorstellung, MMR 2002, 445
- Rößner, Sören*, Kommentar zu EuGH: TV-Einspeisungspflicht, K&R 2009, 253
- Roider, Claudia*, Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung, Berlin 2001

RTL Television (Hrsg.), Anhörung zum zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, Stellungnahme RTL Television, Köln 2007

Säcker, Franz Jürgen, Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2. Auflage, Frankfurt/Main 2009

Säcker, Franz Jürgen/*Rixecker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage, München 2012

Schatz, Heribert/*Schulz*, Wolfgang, Qualität von Fernsehprogrammen, MP 1992, 690

Schellenberg, Martin, Rundfunk-Konzentrationsbekämpfung zur Sicherung des Pluralismus im Rechtsvergleich, Baden-Baden 1997

Schenk, Michael, Medienwirkungsforschung, 3. Auflage, Tübingen 2007

Scherer, Joachim, Online zwischen Telekommunikations- und Medienrecht – Regulierungsprobleme von Online-Systemen im Internet und außerhalb, AfP 1996, 213

Scheuer, Alexander, EU: Audiovisuelle Konferenz „Zwischen Kultur und Kommerz“, MMR 11/2005, XVI

– Anmerkung zu BVerfGE 119, 181, MMR 2007, 777

Scheurle, Klaus-Dieter/*Mayen*, Thomas, TKG Kommentar, München 2008

Schippian, Martin, Die deutschen Kanalbelegungsvorschriften auf dem EU-Prüfstand, ZUM 1998, 617

Schmid, Tobias/*Gerlach*, Petra, Die duale Rundfunkordnung als passende Regulierungsoption zur Korrektur des Marktversagens im Rundfunk Oder: Die Kunst, das Richtige zu tun, MW 2009, 22

Schmid, Tobias/*Kitz*, Volker, Von der Begriffs- zur Gefährdungsregulierung im Medienrecht, ZUM 2009, 739

Schmitt, Carl, Verfassungslehre, München 1928

Schmitt Glaeser, Walter, Das duale Rundfunksystem, DVBl. 1987, 14

Schmittmann, Michael, Blick nach Brüssel, AfP 2008, 46

Schmittmann, Michael/*Kempermann*, Philip, Blick nach Brüssel, AfP 2009, 31

Schmitz, Peter, Übersicht über die Neuregelung des TMG, K&R 2007, 135

Schoch, Friedrich, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVdStRL 57 (1998), 158

– Konvergenz der Medien–Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?, JZ 2002, 798

Schreier, Torsten, Anmerkung zu EuGH v. 02.06.2005, Rs. C-89/04, MMR 2005, 519

Schroeder, Werner, Teleshopping und Rundfunkfreiheit, ZUM 1994, 471

Schulz, Winfried, Wirkungsqualitäten verschiedener Medien, RuF 1975, 57

Schulz, Wolfgang, Jenseits der „Meinungsbildungsrelevanz“ – Verfassungsrechtliche Überlegungen zu Ausgestaltung und Gesetzgebungskompetenzen bei neuen Kommunikationsformen, *ZUM* 1996, 487

- Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, Baden-Baden 1998
- Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, *MP* 2008, 158

Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer dienstespezifisch diversifizierten Informationsordnung, in: *Kops, Manfred/ Schulz, Wolfgang/ Held, Thorsten* (Hrsg.), *Von der dualen Rundfunkordnung zur dienstespezifisch diversifizierten Informationsordnung?*, Baden-Baden 2001, S. 110 ff.

- Stellungnahme des Hans-Bredow-Instituts zum Entwurf des Zehnten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge, Hamburg 2007

Schulz, Wolfgang/Held, Thomas/Kops, Manfred, Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation, *ZUM Sonderheft* 2001, 621

- Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation, Baden-Baden 2002

Schulz, Wolfgang/Leopoldt, Swaantje, Horizontale Regulierung, *K&R* 2000, 439

Schulz, Wolfgang/Kühlers, Doris, Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen, Berlin 2000

Schulz, Wolfgang/Seufert, Wolfgang/Holznagel, Bernd, Digitales Fernsehen: Regulierungskonzepte und Perspektiven, Opladen 1999

Schulz, Wolfgang/Wasner, Utz, Rundfunkrechtlich relevante Fragen der Lizenzierung und Frequenzverwaltung nach dem TKG, *ZUM* 1999, 513

Schuster, Detlev, Meinungsvielfalt in der dualen Rundfunkordnung, Kiel 1988

Schütz, Raimund, Breitbandkabel – „Closed Shop“ für neue Diensteanbieter?, *MMR* 1998, 11

- Nutzung von Breitbandkabelnetzen im Spannungsfeld von Netzbetreiberfreiheit, offenem Netzzugang und hoheitlicher Kabelallokation, *MMR-Beil.* 2/2001, 20
- Kommunikationsrecht, München 2005
- Neue Vorgaben fürs Digitalfernsehen: 8. Novelle des Rundfunkstaatsvertrags, *MMR* 10/2005, X
- 10. RfÄStV: Einführung der Plattformregulierung, *MMR* 9/2007, X
- Rundfunkbegriff: Neutralität der Inhalte oder der Übertragung? Konvergenz und Innovation, *MMR* 2009, 228

Schütz, Raimund/Schreiber, Kristina, Smart TV: Diskriminierungsfreier Zugang zu Portalen auf TV-Endgeräten – Lösungsmöglichkeiten mit den bestehenden medien-, tk- und kartellrechtlichen Vorgaben?, MMR 2012, 659

Schwartzmann, Rolf (Hrsg.), Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Heidelberg 2008

Schwarz, Michael Julius, Vollbelegung des Breitbandkabels durch Landesmedienanstalten, MMR 5/2006, XXIV

Schwarz-Schilling, Christian, Pay-TV – und doch kein Rundfunk, ZUM 1989, 487

Schweiger, Wolfgang, Theorien der Mediennutzung, Wiesbaden 2007

Seemann, Klaus, Die medienpolitische Situation nach dem 4. Rundfunkurteil, ZRP 1987, 37
– Das „Fünfte Rundfunkurteil“ des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1987, 844

Seidl, Alexander/Maisch, Marc Michael, Fernsehen der Zukunft – Aufnahme der audiovisuellen Mediendienste auf Abruf in das Telemediengesetz, K&R 2011, 11

Seufert, Wolfgang, Das duale Rundfunksystem als Sonderfall des Medienwettbewerbs, in: Kohl, Helmut (Hrsg.), Vielfalt im Rundfunk, Konstanz 1997

Sharma, Aruna, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelnetz, Baden-Baden 2009

Sjurts, Insa, Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung, MW 2010, 32

Sokoll, Karen, Der neue Drei-Stufen-Test für Telemedienangebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, NJW 2009, 885

Spies, Axel/Ufer, Frederic, Netzneutralität: Stichwort oder Unwort des Jahres? Neues US-Regulierungsverfahren mit Auswirkungen auf Deutschland, MMR 2010, 13

Spindler, Gerald, Die Einspeisung von Rundfunkprogrammen in Kabelnetze – Rechtsfragen der urheberrechtlichen Vergütung und vertragsrechtlichen Gestaltung, MMR-Beil. 2/2003, 1
– Das neue Telemediengesetz – Konvergenz in sachten Schritten, CR 2007, 239

Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, München 2008

Spoerr, Wolfgang/Luczak, Jan-Marco, Die Digitalisierung der Rundfunkübertragung in Kabelnetzen 2010-2020: Staatliche Handlungsoptionen, ZUM, 2010, 553

Steinert, Andreas, Medienrecht, Telekommunikationsrecht und Kartellrecht – Die Offenhaltung der Medienordnung, Münster 2003

Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Auflage, München 2008

Stender-Vorwachs, Jutta/Theißen, Natalia, Die Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste, ZUM 2007, 613

Stern, Klaus, Postreform zwischen Privatisierung und Infrastrukturgewährleistung, DVBl. 1997, 309

Stern, Klaus/Prütting, Hanns, Probleme des Zugangs zu den Medien und Telekommunikationseinrichtungen sowie Fragen der Zugangssicherung (zit. „Zugangsprobleme“), München 2004

Stettner, Rupert, Ist öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, insbesondere dem Zweiten Deutschen Fernsehen (ZDF), gestattet, Pay-TV zu veranstalten?, ZUM 1995, 293

- *Der Kabelengpaß, München 1997*
- *Die Rechtspflicht der Landesmedienanstalten zur Kabelbelegung unter Berücksichtigung europäischer Rechtsvorschriften dargestellt am Beispiel der Bremischen Landesmedienanstalt, Berlin 1998*
- *Anmerkung zum Urteil des Oberverwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 14. September 1999 – OVG 1 HB 433/98, ZUM 2000, 204*

Stieper, Martin, Rezeptiver Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung, ZUM 2012, 12

Stock, Martin, Das vierte Rundfunkurteil des Bundesverfassungsgerichts: Kontinuität oder Wende?, NJW 1987, 217

- *EU-Medienfreiheit – Kommunikationsgrundrecht oder Unternehmerfreiheit?, K&R 2001, 289*
- *Zum Reformbedarf im dualen Rundfunksystem: Public-Service-Rundfunk und kommerzieller Rundfunk – wie können sie koexistieren?, in: Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln („AP Köln“), Nr. 204, September 2005*

T-Mobile/Vodafone D2/o2 Germany, Gemeinsame Stellungnahme zum Entwurf des Zehnten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge, 2007

Tettenborn, Alexander, Die neuen Informations- und Kommunikationsdienste im Kontext der europäischen Union, EuZW 1997, 462

Thaenert, Wolfgang, Nochmals zur Reform der Medienkontrolle durch den Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, ZUM 2009, 131

Thierfelder, Jörg, Zugangsfragen digitaler Fernsehverbreitung, München 1999

Thomaschki, Kathrin/Krakies, Jens, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Kanalbelegung in Kabelnetzen, ZUM 1995, 368

Thum, Kai, Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit nach deutschem und europäischem Recht, DÖV 2008, 653

Trafkowski, Armin, Medienkartellrecht, München 2002

Trute, Hans-Heinrich, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1998), 216

- Trute, Hans-Heinrich/Broemel, Roland, Der Verbreitungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, MMR-Beil. 11/2012, 1*
- Tschentscher, Thomas/Pegatzky, Thomas/Bosch, Tobias, Sicherheitsrisiken durch Kabelfernsehen?, K&R, Beilage 1 zu Heft 8/2000, 1*
- Ufer, Frederic, Der Kampf um die Netzneutralität oder die Frage, warum ein Netz neutral sein muss, K&R 2010, 383*
- Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten (VATM), Stellungnahme VATM zum Entwurf des 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrages, Berlin 2007*
- Verband Privater Rundfunk und Telemedien (VPRT), Anmerkungen des (VPRT) zum Entwurf des 10. RÄndStV (Stand: 15. Juni 2007), Berlin 2007*
- Vesting, Thomas, Prozedurales Rundfunkrecht, Baden-Baden 1997*
- Fortbestand des dualen Systems, K&R 2000, 161
 - Rechtsprobleme der unentgeltlichen Kabelkanalbelegung durch die Landesmedienanstalten, München 2001
 - „Zur Entwicklung einer Informationsordnung“, in: Badura, Peter/ Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2001
- Voß, Peter, Rundfunk – ein öffentliches Gut im Streit der Interessen, in: Schwarze, Jürgen/Hesse, Albrecht (Hrsg), Rundfunk und Fernsehen im digitalen Zeitalter, Baden-Baden 2000, 9*
- Wagner, Christoph, Rechtsfragen digitalen Kabelfernsehens, Berlin 1996*
- Wettbewerb in der Kabelkommunikation zwischen Transport- und Vermarktungsmodell, MMR Beil. 2/2001, 28
- Wagner, Michael A., Rechtliche Aspekte elektronischer Programmführer – The Legal Dimension of EPGs, MMR 1998, 243*
- Europäische Perspektive des Hybridfernsehens, ZUM 2011, 462
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht, 3. Auflage, München 2009*
- Weberling, Johannes, Zwischen Presserecht und Rundfunkrecht, AfP 2008, 445*
- Weiss, Andreas/Wood, David, Was elektronische Programmführer leisten sollten, MMR 1998, 239*
- Weisser, Ralf, Dienstleistungen zum Vertrieb digitaler Pay-TV-Angebote, ZUM 1997, 877*
- Der neue Rundfunkstaatsvertrag, NJW 2000, 3526
- Weisser, Ralf/Glas, Vera, Medienrechtliche Regulierung von Plattformen, ZUM 2009, 914*
- Weisser, Ralf/Höppener, Markus, Kabelweitersendung und urheberrechtlicher Kontrahierungszwang, ZUM 2003, 597*

- Weisser, Ralf/Lübbert, Tobias*, Must-Carry im Breitbandkabel, K&R 2006, 274
- Weisser, Ralf/Meinking, Olaf*, Zugang zum digitalen Fernsehkabelnetz außerhalb von must-carry-Regelungen, WuW 1998, 831
- Werber, Michael*, Interaktives TV – Konvergente Geschäftsmodelle für TV und TK, in: Picot/Bereczky/Freyberg (Hrsg.), Triple Play, Berlin 2007, 164
- Wichmann, Anja*, Zur Erhebung von Entgelten für die Kabeleinspeisung des Programms des RBB, TMR 2002, 221
- Vielfaltssicherung in digitalisierten Breitbandkabelnetzen, Berlin 2004
- Wiedemann, Gerhard* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage, München 2008
- Wiedemann, Verena*, Der Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der digitalen Ära in Deutschland und Europa, ZUM 2007, 800
- Wille, Karola*, Rechtsfragen der Teilung von Kabelkanälen, ZUM 1996, 356
- Kabelrundfunk zwischen urheber- u. medienrechtlicher Regelungsdichte, ZUM 2002, 261
 - Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Überarbeitung des Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation (TK-Review) durch die Europäische Kommission – aus Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, ZUM 2007, 89
- Wille, Karola/Heckel, Mario*, Verfassungsrechtliche Aspekte bei der Kabeleinspeisung – Zur Auslegung des Begriffs „gesetzlich bestimmtes Programm“, ZUM 1997, 240
- Wimmer, Norbert*, Kabelrundfunk aus Sicht regionaler Kabelnetzbetreiber, ZUM 2002, 534
- Der Drei-Stufen-Test nach dem 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, ZUM 2009, 601
- Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, Stellungnahme zum Thema „Offene Medienordnung“, Bonn 1999
- Wulff, Carsten*, Abschied vom „one man/one show“ – Prinzip in der Diskussion um die Medienkonzentrationskontrolle, 1997, 543
- Zagouras, Georgios*, Konvergenz und Kartellrecht, München 2002
- Der „Reding-Wallström-Plan“ zum Schutz der Meinungsvielfalt in Europa, AfP 2007, 1
- Ziener, Albrecht* (Hrsg.), Digitales Fernsehen, 2. Auflage, Heidelberg 2007
- Zimmer, Anja/Büchner, Wolfgang*, Konvergenz der Netze – Konvergenz des Rechts?, CR 2001, 164
- Zippelius, Reinhold/Würtenberger, Thomas*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., München 2008
- Zubayr, Camille/Geese, Stefan*, Tendenzen im Zuschauerverhalten, MP 2007, 187
- Tendenzen im Zuschauerverhalten, MP 2009, 98
 - Tendenzen im Zuschauerverhalten, MP 2011, 126
 - Die Fernsehsender im Qualitätsurteil des Publikums, MP 2011, 230