

Das Rundfunkrecht vor den Herausforderungen der Logik der Vernetzung

Überlegungen zu einer horizontalen Rundfunkordnung für die Ökonomie der Aufmerksamkeit¹

Thomas Vesting

Der Beitrag stellt einige der Herausforderungen dar, denen das Rundfunkrecht durch neue informationstechnologische und medienökonomische Entwicklungen („Multimedia“) ausgesetzt ist. Diese Herausforderungen werden einer neuartigen Logik der Vernetzung zugeschrieben, die, so eine der Kernthesen des Aufsatzes, die Möglichkeit einer Fortschreibung des dualen Rundfunksystems in seiner derzeitigen Ausgestaltung auf lange Sicht eher unwahrscheinlich macht. Die Antwort auf die neuartige Logik der Vernetzung wird in einem neuen Ordnungsmodell gesehen, das an systemtheoretische Vorstellungen von „Selbstorganisation“ anknüpft. Dieses neue Ordnungsmodell akzentuiert vor allem die Notwendigkeit der Erhaltung kultureller und ökonomischer Innovationsfähigkeit einschließlich der dazugehörigen Voraussetzungen. Abschließend versucht der Beitrag, die Folgen dieses Modells für die Rundfunkregulierung näher zu konkretisieren.

1. Einleitung

Schon seit einiger Zeit wird das duale Rundfunksystem durch neuere informationstechnologische und medienökonomische Entwicklungen herausgefordert: Die Auflösung der stabilen Grenze zwischen Rundfunk und Telekommunikation auf technologischer Ebene, die wechselseitige Öffnung der Grenze von Individual- und Massenkommunikation in wirtschaftlicher Hinsicht, die Veränderung der Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in einer dynamischen Wettbewerbsordnung, die Entwertung des Rundfunkstaatsvertrags (RStV) durch eine großzügige Handhabung vager Experimentierklauseln in den Landesmediengesetzen, der damit verbundene Aufstieg informeller Verhandlungen in politischen und administrativen Zusammenhängen z. B. bei der Einführung des digitalen Fernsehens², die Schwerfälligkeit der kooperativen Verfahren der Entscheidungsfindung der Landesmedienanstalten – all diese Phänomene konfrontieren das Rundfunkrecht mit Entwicklungen, die als Ausdruck einer neuartigen „Logik der Vernetzung“³ gedeutet werden können. Damit ist gemeint, dass die eben genannten Ent-

- 1 Bei dem Beitrag handelt es sich um eine gekürzte und leicht veränderte Fassung meines Einleitungskapitels zu Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, der voraussichtlich Ende 2001 im Beck-Verlag erscheinen wird.
- 2 Darstellung dazu bei Ladeur, Rechtliche Regulierung von Informationstechnologien und Standardsetzung, CR 1999, S. 395 ff., 401 f.; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Rundfunkstaatsvertrag, Stand Sept. 2000, § 53 Rn. 1; Vesting, Fortbestand des Dualen Systems?, K&R 2000, S. 161 ff., 164.
- 3 Vgl. Ladeur, Die Regulierung von Telekommunikation und Medien im Zeitalter ihrer Konvergenz, RTkom 1999, S. 68 ff.; Vesting, Das Internet als Herausforderung des „dualen Rundfunksystems“, in: Kops/Schulz/Held (Hrsg.), Von der dualen Rundfunkordnung zu einer

wicklungen bei allen Unterschieden in den Details jeweils zu einer Unterwanderung, Destabilisierung oder auch Auflösung von Grenzen führen, auf denen die zentralen rechtlichen Unterscheidungen des dualen Rundfunksystems aufbauen. Das zweckorientierte Recht des RStV, das mit Hilfe der veranstalterbezogenen Zulassung einen „Grundstandard“ von Vielfalt im privaten Rundfunk zu sichern versucht, büßt dadurch ebenso an Leistungsfähigkeit ein wie das mit der vielfaltsorientierten Zweckprogrammierung verknüpfte ordnungsrechtliche Instrumentarium, das den Landesmedienanstalten als Aufsichtsorganen etwa im Bereich der Konzentrationskontrolle (z. B. § 22 RStV), des Jugendschutzes (§ 3 RStV) und der Werberegeln (z. B. § 7 Abs. 1 RStV) zur Verfügung steht. Diese These soll zunächst an drei Beispielen aus dem Bereich der eben genannten Entwicklungen belegt und plausibel gemacht werden.

2. Drei Beispiele

2.1 Die neuartigen Probleme der Abgrenzung von Individual- und Massenkommunikation

Eine wesentliche Ursache für die Auflösung ehemals stabiler Grenzen des dualen Rundfunksystems muss in der neueren informationstechnologischen Entwicklung gesehen werden. Diese Entwicklung wird in der Literatur zumeist unter dem Stichwort „Konvergenz“ oder „technische Konvergenz“ diskutiert.⁴ Konnten Rundfunk und Telekommunikation in der Vergangenheit einigermaßen plausibel durch die gegenständliche Unterscheidung von Inhalt/Technik voneinander abgegrenzt werden, wird die Grenze zwischen Programm und Verbreitungstechnologie durch die neuen digitalen Netzarchitekturen für wechselseitige Übertritte geöffnet. Damit wird die feste Zuordnung von Diensten (Programme) zu jeweils spezifischen Verbreitungstechnologien (Netzen) in Frage gestellt. Beispielsweise können jetzt auf stationären, aber auch mobilen Telefonnetzen Leistungen angeboten werden, die früher nur durch rundfunkspezifische Netze (Terrestrik, Kabel) erbracht werden konnten; man denke nur an die erweiterten Möglichkeiten im Hinblick auf das Internet oder die künftigen UMTS-Handys. Umgekehrt können jetzt auf Fernsehkabelnetzen neuartige Internetdienstleistungen jenseits der herkömmlichen Massenprogramme transportiert und damit künftig auch Rundfunk und E-Commerce miteinander kombiniert werden. Kurzum: Die informationstechnologische Entwicklung erzeugt eine neuartige Flexibilität und Variabilität, die den Unterschied von Rundfunk (Dienst) und Telekommunikation (Netz) verwischt sowie die darauf aufbauenden rechtlichen Unterscheidungen relativiert – und in der Zukunft möglicherweise vollständig entwerten wird.

dienstespezifisch diversifizierten Informationsordnung, 2001, S. 275 ff.; zur Logik der Vernetzung vgl. allgemein *Guéhenno*, Das Ende der Demokratie, 1994.

- 4 Vgl. nur *Hoffmann-Riem/Schulz/Held*, Konvergenz und Regulierung, 2000, S. 19 ff.; *Europäische Kommission*, Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie und ihre ordnungspolitischen Auswirkungen, KOM (97), 623; *Schoch*, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1998), S. 160 ff., 170 ff., 182 ff.; *Trute*, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1998), S. 218 ff.; *Holznagel*, Rechtsprobleme der Konvergenz von Rundfunk und Telekommunikation, MMR 1998, Beilage zu Nr. 3, S. 12 ff.

Diese neuartige Flexibilität und Variabilität wirft einmal die sehr grundsätzliche Frage auf, welche neuen Dienste dem Rundfunk zuzuordnen sind und damit den Bestimmungen des RStV unterliegen, und zwar sowohl auf der Ebene der Zulassung als auch auf der Ebene der Kabelregulierung. Einerseits lassen sich durch Innovationen in der Informationstechnologie neue Verwertungsmöglichkeiten erschließen, indem z. B. Musikspartensender wie MTV die neuesten Charts simultan auf dem Web anbieten und über Handys Zusatzfunktionen distribuieren. Damit stellt sich das Problem, wie diese eher ergänzenden Funktionen rundfunkrechtlich zu behandeln sind und ob es z. B. einen Unterschied macht, welche Technologie (z. B. Fernsehkabel oder ADSL) dabei benutzt wird. Des Weiteren wird aber auch zu klären sein, wie unmittelbare Konkurrenzen zwischen herkömmlichem Rundfunk und neuen Verbreitungsformen wie z. B. Web-TV aufeinander abgestimmt werden können und sollen. Im Bereich des Fernsehens muss man mit Zukunftsprognosen zwar vorsichtig sein, weil sich bei Bewegtbildern zurzeit noch deutliche Unterschiede in der Leistungsfähigkeit der Netze und Endgeräte ausmachen lassen. Aber auch hier wird die Grenze durch neue Kompressionstechnologien immer durchlässiger, wie man schon heute an den Angeboten der Pornindustrie im Internet studieren kann. Vieles von dem, was hier z. B. über Vivid- oder Real Player angeboten wird, entspricht mehr oder weniger Video on Demand-Applikationen, die nach wohl herrschender Auffassung als Rundfunk im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG einzustufen wären.⁵

Würde man zur Bewältigung dieser neuen Flexibilität also einfach an das traditionelle Rundfunkrecht und seine Vorstellung von pluralistischer Meinungsbildung anknüpfen, würde dies letztlich zu einer Ausdehnung des Rundfunkrechts insbesondere auf das Internet führen. Eine solche rechtliche Strategie lässt sich unter der Bedingung der Logik der Vernetzung aber auf Dauer nicht durchhalten. Sie würde letztlich eine uferlose Ausweitung des Rundfunkrechts nach sich ziehen, die angesichts der Struktur des Internets (weltweite Vernetzung, multifunktional, selbstorganisierend, selbstregulierend etc.) illusionär erscheint und auch praktisch gesehen kaum lösbare Abgrenzungsprobleme z. B. zu anderen Internet-Dienstleistungen, insbesondere zum E-Commerce, aufwerfen würde. Da die Logik der Vernetzung durch eine Steigerung der Optionenräume gerade die Diskriminierungskapazität von Grenzbegriffen unterläuft, werden sich diese Abgrenzungsprobleme auch im Rahmen verbesserter Dienste-Typologien („Lizenzklassen“), die an die meinungsbildende Wirkung anknüpfen, kaum bewältigen lassen.⁶ Ebenso zweifelhaft ist es, ob der rundfunkrechtliche Teilzugriff auf digitalisierte Kabelanlagen, wie er in § 52 Abs. 3–5 RStV umgesetzt worden ist, angesichts der Auflösung des Unterschieds von Fernsehkabelanlagen und sonstigen Netzen weiterführend ist.⁷

5 Vgl. BVerfGE 74, 297 (350); 83, 238 (302); *Hoffmann-Riem*, Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste, AfP 1996, S. 9 ff.; *ders.*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 229 ff., 231; *A. Hesse*, Rundfunkrecht, 1999, S. 80 ff. m.w.N.

6 In diese Richtung *Schulz*, Man geht auf ein Loch zu, weiß, dass man hineinfallen wird, und fällt hinein, Funkkorrespondenz 2000, Heft 29, S. 3 ff.; ähnlich wohl auch *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 229 ff. (im Zusammenhang mit Online-Aktivitäten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks).

7 Nur hingewiesen sei hier darauf, dass die Lösung der neuartigen Probleme, die durch die höhere Variabilität und Flexibilität der digitalen Verbreitungstechnologien aufgeworfen werden, in

2.2 Die kultur- und medienökonomische Seite der Entwicklung

2.2.1 Die Relativierung der Bedeutung des Veranstalters

Die Logik der Vernetzung entwertet die ordnungsbildende Funktion des herkömmlichen Rundfunkrechts auch in medienökonomischer Hinsicht. Das gilt vor allem für die Veranstalterzentrierung des traditionellen Rundfunkrechts. Zwar hat die Veranstalterzentrierung in der Form der strategischen Suche nach dem „günstigsten“ Ort für die rundfunkrechtliche Zulassung („forum shopping“)⁸ und in der Auflösung der Einheit von Programmproduktion, -distribution und -vermarktung schon immer eine Reihe von Problemen erzeugt; auf Letzteres reagiert u.a. § 28 RStV (Zurechnung von Programmen). Die wirtschaftliche Integration der (privaten) Rundfunkveranstalter in immer komplexere, an Multimedia-Bedingungen angepasste Wertschöpfungsketten⁹ wird den veranstalterbezogenen Ausgangspunkt des RStV in Zukunft jedoch auf eine noch härtere Probe stellen. Schon heute besteht die typische Verwertungskette z. B. für eine Filmproduktion aus Kinoverwertung, Pay-per-View, Pay-TV, Videoverleih, Free-TV-Erstaussstrahlung, Free-TV-Zweitaussstrahlung und den Verwertungen, die aus den mit dem Film verbundenen sonstigen Produkten („Merchandising“), aus Büchern, Filmmusik, Stars usw. hervorgehen.¹⁰ Das bedeutet, dass Pay-TV und Free-TV in zentralen Programmbereichen nur mehr „Fenster“ innerhalb einer zeitlich und sachlich gestuften Verknüpfung von Verwertungsmöglichkeiten darstellen. Diese Verwertungsketten werden durch das Internet in Zukunft noch weiter ausdifferenziert und verfeinert werden. Das Medienrecht wird also künftig eine Dynamik der Vernetzung von gleichzeitigen und ungleichzeitigen Verwertungsmöglichkeiten bewältigen müssen, die die Grenze von Rundfunk als publizistisch-programmlichem Medium und Wirtschaftsgut weiter durchlässig machen wird. Dies wird sich vor allem in neuartigen Kombinationen von kulturellen und ökonomischen Werten zeigen, die die Autonomie des Rundfunks künftig vor allem in Richtung Werbung und E-Commerce unterwandern werden.

2.2.2 Ökonomie der Aufmerksamkeit als Realisationsform einer neuen Kultur- und Medienökonomie

Die Autonomie des Rundfunks, aber auch der neuen, stärker individualisierbaren Formen, wie sie durch „intelligente“ Fernseher, Internet-TV, UMTS-Handys etc. möglich werden, wird insbesondere durch die wachsende Bedeutung der Kultur- und Medien-

Deutschland durch weitreichende kompetenzrechtliche Folgen erschwert wird, die sich auch in den Schwierigkeiten einer effizienten Kooperation der Landesmedienanstalten niederschlägt. Vgl. nur *Ladeur*, Zur Notwendigkeit einer flexiblen Abstimmung von Bundes- und Landeskompetenzen auf den Gebieten des Telekommunikations- und Rundfunkrechts, ZUM 1998, S. 261 ff.; *Schulz/Vesting*, Frequenzmanagement und förderale Abstimmungspflichten, 2000.

⁸ Vgl. nur *Hoffmann-Riem*, *Regulating Media*, 1996, S. 123, 144 f.

⁹ Der Begriff der Kette wird hier bewusst gewählt: Die Wertschöpfung erfolgt nicht netzwerkartig, sondern vertikal von gebündelten (Kino) zu zerstreuten (Internet) Vermarktungsformen.

¹⁰ Vgl. nur *Hoffmann-Riem*, *Regulierung der dualen Rundfunkordnung*, 2000, S. 82 f.

ökonomie herausgefordert werden. Alle diese Medien unterliegen letztlich den Zwängen der Ökonomie der Aufmerksamkeit¹¹, die eine „Ökonomie des Neuen“ ist.¹² Die Aufmerksamkeitsökonomie macht die vorübergehende Prominenz von Themen und Personen zur zentralen Form einer neuen „Währung“. Medienunternehmen – und insbesondere der werbefinanzierte private Rundfunk – sehen sich deshalb mit einer neuartigen kultur- und medienökonomischen Logik konfrontiert, deren Gesetzmäßigkeiten sie in ihrem Handeln antizipieren müssen, wenn sie mit ihren Programmen erfolgreich sein wollen. Dies führt z. B. dazu, dass die Risiken, die mit der Produktion neuer Fernsehfilme oder -serien verbunden sind, durch Bekanntheit und Reputation gebunden werden müssen. Bekanntheit lässt sich etwa durch die strategische Bearbeitung von Erwartungen erzielen, indem z. B. Wiedererkennungseffekte für die Zuschauer durch den Aufbau fester Genrestrukturen (Krimi, Drama, Komödie etc.) aufgebaut werden. Reputation kann dagegen in besonderen Aufmerksamkeitsaggregaten stabilisiert werden, z. B. durch den Einsatz von Superstars.

Diese Eigenlogik des Mediensystems, die Rundfunkveranstalter und Medienunternehmen durch ihr Handeln beständig reproduzieren, hat wiederum Rückwirkungen auf andere Kommunikationsnetzwerke, die dadurch beeinflusst werden und sich unter der „Macht der Medien“ selbst verändern. So führt z. B. die Präsenz von Stars in den Medien dazu, dass die Politik den Star-Mechanismus adaptiert, weil auch die Politik den Zwängen zur Erzeugung von Aufmerksamkeit, d.h. der Unterhaltungsfunktion der Medien unterworfen wird.¹³ Gerhard Schröder konkurriert heute eben nicht mehr nur mit Angela Merkel, sondern auch mit Boris Becker und Sabrina Setlur. Aber auch in den Organisationen der Wirtschaft entsteht jetzt ein zunehmendes Interesse daran, Stars zu haben, die in den Medien präsent sind (Ron Sommer, Gebrüder Haffa). Ja, unter der Bedingung eines laufenden Informationsüberschusses wird das personenorientierte Firmenmarketing für viele Unternehmen zu einem wirtschaftlich ausschlaggebenden Erfolgsfaktor, weil die Aufmerksamkeit für das Markenimage und die daran gebundenen Produkte und Dienstleistungen auch wirtschaftlich ausschlaggebend wird. Diese Entwicklung muss jedenfalls im Zusammenhang mit einem allgemeinen Bedeutungszuwachs von Werbung, Public Relations, Produktdesign und Imagepflege in der Wirtschaft gesehen werden, die damit Züge einer „Entertainment Economy“ annimmt.¹⁴ Ein Teil der Probleme, die diese wechselseitige Selbsterzeugung von Prominenz und Bekanntheit in Politik, Wirtschaft und Medien für zentrale Regelungen des RStV aufwerfen, lassen sich vor allem an der Auflösung der Trennung von Programm,

11 *Franck*, Ökonomie der Aufmerksamkeit, 1998; *Rötzer*, Aufmerksamkeit als Medium der Öffentlichkeit, in: *Maresch/Werber* (Hrsg.), Kommunikation, Medien, Macht, 1999, S. 35 ff.; *Schmidt*, Kalte Faszination: Medien, Kultur, Wissenschaft in der Mediengesellschaft, 2000, S. 234 ff.

12 Dazu *Groys*, Über das Neue, München 1992; vgl. auch *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Bd. 2, 1997, S. 997 ff., 1014 f.

13 Vgl. *Franck*, Ökonomie der Aufmerksamkeit, 1998, S. 179; *Guéhenno*, Das Ende der Demokratie, 1994, S. 52; *Sennett*, Verfall und Ende des öffentlichen Lebens, 1986, S. 324 ff., 329; in juristischer Perspektive vgl. auch *Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 13 ff., 15, 210 ff., 296 ff. m.w.N.

14 Vgl. *Wolf*, The Entertainment Economy 1999; vgl. auch *Franck*, Ökonomie der Aufmerksamkeit, 1998, S. 69, 71; *Luhmann*, Die Realität der Massenmedien, 1996, S. 96 ff.; *Schmidt*, Kalte Faszination: Medien, Kultur, Wissenschaft in der Mediengesellschaft, 2000, S. 132 ff.

Werbung und E-Commerce demonstrieren, auf die die Rundfunkgesetzgebung bislang ohne erkennbares strategisches Konzept reagiert.¹⁵

2.3 *Duales Rundfunksystem und dynamische Wettbewerbsordnung*

Mit dem Übergang zum dualen Rundfunksystem ist ein Element der Selbstorganisation in die Rundfunkordnung eingebaut worden, das sich vor allem in der Selbstdefinition der Programminhalte im privaten Rundfunk niederschlägt. Eine „Programmsteuerung“ durch eine extern konzipierte Rundfunkaufsicht kann unter dieser Bedingung aus normativen und faktischen Gründen nur noch in sehr abgeschwächter Weise funktionieren. Der RStV formuliert zwar neben den grenzziehenden Verboten im Bereich der Werbung und des Jugendschutzes eine Reihe von positiven Programmgrundsätzen (vgl. § 41 RStV). Die Landesmedienanstalten können das Programm der privaten Veranstalter aber doch allenfalls auf sehr grobe Verstöße hin kontrollieren. Und selbst bei solchen Verstößen sind Interventionen durch die Landesmedienanstalten dann schwierig, wenn das Programm von den Zuschauern gerne gesehen wird. Legitimation ist auch für Landesmedienanstalten ein knappes Gut.

Etwas abstrakter gesprochen, hat das duale Rundfunksystem eine Eigendynamik freigesetzt, die sich in der Vorstellung einer „positiven Ordnung“¹⁶ nicht mehr abbilden lässt. Die Annahme, dass vor allem durch Organisation und Verfahren ein an der Produktion von Vielfalt orientiertes Rundfunksystem auch den privaten Rundfunk mit einbeziehen könnte, ist mit einer dynamischen, auf Selbstorganisation und Selbstregulierung angelegten Wettbewerbsordnung nicht in Einklang zu bringen. Auf einer derartig politisch-rechtlichen Setzung der Gesamtvielfalt beharrt aber der RStV: Dessen Konzeption bzw. Ordnungsmodell – sofern man hier von „Modell“ oder „Konzeption“ sprechen kann¹⁷ – läuft letztlich darauf hinaus, dass der Gesetzgeber im Rahmen eines aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG abgeleiteten verfassungsrechtlichen „Gewährleistungsauftrags“ vorab die Spielregeln festlegt, innerhalb derer sich die Entwicklung der Rundfunkordnung einschließlich der Beziehung zwischen den beiden Säulen entfalten soll.¹⁸ Damit verstellt die staatszentrierte Konzeption des RStV aber auch den Blick auf die kultur- und medienökonomischen Zwänge und Folgen, die diese für die Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in einem „dualen Rundfunksystem“ haben.

Wenn eine Rundfunkordnung einmal auf Wettbewerb um Aufmerksamkeit umgestellt worden ist, muss sich auch das Verhalten der öffentlich-rechtlichen Anstalten verändern. Gerade wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch eine Gebühr finanziert wird, die jedem Rundfunkteilnehmer unabhängig von seinem konkreten Nutzungsverhalten auferlegt wird (vgl. § 12 Abs. 2 RStV), müssen auch die öffentlich-rechtlichen Veranstalter darauf bedacht sein, ihr Programm attraktiv zu gestalten und einen be-

15 *Ladeur*, Neue Werbeformen und der Grundsatz der Trennung von Werbung und Programm, ZUM 1999, S. 672 ff.

16 Siehe nur BVerfGE 57, 295 (320).

17 Zweifeln etwa *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 24, 30, 315 u.ö.

18 Dies kann hier nur thesenhaft angedeutet werden. Ausführlicher dazu *Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 115 ff.; vgl. auch *Ladeur*, Der „Funktionsauftrag“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – auf „Integration“ festgelegt oder selbst definiert?, M&K 48 (2000), S. 93 ff.

stimmten Gesamtmarktanteil nicht zu unterschreiten; ansonsten stellen sie ihre eigene Finanzierungsgrundlage in Frage. Dieser Druck hat in den letzten Jahren – besonders ausgeprägt im Bereich des Hörfunks – zu einer weiteren Diversifikation der Programmangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks geführt.¹⁹ Auch im Bereich des Fernsehens sind mit Phoenix und dem Kinderkanal neue Spartenprogramme auf den Markt gebracht worden, eine Entwicklung, die in Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur als mit dem Auftrag zur „Grundversorgung“ nicht zu vereinbarende „Programmexpansion“ qualifiziert worden ist.²⁰

Auf diese Vorwürfe reagiert die Diskussion über den „Funktionsauftrag“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.²¹ Diese Debatte hat einerseits gezeigt, dass ein nicht hinreichend spezifiziertes Recht zur Selbstdefinition des „Funktionsauftrags“ rasch in die Nähe einer Tautologie führen kann: Der Funktionsauftrag ist das, was der öffentlich-rechtliche Rundfunk als Funktion festlegt.²² Die Bedenken, die mit dieser Kritik formuliert werden, sind schon deshalb ernst zu nehmen, weil der öffentlich-rechtliche Rundfunk angesichts des quantitativen Wachstums von Informations- und Unterhaltungsangeboten und einer bislang nur sehr schwach ausgebildeten langfristigen Unternehmensstrategie²³ der Selbstgefährdung ausgesetzt ist, sich im Wettbewerb um Aufmerksamkeit zu stark auf „Strategien der Marktverstopfung“ einzulassen.²⁴ Andererseits kann die Konturierung der Grenzen der Programmautonomie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht einfach durch eine materielle, an kulturellen und politischen Zielen orientierte Limitierung in inhaltlicher oder quantitativer Hinsicht erfolgen, also letztlich durch eine Rückkehr zum „Integrationsrundfunk“.²⁵ Jedenfalls ist dieser Weg insofern wenig überzeugend, als er nach wie vor eine relativ stabile Grenze zwischen dem öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunk unterstellt und die grundlegenden wirtschaftlichen und kulturellen Veränderungen, denen auch der öffentlich-rechtliche Rundfunk innerhalb der insgesamt veränderten Kultur- und Medienlandschaft ausgesetzt ist, nicht verarbeitet.²⁶

19 *Holznagel/Vesting*, Sparten- und Zielgruppenprogramme im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, insbesondere Hörfunk, 1999, S. 11 ff., 29 ff.

20 Z. B. *Bleckmann*, Öffentlich-rechtliche Spartenprogramme als Bestandteil der Grundversorgung?, 1996; vgl. aber die Entscheidung der EU-Kommission vom 8.3.1999 (Sache Nr. IV/36.522).

21 *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 183 ff.; *Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999; *Holznagel/Vesting*, Sparten- und Zielgruppenprogramme im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, insbesondere Hörfunk, 1999; *Holznagel*, Der spezifische Funktionsauftrag des Zweiten Deutschen Fernsehens, 1999.

22 *Ladeur*, Der „Funktionsauftrag“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – auf „Integration“ festgelegt oder selbst definiert?, M&K 48 (2000), S. 93 ff., 97.

23 *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 280 ff.

24 *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 226.

25 So insbesondere *Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999.

26 Vgl. näher *Ladeur*, Der „Funktionsauftrag“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – auf „Integration“ festgelegt oder selbst definiert?, M&K 48 (2000), S. 93 ff.; *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 181 ff.; *Holznagel/Vesting*, Sparten- und Zielgruppenprogramme im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, insbesondere Hörfunk, 1999, S. 42 ff.

3. Zur Zukunft des dualen Rundfunksystems und des Rundfunkstaatsvertrages

3.1 Zur Notwendigkeit eines Neuansatzes im Rundfunkrecht und in der Rundfunkregulierung

Die Bestandsaufnahme des vorigen Abschnitts hat gezeigt, dass die informationstechnologischen und medienökonomischen Entwicklungen nicht nur zentrale Voraussetzungen einzelner Bestimmungen des RStV destabilisieren, sondern das veranstalterzentrierte Konzept des dualen Rundfunksystems insgesamt in Frage stellen.²⁷ Der geltende RStV ist noch zu sehr einer Konzeption verpflichtet, in deren Mittelpunkt stabile Organisationen und die mit ihnen verbundenen gesellschaftlich „relevanten Gruppen“ stehen, so wie für den Staat der Industriegesellschaft die politischen Parteien und sozialen Verbände im Zentrum einer von territorialen staatlichen Grenzen her definierten Gesellschaft standen. Und so wie die quantitative Expansion des Staates und der Staatsaufgaben in der Vergangenheit vielfach unter die Vorstellung einer „politischen Steuerung“ der Gesellschaft subsumiert worden sind, so bringt auch der RStV, als Teil dieser Entwicklung, die Vorstellung zum Ausdruck, die dauernde Selbstveränderung der Massenmedien und des Rundfunks könnte im Rahmen eines Staatsvertrages politisch „gesteuert“ und „verantwortet“ werden. Darin liegt das spezifisch deutsche kulturstaatliche Erbe des dualen Rundfunksystems²⁸, und dieses Erbe ist letztlich der Grund dafür, dass das duale Rundfunksystem auf die neuen, sehr viel flexibleren Strukturen der (wirtschaftlichen) Selbstorganisation in einer (post-)modernen Gesellschaft immer weniger passt. Mehr noch: Die Logik der Vernetzung treibt das Regulierungskonzept des RStV zunehmend in die Nähe einer idealistischen Setzung, die keinen Außenhalt in der Realität mehr findet.

Durch die Dynamik der informationstechnologischen und medienökonomischen Entwicklungen verliert auch die bisherige Rechtsprechung des BVerfG einen Großteil ihrer Orientierungskraft; dies gilt insbesondere für die Bewältigung der Probleme der Zukunft. Das hängt vor allem damit zusammen, dass das Rundfunkrecht von der Stimmigkeit seiner Realitätsannahmen auch normativ auf paradoxe Weise abhängig ist. Wie die Erfahrung lehrt, sind rechtsnormative Konstruktionen auf Dauer nur dann haltbar, wenn dabei kognitive Beschreibungen zugrunde gelegt werden, die sich an den Verhältnissen der Praxis orientieren. Schon weite Partien der Rechtsprechung zum dualen Rundfunksystem müssen in dieser Hinsicht als problematisch eingestuft werden. Jedenfalls wird die Vorstellung einer primär objektiv-rechtlich zu verstehenden Rundfunkfreiheit, die im Unterschied zu anderen (Medien-)Freiheiten des Grundgesetzes der (gesetzlichen) Umsetzung durch Organisation und Verfahren in einer „positiven Ordnung“ bedarf, angesichts der neueren informationstechnologischen und medienökonomischen Entwicklungen praktisch obsolet.²⁹ Deshalb kommt es gerade für die zukünft-

27 Dies betont seit langem auch *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 17 f.

28 Vgl. dazu *Breuer*, Der Staat, 1998, S. 192.

29 *Ladewig*, Guaranteeing the Programming Mandate of Public Broadcasters and Restraints on Private Broadcasters' Programmes in Multimedia Conditions, in: de Witte (Hrsg.), Public Service Broadcasting and European Law, im Erscheinen 2001; *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 17 f.

tige Diskussion darauf an, den Trend einer Flucht in abstrakte Glaubensbekenntnisse, der auch in der gesetzlichen Rundfunkregulierung weit verbreitet ist, umzukehren.

Aus dieser Entwertung des herkömmlichen Rundfunkrechts wird nun freilich vielfach der Schluss gezogen, dass die Rundfunkregulierung überhaupt zurückgenommen oder abgeschafft werden müsse. In dieser Perspektive soll sich die Rundfunkregulierung auf traditionelle Materien wie den straf- und zivilrechtlichen Schutz öffentlicher Güter beschränken, ergänzt durch eine allgemeine Wettbewerbskontrolle. Die Rundfunkaufsicht wäre danach eher in der ordnungsrechtlichen Tradition einer „Medienpolizei“ zu denken. Dies wird nicht selten auch mit einer kompetenzrechtlichen Komponente verknüpft, eine Sichtweise, in der vor allem der Bund und die Telekommunikationsregulierung einen erheblichen Bedeutungszuwachs erfahren.³⁰ Dieses Konzept stößt auch im politischen Raum von Zeit zu Zeit auf ein positives Echo, wenn etwa die Abschaffung der KEK und der spezifisch rundfunkrechtlichen Konzentrationskontrolle (vgl. §§ 26 ff. RStV) zugunsten ihrer Verlagerung auf das Bundeskartellamt bzw. die europäische Ebene gefordert werden.³¹ Dies ist jedoch eine ambivalente Forderung: Wird der spezifisch vielfaltssichernde (kulturelle) Ansatz der Rundfunkregulierung aufgegeben, hebt sich das Rundfunkrecht in seiner derzeitigen Form selbst auf; und zwar gerade in kompetenzrechtlicher Hinsicht. Wenn Rundfunkpolitiker der Länder selbst zu verstehen geben, dass sie den Rundfunk nicht länger als Kulturgut qualifizieren (und wie sonst soll man die Forderung einer Verlagerung der rundfunkspezifischen Konzentrationskontrolle auf die Bundes- bzw. EG-Ebene verstehen), dann wirft dies unweigerlich die Frage auf, auf welcher Grundlage die Länder denn überhaupt eine Kompetenz für die Rundfunkregulierung beanspruchen können.

Es kann also nicht darum gehen, den kulturellen Ausgangspunkt der Rundfunkregulierung aufzugeben, sondern darum, das alte publizistische Modell so umzuschreiben und umzubauen, dass es wieder an die Realität der Massenmedien und ihre Eigendynamik anschließen kann. Entgegen einer in Wissenschaft und Praxis verbreiteten Tendenz, die Zukunft des Rundfunkrechts lediglich in der Breite und dann auch nur entlang „brennender praktischer Probleme“ zu diskutieren, wird es dabei entscheidend darauf ankommen, ein theoretisch haltbares rundfunkrechtliches Ordnungsmodell zu entwerfen, das an die Stelle des alten Modells des Integrationsrundfunks treten könnte. Auch das BVerfG hat in den sechziger und siebziger Jahren des gerade vergangenen letzten Jahrhunderts auf gesellschaftliche und politische Umwälzungen mit einem Ordnungsmodell, dem Integrationsrundfunk, und nicht lediglich mit strukturloser Abwägungskasustik geantwortet. Nur wenn es gelingt, ein solches Ordnungsmodell zu entwickeln, können künftige rundfunkpolitische Weichenstellungen wie etwa die Frage nach der rechtlichen Einordnung der neuen Internet-Dienste beobachtet und Fehlentwicklungen ggf. aus rechtlicher Perspektive korrigiert werden. Damit soll hier natürlich nicht bestritten werden, dass es eine Fülle von praktischen Einzelproblemen z. B. im Bereich der Werberegulierung gibt, die auch auf „praktischer“ Ebene gelöst werden müssen. Es soll aber bestritten werden, dass haltbare normative Lösungen auch dieser Einzelprobleme ohne eine theoretisch stimmige Konzeption sinnvoll im Rechtssystem diskutiert werden können (die Politik wird anders darüber denken!).

30 Z. B. *Mestmäcker/Bullinger*, Multimediendienste, 1997.

31 Vgl. SZ v. 21.9.2000, S. 24; *Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK)*, Fortschreitende Medienkonzentration im Zeichen der Konvergenz, 2000.

3.2 Normative Grundelemente eines neuen rundfunkrechtlichen Ordnungsmodells

3.2.1 Ausgangsüberlegung

Ein solches Ordnungsmodell kann mit der Überlegung starten, dass der Rundfunk auch in Zukunft einen Beitrag zur Sicherung einer reichen Vielfalt von kulturellen Themen und Ideen in den unterschiedlichen Kommunikationsnetzwerken einer (post-)modernen Gesellschaft leisten sollte. Mit der Wahl dieses Ausgangspunktes soll insbesondere akzentuiert werden, dass der Zugang zu einem neuen rundfunkrechtlichen Ordnungsmodell über eine Perspektive der Erhaltung gesellschaftlicher und vor allem wirtschaftlicher Innovationsfähigkeit gesucht werden muss, nicht aber – jedenfalls nicht primär – über eine staatszentrierte Vorstellung von „Meinungsbildung“ oder über Begriffe wie „Zugangsgerechtigkeit“ oder „Chancengleichheit“. Während die staatszentrierten Vorstellung öffentlicher Meinungsbildung letztlich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde liegt, werden Vorstellungen wie „Zugangsgerechtigkeit“ oder „Chancengleichheit“ auf einer eher allgemeinen Ebene z. B. sehr stark bei J. Rifkin akzentuiert. Im Rundfunkrecht stehen diese Vorstellungen insbesondere im Mittelpunkt der Diskussion um das digitale Pay-TV und die Regeln der §§ 52, 53 RStV.³²

3.2.2 Das öffentliche Interesse

Auf rechts- und verfassungstheoretischer Ebene kann ein solches Konzept unterstellen, dass es ein öffentliches Interesse an der Sicherung kultureller Vielfalt gibt. Gerade in einer „globalen Welt“ kann auf die Erhaltung kulturellen Reichtums im Sinne eines Varietät und Diversität erhaltenden „Ideenpools“, zu dem auch eine Vielfalt der (nationalen) Traditionen, Gewohnheiten, Sprachen, Weltbilder und Werte gehört, nicht verzichtet werden. So wie biologische Diversität eine Voraussetzung für die Evolution lebender Systeme bzw. Organismen ist, so bildet kulturelle Vielfalt eine Voraussetzung für die Sicherung der laufenden Selbsterneuerung einer (post-)modernen Gesellschaft sowohl auf globaler als auch auf regional-staatlicher Ebene. So schimmernd der Begriff der Kultur aus sozialwissenschaftlicher Sicht auch sein mag³³; es dürfte in rechts- und verfassungstheoretischer Perspektive unstrittig sein, dass die Erhaltung der Innovationsfähigkeit der Kultur einen positiven Beitrag zur Erhaltung der Flexibilität und Selbsterneuerungsfähigkeit der (post-)modernen Gesellschaft leistet. Die Haltbarkeit dieser Ausgangsüberlegung lässt sich auch deshalb schwerlich in Frage stellen, weil die Erhaltung der Innovationsfähigkeit der Kultur für die Innovationsfähigkeit der Wirtschaft mehr und mehr von ausschlaggebender Bedeutung ist. In der „knowledge-economy“ ist Kapital immer weniger in Land, Fabriken, Maschinen und Werkzeugen akkumuliert und immer mehr in Information und Wissen. Letzteres schließt praktisches Wissen ein, und zu diesem praktischen Wissen gehört immer auch ein Unterbestand gemeinsamer informeller Konventionen, Normen und Werte, also das, was Ökonomen,

32 Vgl. allg. Rifkin, Access, 2000; siehe aber auch ders., Access, 2000, S. 20; für die Medien z. B. Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 1998.

33 Vgl. Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, Bd. 1, S. 586 ff., 588 („Bis heute ist keine klare Abgrenzung des damit gemeinten Phänomenbereichs gelungen“).

Soziologen und Politologen heute als „Sozialkapital“ beschreiben.³⁴ Sozialkapital hat wiederum große Auswirkungen auf die Fähigkeit zur Selbstverständigung und zu autonomer Assoziationsbildung, also auch auf ein entsprechendes Klima des gegenseitigen Vertrauens, das z. B. für den Aufbau von nicht-familienbasierten Großunternehmen unentbehrlich ist.³⁵ Infolgedessen besteht gerade aus wirtschaftlicher Sicht ein nachhaltiges öffentliches Interesse an der Erhaltung der Intelligenz und Flexibilität dieses Sozialkapitals.³⁶

In einer (post-)modernen Konfiguration, d.h. in einer Gesellschaft ohne Zentrum und ohne Spitze, können Begriffe wie „Sozialkapital“, „gemeinsames Wissen“ und „Kultur“ freilich nicht mehr im Sinne einer historisch gewachsenen Tradition und vorgegebenen Kulturgesamtheit verwendet werden. Kultur ermöglicht weder eine übergreifende stabile Sinnstiftung, wie es z. B. in bestimmten Phasen des letzten Jahrhunderts der Nationsbegriff vermocht hatte, noch kann Kultur Lebensformen und Gewohnheiten in konsensualen oder „integrierten“ Formen von „Diskurs“ oder „Öffentlichkeit“ fest schreiben. Kultur muss unter den Bedingungen einer (post-)modernen Gesellschaft eher als eine Art zerstreutes und flexibles Gedächtnis verstanden werden, als Filter des Erinnerns und Vergessens³⁷, durch den man, je nach Lage und Situation, Vergangenheit in Anspruch nehmen und den Variationsrahmen der Zukunft bestimmen kann. Das bedeutet, dass Kultur im Laufe der Entwicklung der modernen Gesellschaft selbst dispers und kontingent geworden ist. Kultur ist heute von Situationen und Ereignissen abhängig³⁸, sie unterliegt einer dauernden Selbstveränderung. Dabei ist für unseren Zusammenhang entscheidend, dass die Massenmedien an dieser dauernden Selbstveränderung der Kultur in hohem Maße beteiligt sind; gerade weil die Massenmedien Traditionen und Gewohnheiten nicht mehr nur wiedergeben, sondern durch die laufende Produktion und Präsentation von Themen kulturelle Stile und Moden erzeugen. Wenn man diesen Gedanken etwas anders akzentuiert, kann man daher sagen, dass die Massenmedien jene Welt- und Gesellschaftsbeschreibungen produzieren, an denen sich die Kommunikationsnetzwerke der (post-)modernen Gesellschaft innerhalb und außerhalb der Massenmedien orientieren und, wie oben gezeigt, selbst auf diese einwirken und sie dadurch verändern.³⁹ Deshalb besteht ein öffentliches Interesse daran, dass diese Selbstveränderung der Medien und des Rundfunks nicht in Selbstblockaden und unproduktiven Entwicklungspfaden anderer Kommunikationsnetzwerke endet.

34 Vgl. nur *Becker*, Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, 2nd ed. 1975; *Coleman*, Social Capital in the Creation of Human Capital, *American Journal of Sociology* 94 (1988), S. 95 ff.; *Putnam*, Bowling Alone, *Journal of Democracy* 6 (1995), S. 65 ff.; *Fukuyama*, Der große Aufbruch, 2000, S. 31 ff.

35 Vgl. allgemein *Fukuyama*, Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity, 1996.

36 Dazu aus rechtswissenschaftlicher Perspektive *Ladeur*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben und die Notwendigkeit der Entwicklung eines neuen Informationsverwaltungsrechts, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 225 ff., 250; *ders.*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000.

37 Angelehnt an *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, Bd. 1, S. 588.

38 Vgl. *Baecker*, Wozu Kultur?, 2000, S. 22 f.

39 Vgl. auch *Luhmann*, Die Realität der Massenmedien, 1996, S. 174.

3.2.3 Verfassungsrechtliche Verankerung

Durch diese Entwicklung werden die Massenmedien selbst zu einem zentralen Organ der Selbstbeschreibung der Kommunikationsnetzwerke einer (post-)modernen Gesellschaft. Sie leisten einen nicht unerheblichen Beitrag zur Konstruktion ihrer kulturellen Deutungsmuster, der Art und Weise, wie diese sich selbst sieht, aber auch wie Organisationen und Individuen sich und ihr Handeln selbst verstehen. Diese Ausdifferenzierung der Massenmedien zu einem eigenständigen Kommunikationszusammenhang und ihr Bedeutungszuwachs für das gesamte gesellschaftliche Leben rechtfertigen die Verschiebung des verfassungsrechtlichen Ansatzpunktes von Politik auf Kultur⁴⁰ bzw. auf die Erhaltung kultureller und wirtschaftlicher Innovationsfähigkeit. Deshalb lässt sich die Erhaltung reicher thematischer Vielfalt im Rundfunk und insbesondere im Fernsehen normativ-dogmatisch als objektiv-rechtliche Komponente in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verankern, auch wenn die Rechtsprechung des BVerfG, die noch stark in einem staatszentrierten rundfunkrechtlichen Modell verhaftet ist, diese Umstellung erst in Ansätzen nachvollzogen hat.⁴¹

3.3 Folgen für die Rundfunkregulierung

3.3.1 Zur Temporalisierung und Prozeduralisierung der Rundfunkregulierung

Auf die beständige Selbstveränderung der Gesellschaft und ihrer unterschiedlichen Kommunikationsnetzwerke, der Kultur, der Massenmedien und des Rundfunks, muss die Rundfunkregulierung mit einer stärkeren Temporalisierung und Prozeduralisierung ihrer rechtlichen und institutionellen Arrangements antworten. Der RStV versucht, die materiellen Vorgaben des BVerfG mit Hilfe von stabilen Zweckprogrammen und einer allenfalls leicht modifizierten Vollzugsverwaltung zu realisieren; er basiert letztlich auf der Vorstellung, dass die Rundfunkregulierung auch in einer dynamischen Wettbewerbsordnung gewissermaßen von oben „Ziele“ festlegen könnte, die durch geeignete verwaltungsrechtliche Mittel lediglich durchgesetzt werden müssen. Dagegen muss es künftig darum gehen, das Rundfunkrecht von der veranstalterbezogenen Zulassung abzulösen, also die Fixierung des Rundfunkrechts auf die behördliche Entscheidung aufzugeben, und sich stärker auf den zeitlichen Fluss der sich von Moment zu Moment vollziehenden – und dabei Strukturen benutzenden oder Strukturen verändernden – Selbstreproduktion des Rundfunks und der Medienwirtschaft einzulassen. An diesen (unendlichen) Fluss der Zeit wäre eine prozedurale Strategie der laufenden Fremd- und Selbstbeobachtung des Rundfunks und der Medienwirtschaft anzukoppeln, die eher auf nachbarschaftlich koordinierende und kooperierende Beziehungen zwischen Verwaltung und Privaten setzen müsste als auf den bürokratischen Stil einer „Vollzugsverwaltung“.

Gegenüber der herkömmlichen Rundfunkregulierung wäre, anders formuliert, eine Strategie zu favorisieren, die die „Ziele“ der Rundfunkregulierung in Form von „Meta-

40 Vesting, *Prozedurales Rundfunkrecht*, 1997, S. 214 ff.

41 BVerfGE 97, 228 (257, 259) – Kurzberichterstattung, allerdings nur auf der Ebene der Beschreibung des öffentlichen Interesses als „Rechtfertigung“ für „Eingriffe“ in Art. 12 Abs. 1 GG; BVerfGE 101, 361 (389 f.) – Caroline v. Monaco; *BVerfG*, 1 BvR 2623/95 vom 24.1.2001, Absatz-Nr. 75, 77, 78, 95, <http://www.bverfg.de>.

Regeln“ auf einer Ebene zweiter Ordnung reformuliert. Dazu müssen die normativen Ziele, die die Gesetzgebung realisieren will, anders als z. B. durch unmittelbare gesetzliche Zwecksetzungen implementiert werden. Die Rundfunkregulierung müsste sich stärker darauf einlassen, dass Massenmedien eine zirkuläre Dauertätigkeit der „Erzeugung und Bearbeitung von Irritation“ einrichten und diese in eine unbekannte Zukunft hinein verlängern.⁴² Das bedeutet, dass die Massenmedien in der Wahl der Formen und Themen durch die Bedingungen und Restriktionen der Kultur- und Medienökonomie bestimmt werden, während das Recht die Welt- und Gesellschaftsbeschreibungen, die als Effekte der dauernden Produktion von neuen Informationen in den Massenmedien entstehen, nur sehr mittelbar, durch die Setzung von rechtlichen Anreizen, „steuern“ kann. Die Rundfunkregulierung muss infolgedessen auf die praktischen Anschlusszwänge und Anschlussmöglichkeiten der Rundfunkproduktion reagieren und versuchen, die Selbstorganisation und Selbstregulierung dieser Prozesse positiv im Sinne der Vielfaltssicherung zu beeinflussen.

3.3.2 Die Kultur- und Medienökonomie als Ansatzpunkt

Vor diesem Hintergrund muss der Ansatzpunkt für die künftige Rundfunkregulierung in den spezifischen Bedingungen und Restriktionen gesehen werden, die mit der neuen Kultur- und Medienökonomie einher gehen. Die Rundfunkveranstalter (und insbesondere der private Rundfunk) werden in den Massenmedien mit einer neuen Ökonomie der Aufmerksamkeit konfrontiert. Diese produziert eine Logik der fluktuierenden Bekanntheit von Themen und Prominenz, die, anders als das Recht, schnell, flüchtig und rasch vergänglich ist. Daher folgt die Aufmerksamkeitsökonomie nur noch sehr eingeschränkt einer vorhersehbaren wirtschaftlichen oder kulturellen Rationalität. Infolgedessen produziert die Ökonomie der Aufmerksamkeit einerseits – in ähnlicher Weise wie die Finanzmärkte – eine Fülle von Unwägbarkeiten und Schwankungen wie z. B. den Flop, mit denen Medienunternehmen umzugehen lernen müssen. Andererseits können Rundfunkveranstalter unter dieser Bedingung nur dann Aufmerksamkeit erzeugen, wenn sie Neues produzieren, von dem erwartet werden kann, dass es bei den Zuschauern ankommt. Die Ökonomie der Aufmerksamkeit produziert also ganz spezifische Bedingungen und Restriktionen, auf die Radio- und Fernsehprogramme reagieren müssen, wenn sie erfolgreich sein wollen. Insoweit lassen informationsökonomische Märkte durchaus bestimmte Muster und Gesetzmäßigkeiten erkennen, an die die Rundfunkregulierung auch künftig anschließen kann.

Diese Bedingungen und Restriktionen sind in jüngster Zeit vor allem im Zusammenhang mit der Bedeutungszunahme der Informations- und Netzwerkökonomie beschrieben worden.⁴³ Diese Diskussion hat gezeigt, dass die Besonderheiten von Informationsgütern damit zusammen hängen, dass Information als Wirtschaftsgut nichts

42 Luhmann, Die Realität der Massenmedien, 1996, S. 174.

43 Vgl. allg. Shapiro/Varian, Information Rules, 1998, S. 173 ff.; Hutter, The Commercialisation of the Internet, in: Engel/Keller (Hrsg.), Understanding the Impact of Global Networks on Local, Social, Political and Cultural Values, 2000, S. 75 ff.; Ladeur, Die vertikale Integration von Film-, Fernseh- und Videowirtschaft als Herausforderung der Medienregulierung, RuF 46 (1998), S. 5 ff.; Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 124 ff.; Vesting, Zur Zukunft und Konstruktion des Medien- und Telekommunikationsrechts in den hybriden Beziehungsnetzwerken der „Informationsgesellschaft“, im Erscheinen 2001.

Festes und Fertiges ist, sondern an Aktualität und Neuigkeit gebunden bleibt. Information hängt vom Stand vorgängiger Informiertheit ab, sie vergeht im Moment ihres Entstehens; Information ist also an Zeitpunkte gebunden, ja sie ist nichts anderes als „eine rekursive Funktion der Zeit“. ⁴⁴ Daraus resultieren ganz bestimmte Produkteigenschaften wie vor allem hohe Fixkosten, unendlich fallende Durchschnittskosten und exponentielle Wertsteigerung durch Netzwerkeffekte. ⁴⁵ Informationsgüter produzieren deshalb ganz besondere wirtschaftliche Risiken, vor allem das Produktionsrisiko des Neuen – der neue Film, neue Formate, neue Shows –, das die in diesen Märkten tätigen Unternehmen in Grenzen halten müssen. Auch der neue Audi A4 wird zunächst mit Spannung erwartet, aber sein Design und seine technischen Daten sind bekannt, wenn er auf einer Motorshow präsentiert worden ist. Dagegen kann der neue Film zwar angekündigt werden, aber er muss unbekannt bleiben, sonst büßt er seinen Neuigkeitswert und damit sein wirtschaftliches Verwertungspotenzial ein. Fernsehunternehmen müssen, anders gesagt, die Paradoxie bewältigen, Neues wie z. B. eine neue Show anzubieten, die, obwohl sie neu ist, die vertrauten Erwartungen der Zuschauer nicht allzu sehr enttäuscht. Das zwingt Fernsehveranstalter dazu, zu der Zeit, zu der sie mit den meisten Zuschauern rechnen können („Primetime“), auch und gerade mit einem neuen (unbekannten) Programm ein möglichst großes Publikum erreichen zu müssen. Ansonsten ist das Programm, insbesondere wenn es hohe Investitionen in Produktion oder Rechte erfordert hat, ein wirtschaftlicher Fehlschlag. Deshalb sind gerade Sportprogramme und Premium-Spielfilme so interessant: Diese Formate verbinden auf perfekte Weise das im einzelnen Unbekannte mit einem bekannten hohen Interesse an dem Genre. ⁴⁶

Attraktoren wie Genrebildung, Stars, Wiedererkennungseffekte etc. funktionieren auch im Fernsehen relativ gut. Die Steigerung von Zuschauerzahlen durch den Einsatz von Mitteln der Aufmerksamkeitsansprache wird jedoch in der Regel mit dem Preis der Exklusivität bezahlt, die bei der nächsten Produktion zu einer Reduktion von Möglichkeiten führt. Darin ist eine Bewegung der Selbstabschließung der Märkte bis hin zur Monopolbildung angelegt: Ist ein Star einmal erfolgreich, kann sein Markenzeichen nicht so schnell durch beliebig neue Stars ersetzt werden. Für Harrison Ford oder Thomas Gottschalk lässt sich nicht so schnell ein Ersatz finden. Genau so verhält es sich im Fußball: Ein Superklub wie Bayern München konkurriert im Wettbewerb um Aufmerksamkeit nicht mit Klubs aus der zweiten Liga, sondern allenfalls mit dem nächsten Spiel, das Bayern gegen einen anderen Verein bestreitet. Abstrakter gesprochen entstehen durch selbst erzeugte Exklusivität temporäre Monopole von geringerer oder längerer Dauer. Diese Dynamik ist der Grund für die unglaublich hohen Gagen, die Superstars heute im Film- und Fernsehgeschäft erzielen („Starpower“) ⁴⁷, und diese selbst erzeugte Exklusivität ist auch der Hintergrund für die enormen Preissteigerungen bei attraktiven Programmelementen im Fernsehen (Sportrechte, Premium-Spielfilme, Top-Fernsehfilme etc.). Obwohl sich die Ausstrahlung teurer Programme oftmals gar nicht mehr durch Werbung oder Gebühren refinanzieren lässt, sind solche Programm-

44 Franck, *Ökonomie der Aufmerksamkeit*, 1998, S. 68.

45 Hutter, *Ökonomische Eigenheiten des E-Commerce*, AfP 2000, S. 30 ff.

46 Ladeur, *Rundfunkaufsicht im Multimedia-Zeitalter zwischen Ordnungsrecht und regulierter Selbstregulierung*, K&R 2000, S. 171 ff., 179.

47 Zu den juristischen Konsequenzen vgl. nur Goldberg, *The Net Profits Puzzle*, Columbia Law Review 1997, S. 524 ff.

elemente für die Bindung an das Programm oder die Dachmarke doch unerlässlich. Dies gilt umso mehr, als die Alternativen beschränkt sind.

3.4 Skizze zur Umstellung der Rundfunkregulierung

3.4.1 Grundvorstellung

Wenn sich der Trend einer Ablösung des herkömmlichen Programmfernsehens durch die Vermarktung eines Bündels von Programmelementen in komplexeren Verwertungsketten fortsetzen sollte („Multimedia“), dann wäre zu überlegen, ob die Regulierung nicht künftig, anstatt am einzelnen Veranstalter bzw. Programm anzusetzen, an die Dachmarke anknüpfen sollte. Das bedeutet, dass die Veranstalterzentrierung sowohl auf der Ebene der Zulassung als auch auf der Ebene der (Kabel-)Weiterverbreitung zugunsten einer weit gehenden Liberalisierung des Rundfunkrechts aufgegeben werden sollte. Stattdessen müsste sich die Rundfunkregulierung auf eine strategische Schwerpunktsetzung konzentrieren, die u.a. laufendes Qualitätsmanagement, vielfaltssteigernde Umlenkung von Monopolrenten und eine bessere Strukturierung technologischer Innovationsprozesse umfassen müsste. Auf weitere Aspekte, wie z. B. den damit verbundenen Umbau der institutionellen Strukturen der Rundfunkaufsicht, soll hier nicht näher eingegangen werden.

3.4.2 Vom Veranstalter zur Dachmarke

Der Zwang zum Aufbau von Marken wird unter der Bedingung einer stärkeren Vielfalt von Verwertungsmöglichkeiten (Free-TV, Pay-TV, Online, Handys etc.) zweifellos zunehmen. Die enorme Preissteigerung von Top-Events (Fußball, Formel 1, Top-Spielfilme) muss von den Unternehmen durch dementsprechende Einsparungen im sonstigen Programm kompensiert werden. Schon dieser Zwang zur Mischkalkulation spricht dagegen, dass sich Fernsehprogramme in einem strukturlosen Raum von Möglichkeiten auflösen könnten, wie dies z. B. in Bullingers Formel vom „elektronischen Versandhandel“⁴⁸ nahe gelegt wird („Kioskmodell“). Deshalb besteht die Möglichkeit, dass die Rundfunkregulierung künftig an die Präsenz von Dachmarken in den unterschiedlichen Verbreitungsmedien anknüpft.⁴⁹

Diese Verschiebung vom Veranstalter zur Dachmarke (mit dem Kerngeschäft Rundfunk) könnte zunächst mit einer weit gehenden Liberalisierung der Regulierung nach dem Vorbild des MDStV verbunden werden (insbesondere im Bereich Werbung/Unterhaltung). Für Dachmarken mit größeren Marktanteilen (deren Errechnung auf unterschiedliche Weise erfolgen könnte) wäre jedoch ein Schwellenwert etwa nach dem Vorbild von § 26 Abs. 5 RStV festzulegen. Bei Erreichen dieses Schwellenwerts müsste

48 Bullinger, Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste, AfP 1996, S. 1 ff., 4 f.

49 Vgl. dazu auch die Überlegungen bei Ladeur, Der „Funktionsauftrag“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – auf „Integration“ festgelegt oder selbst definiert?, M&K 48 (2000), S. 93 ff., 101 ff.; ders., Guaranteeing the Programming Mandate of Public Broadcasters and Restraints on Private Broadcasters' Programmes in Multimedia Conditions, in: de Witte (Hrsg.), Public Service Broadcasting and European Law, im Erscheinen 2001.

eine spezifische Rundfunkregulierung greifen. Diese Umstellung des Rundfunkrechts auf eine flexiblere Markenregulierung hätte einmal den Vorteil, weiterhin an das Gesamtangebot von Veranstaltergruppen anknüpfen zu können. Dies würde es u. a. ermöglichen, selbst bei einer weiteren Ausdifferenzierung der Angebotskomponenten in Sparten- und Zielgruppenprogramme Vielfaltsanforderungen an die Dachmarke formulieren zu können, z. B. im Hinblick auf die Anteile von (werbefreien) Informationsprogrammen, die dann im Rundfunk oder auch Online vertrieben werden müssen. Ein solcher Ansatz könnte außerdem dazu beitragen, die Abgrenzungsprobleme zwischen Rundfunk- und Telekommunikationsdiensten zu vereinfachen (vgl. oben). Die ergänzende Vermarktung im Grenzbereich zwischen Rundfunk und Telekommunikation würde dann allenfalls noch Anrechnungsprobleme für die Ermittlung des Schwellenwerts mit sich bringen.

3.4.3 *Vom Zulassungsvorbehalt zum laufenden Qualitätsmanagement*

Soweit der Zulassungsvorbehalt der §§ 20 ff. RStV in einem solchen Modell an Bedeutung verliert, könnte er durch neue Formen eines laufenden Qualitätsmanagements ersetzt werden. Überschreitet eine Dachmarke den rundfunkspezifischen Schwellenwert, könnte eine Verpflichtung für Medienunternehmen greifen, ein eigenes, unternehmensinternes Verfahren der Entwicklung von Standards und Konventionen etwa im Hinblick auf die Einhaltung des werberechtlichen Trennungsgebots in neuen Programmformaten zu entwickeln. Diese Anforderung könnte sich natürlich auch auf die Einhaltung des Pornografieverbots und die Begrenzung von Gewaltdarstellungen, den Jugendschutz oder ganz generell auf Fragen der Programmqualität erstrecken. Während solche Fragen heute vielfach auf Geschmacksfragen und damit auf nicht entscheidbare Fragen reduziert werden, hat die Medienpraxis durchaus einen klaren Sinn für Differenzen entwickelt, wie sie sich z. B. in Preisunterschieden von A- und B-Filmen artikulieren oder in der Einrichtung von eigenen Bewertungssystemen in Form von Preisverleihungen. Die Rundfunkregulierung müsste viel stärker an diese Praxisformen und die dort geltenden Maßstäbe und Konventionen anschließen. Entscheidend wäre der Aufbau von Formen der Selbstregulierung, aus der praktisch handhabbare Regeln und Konventionen entstehen, die dann durch die Aufsicht nachträglich auf ihre Einhaltung überprüft werden. Abstrakter gesagt muss eine stärker auf Kooperation eingestellte öffentliche Aufsicht Formen der professionellen Selbstbeobachtung von Unternehmen anregen, um deren Kapazitäten zur Selbstorganisation und Selbstregulierung zu steigern. Sie muss also versuchen, die Erzeugung von Ordnung und Ordnungsmustern anzustoßen. Das wird in Zukunft auch deshalb wichtiger werden, weil durch das Internet auch professionelle journalistische Qualitätsmaßstäbe unter Druck geraten werden.⁵⁰

50 Ladeur, Rechtliche Möglichkeiten der Qualitätssicherung im Journalismus, Publizistik 45 (2000), S. 442 ff.; Jarren, Medienregulierung in der Informationsgesellschaft, Publizistik 44 (1999), S. 149 ff.

3.4.4 *Von der Konzentrationskontrolle zur vielfaltssteigernden Umlenkung von Monopolrenten*

Auch bei der rundfunkrechtlichen Konzentrationskontrolle müssten die Akzente der Regulierung künftig anders gesetzt werden. Diese sollte nicht vorherrschende Meinungsmacht über die Begrenzung von Marktanteilen zu verhindern suchen (vgl. § 26 Abs. 2 RStV). Stattdessen wäre die Aufmerksamkeit auf die Probleme der temporären Monopole und die Monopolrenten, die dadurch erwirtschaftet werden, zu lenken. So ist es durchaus eine herkömmliche wirtschaftliche Modelle und Theorien sprengende Entwicklung, dass für ganz bestimmte Sportrechte heute Milliarden gezahlt werden oder dass das Jahreseinkommen von wenigen Spitzensportlern zweistellige Millionenbeträge überschreitet. Hier zeichnen sich vielmehr extreme Ungleichgewichte ab, die es so in der Vergangenheit nicht gab und die ein Eingreifen im öffentlichen Interesse durchaus rechtfertigen können. So ließe sich z. B. überlegen, den Preisauftrieb bei solchen Rechten durch Risikoabgaben oder besondere Formen der Steuer abzukappen, die (private) Veranstalter zurückbekommen, wenn sie diese Gelder in innovative Formate oder in den Aufbau unabhängiger Produktionsstrukturen investieren.

Dies könnte auch institutionell zu einer neuen Arbeitsteilung von Rundfunk- und Wettbewerbsrecht führen. Das Offenhalten von Märkten und der Schutz der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs könnte durch die herkömmliche Wettbewerbsaufsicht gewährleistet werden. Die Landesmedienanstalten sollten sich dagegen mit den spezifischen kultur- und medienökonomischen Folgen und Zwängen der Aufmerksamkeitsökonomie beschäftigen. Daran wäre durchaus auch eine neue Rollenverteilung von nationaler und europäischer Wettbewerbsaufsicht anschließbar. Dabei sollte gerade das europäische Wettbewerbsrecht mehr Flexibilität für „gemischte“ Medienordnungen entwickeln, anstatt über eine rigide Handhabung des europäischen Wettbewerbsrechts und der Beihilfevorschriften mehr Probleme zu erzeugen als die Institutionen der EG selbst zu lösen vermögen.⁵¹

3.4.5 *Strukturierung technischer Standardsetzung*

Die Beobachtung von Prozessen der Selbstorganisation und Selbstregulierung sollte ferner den Ausgangspunkt einer rechtlichen Regulierungsstrategie bei der Erweiterung der Rundfunkregulierung vom Veranstalter auf die Zugangsebene bilden. Diese Erweiterung ist seit dem 4. RÄndStV für Anbieter von Diensten mit Zugangsberechtigung in §§ 52, 53 RStV – zu Recht – vorgenommen worden. In diesem Zusammenhang käme es aber darauf an, die heute weitgehend informell ablaufenden Verfahren der Standardsetzung mit Hilfe einer prozeduralen Regulierung besser auf die Erhaltung von Innovationsfähigkeit einzustellen. Der Gesetzgeber hat dagegen mit der neuen Vorschrift des § 53 RStV gleichzeitig zu wenig und zu viel Flexibilität in die Zugangsregulierung eingebaut. Einerseits setzt er bestimmte Standards selbst fest (§ 53 Abs. 1 RStV). Andererseits räumt er den Landesmedienanstalten relativ pauschal eine umfassende Satzungsbefugnis zur Gewährleistung nicht-diskriminierender Bedingungen in technischer Hin-

51 *Ladeur*, Die Kooperation von europäischem Kartellrecht und mitgliedstaatlichem Rundfunkrecht, WuW 2000, S. 965 ff., 968; *Vesting*, The Impact of European Competition Law on New Programme and Service Strategies of Public Broadcasters, in: de Witte (Hrsg.), Public Service Broadcasting and European Law, im Erscheinen 2001.

sicht ein, ohne die Probleme der Selbstgefährdung der Landesmedienanstalten durch ihre relativ leichte Instrumentalisierbarkeit für Standortinteressen hinreichend zu berücksichtigen.

3.4.6 *Selbst- und Fremdevaluation der Markenbildung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk*

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk muss auch unter der Bedingung komplexerer Verwertungsketten (Pay-TV, Free-TV, Online-Dienste, Handy etc.) eine eigene Dachmarke entwickeln können. In einer sich schnell verändernden Medienlandschaft, d.h. unter Wettbewerbsbedingungen und einer offensichtlich weiter voranschreitenden Fragmentierung des Angebots, muss der öffentlich-rechtliche Rundfunk sein Angebot im Wesentlichen selbst finden und definieren können; ansonsten kann der Zugang zu größeren Publika nicht dauerhaft gesichert werden.⁵² Deshalb kann der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht auf einen stabilen „Funktionsauftrag“ und bestimmte tradierte Programmsegmente wie z. B. ausschließlich auf Vollprogramme festgelegt werden. Für die Festlegung des Programms, der dazu notwendigen Dienstleistungen sowie der Formen der Eigenwerbung, die sich grundsätzlich auch auf andere Verbreitungsmedien als den Rundfunk erstrecken können müssen, sind daher in erster Linie die Anstalten und das in ihnen verankerte professionelle Wissen in den Redaktionen verantwortlich („Programmautonomie“).

Freilich muss man auch sehen, dass das gruppenpluralistische Integrationsmodell, über das in der Vergangenheit insbesondere mit der Anstaltsverfassung eine Rückkopplung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks an die Gesellschaft gewährleistet werden sollte, stark an Orientierungs- und Leistungsfähigkeit eingebüßt hat. Was an dessen Stelle treten könnte, ist sicher nicht einfach zu bestimmen. Dieser Orientierungs- und Funktionsverlust müsste vom Gesetzgeber jedoch erst einmal stärker zur Kenntnis genommen werden. Damit soll hier nicht für eine gesetzliche Präzisierung der Festlegung von Zahl und Art der Programme nach dem Vorbild des SWR-StV plädiert werden⁵³, aber die Rundfunkregulierung müsste selbst einen produktiven Beitrag zum Aufbau einer eigenen Programmstrategie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks leisten. So wäre z. B. zu überlegen, ob die im öffentlich-rechtlichen Rundfunk vorhandenen Ansätze zum Aufbau eines eigenen Qualitätsmanagements nicht durch Impulse der Gesetzgebung systematischer vorangetrieben werden können. Eine Veränderung des Verhältnisses von Gesetzgebung und anstaltlicher Selbstverwaltung erscheint auch deshalb notwendig zu sein, weil die kultur- und medienökonomische Entwicklung die öffentlich-rechtlichen Anstalten einer Dynamik der Ausweitung ihrer Tätigkeitsfelder aussetzt, die nur schwer begrenzt ist; man denke nur an die wachsende Bedeutung der Eigenwerbung durch Online-Dienste, Merchandising, Event-Marketing, Media-Parks usw. Hier muss künftig ein Modell entwickelt werden, das dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk einerseits eine Entwicklungsperspektive unter Multimedia-Bedingungen sichert, das aber ander-

52 Näher *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 201 ff.; *Ladewig*, Der „Funktionsauftrag“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – auf „Integration“ festgelegt oder selbst definiert?, M&K 48 (2000), S. 93 ff.; *Holznagel/Vesting*, Sparten- und Zielgruppenprogramme im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, insbesondere Hörfunk, 1999, S. 62 ff.

53 Kritisch dazu *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 202 ff.; *Eifert*, Die Zuordnung der Säulen des dualen Rundfunksystems, ZUM 1999, S. 595 ff., 601.

rerseits auch einer unstrukturierten Expansion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in sämtliche Felder der Aufmerksamkeitsökonomie entgegnen.

4. Schlussbetrachtung

Der Beitrag hat einige der Herausforderungen dargestellt, denen das Rundfunkrecht durch neue informationstechnologische und medienökonomische Entwicklungen ausgesetzt ist. Diese Herausforderungen sind in der hier eingenommenen Perspektive einer neuartigen Logik der Vernetzung geschuldet, die die Möglichkeit einer Fortschreibung des dualen Rundfunksystems jedenfalls auf lange Sicht unwahrscheinlich macht. Die Antwort auf die neuartige Logik der Vernetzung kann jedoch nicht in der Umstellung auf eine unreflektierte Marktgläubigkeit bestehen, sondern muss die Rechtswissenschaft dazu veranlassen, nach einem neuen Ordnungsmodell Ausschau zu halten. Ein solches Modell könnte an (systemtheoretische) Vorstellungen von sozialer „Selbstorganisation“ anknüpfen; jedenfalls hätte es ein Modell zu sein, das die Schwächen der staatszentrierten Vorstellung des Bundesverfassungsgerichts überwindet und sich stärker auf die Notwendigkeit und Möglichkeiten der Erhaltung kultureller und ökonomischer Innovationsfähigkeit einlässt, einschließlich der dazugehörigen Voraussetzungen. Von einem solchem Ordnungsmodell kann auch die Rundfunkregulierung profitieren, insbesondere die Gesetzgebung. Auch wenn der Gesetzgeber nicht alle hier gemachten Vorschläge akzeptiert oder akzeptieren kann (weit gehende Liberalisierung des Rundfunkrechts, Übergang zu einem kooperativen, an Dachmarken orientierten Qualitätsmanagement), so wäre es doch auch für die Rundfunkpolitik an der Zeit, die „Konzeption“ des dualen Rundfunksystems einmal grundsätzlicher zu überdenken. Ob es dafür – unter den gegebenen politischen Bedingungen – in der Zukunft Realisierungschancen gibt, ist, wie alle Zukunft, ungewiss. Die politische Realisierung wissenschaftlicher Vorschläge liegt jedenfalls außerhalb des Einflussbereichs der Wissenschaft.