

Konvergenz der Medien – Konvergenz des Rechts?

von

Jörg Gundel/Peter W. Heermann/Stefan Leible
(Hrsg.)

JWV

Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft 2009

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	9
<i>Jürgen E. Müller</i>	
Mediale Recyclings und Re-Mediationen im digitalen Zeitalter – zur Auflösung des „Werk“-Begriffs	19
<i>Hubertus Gersdorf</i>	
Auswirkungen der Medienkonvergenz auf den Rundfunkbegriff und die Medienregulierung	31
<i>Karl-Nikolaus Peifer</i>	
Presserecht im Internet – Drei Thesen und eine Frage zur Ein- ordnung, Privilegierung und Haftung der „elektronischen Presse“ .	47
<i>Jörg P. Soehring</i>	
Presse und Internet – Einige Anmerkungen zum Referat von Karl- Nikolaus Peifer	61
<i>Peter M. Huber</i>	
Konvergenz der Medien und Konkurrenz um Übertragungswege: Der Streit um die „digitale Dividende“	67
<i>Christoph Degenhart</i>	
Konvergenz der Medien und neue Informationsangebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter: Hilft der Public- Value-Test?	81
<i>Norbert Wimmer</i>	
Konvergenz der Medien und neue Informationsangebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter: Hilft der Public- Value-Test?	97

Thomas Dreier

Urhebervertragsrechtliche Grenzen der Verwertung geschützter
Werke im Internet 107

Eva-Irina Freifrau von Gamm

Fehlende urheberrechtliche Nutzungsberechtigung trotz – oder
wegen – Konvergenz? Praktische Auswirkungen der urheberrecht-
lichen Einordnung von Online-Diensten 127

Knut Werner Lange

Crossmediale Zusammenschlusskontrolle 135

K. Peter Mailänder

Crossmediale Zusammenschlusskontrolle – Kommentar zum Re-
ferat von Knut Werner Lange 151

Thomas Summerer

Die Vergabe medialer Rechte an der Bundesliga – Differenzierung
nach Übertragungswegen? 159

Rainer Koch

Die Verwertung von Amateurfußballspielen im Internet 173

Ansgar Ohly

Die Verwertung von Amateurfußballspielen im Internet – Kommentar 195

Michael Müller/Julia Striezel

Podiumsdiskussion zum Thema „ Die Rahmenbedingungen für
den dualen Rundfunk im multimedialen Zeitalter – Kann alles
bleiben, wie es ist?“ 207

Autoren und Herausgeber 211

Stichwortverzeichnis 215

Konvergenz der Medien und Konkurrenz um Übertragungswege: Der Streit um die „digitale Dividende“

PETER M. HUBER

I.	Einleitung	67
II.	Konvergenz der Medien und das Konfliktpotential der „digitalen Dividende“	68
III.	Tatsächliche Grundlagen	69
	1. Zum Umfang der „digitalen Dividende“	69
	2. Nachteile für Rundfunk und Rundfunkveranstalter	70
	3. Knappheitsprobleme: politische, wirtschaftliche und soziale Aspekte	72
IV.	Rechtliche Maßstäbe	74
	1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	74
	2. Unionsrechtliche Vorgaben und Europäisierung des Telekommunikationsrechts	77
	3. Einfach-gesetzlicher Rahmen	78
V.	Fazit	80

I. Einleitung

Grundlage für die „digitale Dividende“ ist die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers – für die anderen Mitgliedstaaten der EU gilt mutatis mutandis das Gleiche¹ – das analoge Fernsehen bis 2010 außer Betrieb zu nehmen und die entsprechenden Frequenzzuweisungen zu widerrufen. Für den analogen Rundfunk soll dies bis 2015 geschehen (§ 63 Abs. 5 TKG). Dementsprechend ermächtigt § 19a RStV i.d.F. des 12. RfÄndStV² die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und

¹Mitteilung der Kommission über die Beschleunigung des Übergangs vom analogen zum digitalen Rundfunk, KOM (2005), 204 endg., 10.

²Bayern: GVBl. 2009, 502.

das Deutschlandradio, die analoge terrestrische Versorgung zu angemessenen Bedingungen schrittweise einzustellen, um Zug um Zug den Ausbau und die Zuweisung digitaler terrestrischer Übertragungskapazitäten zu ermöglichen. Die analoge terrestrische Fernsehversorgung kann auch dann eingestellt werden, wenn der Empfang der Programme über einen anderen Übertragungsweg gewährleistet ist.

Auch wenn der Begriff der „digitalen Dividende“ bislang keine allzu klaren Konturen aufweist,³ so kann man vor diesem Hintergrund mit der Europäischen Kommission doch jene Frequenzen darunter verstehen, „die in einem vollständig digitalen Umfeld nach Deckung des Frequenzbedarfs der bestehenden Rundfunkdienste einschließlich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen *zusätzlich verfügbar*⁴ sind.“⁵

Durch die Umstellung auf die Digitaltechnik werden Frequenzen frei, die in den „besten Frequenzbändern zwischen 200 MHz und 1 GHz“⁶ liegen und deshalb besonders attraktiv sind. Es kann daher nicht verwundern, dass Streit um die Nutzung der frei werdenden Frequenzen entbrannt ist.

II. Konvergenz der Medien und das Konfliktpotential der „digitalen Dividende“

Ein erster Interessengegensatz ergibt sich daraus, dass die frei werdenden Frequenzen sowohl für Zwecke der Telekommunikation als auch für solche des Rundfunks genutzt werden können, wobei die Unterscheidung angesichts der fortschreitenden Konvergenz der Medien zunehmend problematisch wird. Zutreffend formuliert *Victor Janik* insoweit:

„Durch die zusätzliche, meist komplementäre Nutzung weiterer Übertragungsoptionen entstehen neue Möglichkeiten und Formen der Wertschöpfung. So werden Programminhalte in Zukunft nicht mehr nur auf den herkömmlichen Übertragungswegen ... Satellit, Kabel und Terrestrik verbreitet werden, sondern zunehmend auch über alternative Übertragungswege wie DSL-Verbindungen (z. B. für IP-TV), Mobilfunknetze sowie über DVB-H oder DMB-Frequenzen.“⁷

³ *Zagouras*, CR 2006, 819 (819).

⁴ Hervorheb. d. Verf.

⁵ Mitteilung der Kommission „Ausschöpfung der digitalen Dividende in Europa: ein gemeinsames Konzept für die Nutzung der durch die Digitalisierung frei werdenden Frequenzen“, KOM (2007), 700 endg., 3.

⁶ KOM (2007), 700 endg., 4.

⁷ *Janik*, in: Schiwy/Schütz/Dörr (Hrsg.), Medienrecht, 4. Aufl., 2006, 94 – Eintrag zu Digitalisierung.

Die zweite Konfliktlinie wird dadurch markiert, dass Verleger und Telekommunikationsunternehmen ins Rundfunkgeschäft drängen, namentlich die Deutsche Telekom AG.⁸ Im April 2006 wollte sie sich erstmals mit einer Fondsgesellschaft, der T-Online Venture Fund GmbH & Co. KG, an einer Rundfunkveranstalterin, der Deluxe Television GmbH, beteiligen.⁹ Ebenfalls im Jahre 2006 hat sie gemeinsam mit der Premiere Fernsehen GmbH & Co. KG das IP-TV-Format „Bundesliga auf Premiere powered by T-Com“ entwickelt und verbreitet auf der Grundlage der für die Spielzeiten 2006/07 bis 2008/09 erworbenen Bundesligarechte für IP-TV-Übertragungen die von Premiere produzierten Fußballübertragungen und –berichterstattungen über ihre Plattform T-Home.¹⁰

Schließlich, und das ist der dritte Interessengegensatz, befürchten die Rundfunkveranstalter von einer Liberalisierung der Frequenznutzung in und längs Leitern einen geringeren Schutz des Rundfunks vor Störungen und damit auch der Empfangsqualität.¹¹

III. Tatsächliche Grundlagen

1. Zum Umfang der „digitalen Dividende“

Derzeit nutzt der Rundfunk im VHF-Band den Bereich zwischen 174 und 230 MHz und im UHF-Band das Spektrum zwischen 470 und 862 MHz. Auf letzteres bezogen will der – bislang nicht verabschiedete – Entwurf einer Zweiten Verordnung zur Änderung der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung (2. FreqBZPÄndV) die Frequenzbereiche 470-790 MHz und 790-862 MHz veränderten Anforderungen unterwerfen. Die „digitale Dividende“ dürfte dabei größer ausfallen als die Frequenzkapazität, die der-

⁸Zum Problem der Staatsferne bei der Deutschen Telekom *Huber*, Die Staatsfreiheit des Rundfunks – Erosion und Neujustierung, in: FS für Bethge, 2009, S. 497 (499 f.).

⁹Die Beteiligung scheiterte letztlich daran, dass die KEK die Staatsfreiheit des Rundfunks beeinträchtigt sah, KEK, Beschluss vom 11.04.2006 – KEK 319 und KEK 321.

¹⁰Ob die Deutsche Telekom AG dafür eine eigene Zulassung benötigt, ist umstritten. Die Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten (DLM) hat dies verneint und Premiere als die eigentliche Rundfunkveranstalterin angesehen. Dagegen hat die KEK mit Beschluss vom 7. November 2006 Zweifel an der Veranstalter Eigenschaft von Premiere geäußert, weil diese nicht über die erforderlichen Programmrechte verfügt, sondern auf der Basis einer Sublizenz der Deutschen Telekom tätig wird (KEK 348, 350, 359). Auch wird das Programm nicht von Premiere angeboten; vielmehr vermittelt diese lediglich den Abschluss von „T-Home“-Verträgen mit der Deutschen Telekom AG, KEK 348, 350, 359, KEK, 10. Jahresbericht 2006/2007, S. 303 f.).

¹¹Media Broadcast, Schreiben an das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vom 03.09.2008; Stellungnahme an das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Referat VI A 7, vom 14.02.2008 zum Entwurf der SchuTSEV.

zeit für GSM-Mobilfunksysteme verfügbar ist.¹² Bei der Verwendung von HDTV¹³ wird sie allerdings entsprechend kleiner sein.

a) Frequenzbereich 470 - 790 MHz

Der Frequenzbereich 470-790 MHz soll in Zukunft für die Bereitstellung von Internetanschlüssen insbesondere im ländlichen Raum mitgenutzt werden. Deshalb soll auch die NB [Nutzungsbestimmung] D296 gestrichen werden, die aktuell lautet: „Die Nutzung des Frequenzbereichs 470-790 MHz durch den mobilen Landfunkdienst ist auf Anwendungen im Zusammenhang mit Rundfunk beschränkt.“ Allerdings sollen diese Nutzungen keinerlei Schutz gegenüber dem Rundfunkdienst genießen und dürfen auch keine schädlichen Störungen des Rundfunkdienstes verursachen (NB 28).

b) Frequenzbereich 790-862 MHz

Für den Frequenzbereich 790-862 MHz geht der Entwurf der Rechtsverordnung davon aus, dass die Nutzung durch den Rundfunkdienst ausläuft, während der Umstellung auf die digitale Übertragungstechnik aber noch benötigt wird. Das lässt anderweitige Nutzungen nur in sehr begrenztem Umfang zu. Zudem bedarf jede Nutzung außerhalb des Frequenzbereichs 814-838 der Abstimmung mit dem Bundesministerium der Verteidigung.

2. Nachteile für Rundfunk und Rundfunkveranstalter

a) (Befürchtete) Störungen

Bis Ende 2008 waren nach Schätzungen der Gesellschaft für Unterhaltungs- und Kommunikationselektronik (gfu) und der Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) ca. 16 Millionen DVB-T-Empfänger im deutschen Markt. Diese haben nach Darstellung der Rundfunkveranstalter keinerlei Schutzmechanismen gegen neuartige Inband-Störungen durch Funksysteme für die Bereitstellung von Internetanschlüssen. Ein Schutz des DVB-T-Empfängers vor solchen Interferenzstörungen, beispielsweise durch Einbau entsprechender Filter in die DVB-T-Empfänger, sei praktisch unmöglich, da die Anwendungen im gesamten UHF-Bereich liegen können.¹⁴ Im Einzelnen führt Media Broadcast in ihrer Stellungnahme zu den im o. a. Entwurf der Rechtsverordnung vorgesehenen Änderungen aus:

¹²KOM (2007), 700 endg., 4.

¹³Hochauflösendes Fernsehen.

¹⁴Media Broadcast, Schreiben an das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vom 03.09.2008.

„Wie erste Untersuchungen zeigen, ist bereits heute mit erheblichen Störungen zumindest in dem Fall zu rechnen, dass teilnehmerseitige Sender wie z. B. Mobiltelefone oder Wi-Max-Terminals in der Nähe von DVB-T Empfangseinrichtungen aktiviert werden. Darüber hinaus wurde festgestellt, dass in einigen Störungsszenarien durch die zeitliche Struktur der Signale systembedingt deutlich höhere Störwirkungen auftreten, als nach Feldstärkebetrachtungen erwartet wurde. Alle in den oben genannten Untersuchungen genutzten DVB-T-Empfänger waren dabei bezüglich ihrer Empfangseigenschaften absolut konform mit den aktuellen Standards und haben die dort gesetzten Mindestanforderungen teilweise sogar deutlich übererfüllt. Auf Basis der aktuellen Erkenntnisse ist mit verstärkten Interferenzstörungen zu rechnen, wenn die vorgeschlagene NB 28 angewendet wird.

Durch die vorgeschlagene Änderung der NB 28 und der NB D296 werden die Entwicklungsmöglichkeiten des Rundfunks z. B. beim weiteren Ausbau der Sendernetze für bereits bestehende Versorgungsbedarfe oder zur Realisierung neuer bzw. qualitativ oder quantitativ geänderter Versorgungsbedarfe mit sehr großer Wahrscheinlichkeit erheblich eingeschränkt. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass auch Funkssysteme für die Bereitstellung von Internetanschlüssen ihrerseits einen Schutz vor Interferenzstörungen durch Rundfunksender benötigen. Die in NB 28 gemachte Erklärung: *Diese Nutzungen genießen keinerlei Schutz gegenüber dem Rundfunkdienst und dürfen keine schädlichen Störungen des Rundfunks verursachen*, ist angesichts der oben dargestellten ungeklärten Störungsproblematik auf Basis der gegenwärtigen Erkenntnisse nicht realistisch. Die vordringliche Lösung der bisher ungeklärten Interferenzprobleme ist daher im Interesse aller potentiellen Anwendungen.“¹⁵

Aus der ungeklärten Störungsproblematik hat die Medienwirtschaft die Forderung abgeleitet, auf eine Verwendung des UHF-Bandes für Telekommunikationsdienste in Deutschland im Interesse von bestehenden und künftigen Rundfunknutzungen, Verbraucherinteressen und getätigten Investitionen vorerst gänzlich zu verzichten, die „digitale Dividende“ m.a.W. gar nicht in Anspruch zu nehmen.

¹⁵Media Broadcast, Schreiben an BMWi vom 03.09.2008.

b) *Weitere Nachteile bei Auslaufen der Rundfunknutzung im Frequenzbereich 790-862 MHz bzw. 814-838 MHz*

Das geplante Auslaufen der Rundfunknutzung vor allem im Frequenzbereich 814-838 MHz stößt auch deshalb auf Einwände der Rundfunkveranstalter, weil bisher zulässige Nutzungen für die nicht öffentliche, ortsfeste Übertragung innerhalb eines Grundstücks ohne Übergangsfrist verlagert werden müssten. Auch die bislang für DVB-T Sender in Frankfurt am Main, München, Nürnberg, am Wendelstein und in Berlin verwendeten Kanäle 64, 65 und 66 müssten verlagert werden. Das hat nachteilige Auswirkungen für Sender und Zuschauer, weil es Umbauten erforderlich macht und die Kosten erhöht. In einigen grenznahen Regionen Deutschlands gäbe es nach dem derzeitigen Stand dann bis zum Ende des Schutzes analoger Dienste in den Nachbarstaaten in den nächsten Jahren keine oder nur extrem eingeschränkte Möglichkeiten für die Implementierung privater Multiplexe.¹⁶

3. Knappheitsprobleme: politische, wirtschaftliche und soziale Aspekte

a) *Allgemeines*

Die Nutzung der „digitalen Dividende“ wird das Knappheitsproblem bei den Frequenzen freilich nicht lösen. Obwohl die Digitaltechnik einen sehr hohen Datenfluss ermöglicht, steigt die Nachfrage nach Frequenzen schneller als das Angebot. Zudem kollidieren die Nutzungsinteressen.

Für die Bundesregierung ist vor allem die Verbesserung der Breitbandversorgung des ländlichen Raumes ein wichtiges sozialpolitisches Anliegen, geht sie insoweit doch von einer Unterversorgung von 10% aus.

Die Europäische Kommission verfolgt hingegen einen technologie- und diensteneutralen Ansatz. Das bedeutet, dass die Nutzung einer bestimmten Technologie weder vorgeschrieben noch diskriminiert werden sollte. Der Ansatz hindert die Mitgliedstaaten aber nicht daran, im Interesse einer effizienteren Frequenznutzung angemessene Schritte zur Förderung spezifischer Technologien für die Übertragung digitaler Programmsignale zu unternehmen.¹⁷ Vor diesem Hintergrund betont die Kommission, dass die Vorteile der „digitalen Dividende“ nur dann „umfassend genutzt werden [können], wenn das Hauptaugenmerk unvoreingenommen auf die Er-

¹⁶Media Broadcast, Schreiben an BMWi vom 03.09.2008

¹⁷Siehe KOM (2005) 204 endg., 6, unter Hinweis auf Erwägungsgrund 18 der Rahmenrichtlinie, RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EU Nr. L 108 vom 24.4.2002, S. 33.

mittlung der wertvollsten Arten der Frequenznutzung gelegt wird.“¹⁸ Die vielversprechendsten Nutzungsmöglichkeiten sieht sie pauschal im Bereich der „elektronischen Kommunikationsdienste“, was die drahtlose Breitbandkommunikation ebenso erfasst wie zusätzliche terrestrische Rundfunkdienste (unter Einschluss von Tele- und Mediendiensten) oder multimediale Mobilfunkdienste.¹⁹

b) Rundfunk vs. Individualkommunikation

Probleme bereitet vor allem die Verflechtung von Rundfunk- und Individualkommunikation bei der Nutzung der Frequenzen. Sie ist auch geeignet, eine Ausschöpfung der „digitalen Dividende“ zu verhindern:

- In tatsächlicher Hinsicht sind die in Betracht kommenden Frequenzen als „relativ schmale Bänder über viele Frequenzbereiche verteilt und zudem mit digitalen Rundfunkkanälen durchsetzt“.²⁰
- In rechtlicher Hinsicht erweist sich der Vorrang von Rundfunk, Tele- und Mediendiensten bei der Verteilung knapper Frequenzen als problematisch, weil dieser Vorrang auch dann besteht, wenn innovative Dienste auf dasselbe Frequenzspektrum angewiesen sind. Das gilt etwa für das sog. Handy-TV, das die Übertragung von Rundfunksignalen auf Mobiltelefone ermöglicht.²¹
- Hinzu kommt, dass die Bedarfsanmeldepraxis der Länder mitunter Züge eines Hortens auf Vorrat trägt. Die Bundesnetzagentur bemängelt insoweit deren Neigung, „die relevanten Ressourcen für den Rundfunk einzufordern und damit ihre Nutzung für moderne Dienste zu verhindern, was unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten im Widerspruch zu einer optimierten Nutzung des bestehenden Frequenzpotentials“ steht.²²

Nicht zum Rundfunk rechnen dabei Technologien wie UMTS oder BWA. Sie können zwar grundsätzlich auch für die Übertragung von Rundfunk eingesetzt werden. Wegen der Möglichkeit der individuellen Adressierung gehen sie aber über die für Rundfunkdienste konstitutive Adressierung der Inhalte an die Allgemeinheit hinaus. Das hat manche zu dem resignativen Fazit bewogen, dass für Techniken wie UMTS de facto kaum etwas vom „Kuchen der digitalen Dividende“ übrig bleiben dürfte.²³

¹⁸KOM (2007), 700 endg., 3.

¹⁹KOM (2007) 700 endg., 5 f.

²⁰KOM (2007), 700 endg., 4.

²¹Zagouras, CR 2006, 819 (820).

²²Zagouras, CR 2006, 819 (824) unter Hinweis auf BNetzA, Eckpunktepapier.

²³Zagouras, CR 2006, 819 (824 f.).

IV. Rechtliche Maßstäbe

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

a) Von der „dienenden Funktion“ des Telekommunikationsrechts zum frequenzrechtlichen Gebot der Rücksichtnahme

Zu den (vermeintlichen) Gewissheiten der Rundfunk- und Telekommunikationsordnung in Deutschland gehört die These von der dienenden Funktion des Telekommunikations- gegenüber dem Rundfunkrecht. Auf dieser Grundlage hat das Bundesverfassungsgericht die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Fernmeldewesen bzw. die Telekommunikation (Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG) von Anfang an restriktiv verstanden und auf „sendetechnische Angelegenheiten“ beschränkt.²⁴

Diese Zuordnung von Telekommunikations- und Medienrecht, die ihre Grundlage in der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung findet, trägt modernen Anforderungen freilich kaum mehr Rechnung. Sie lässt es insbesondere nicht zu, die Konvergenz der Medien und Kommunikationsplattformen angemessen zu erfassen und zu regulieren,²⁵ und steht der Entwicklung eines problemadäquaten Medienrechts im Wege. Zu Recht stellt *Georgios Zagouras* vor diesem Hintergrund fest:

„Da die Konvergenz der Medien und Kommunikationsplattformen vor der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes nicht Halt macht, erweist sich die Zuständigkeitsverteilung in eine Bundeskompetenz für technische Regulierung und eine Länderzuständigkeit für die Inhalte als eine der größten verfassungsrechtlichen Herausforderungen der Informationsgesellschaft. Speziell im Hinblick auf die Frequenzplanung ist mitunter die Rede vom ‚Spannungsgebiet‘ des kooperativen Föderalismus.“²⁶

Hinzu kommt, dass sich Medien- und Telekommunikationsrecht seit den 1980er Jahren in ganz unterschiedliche Richtungen entwickelt haben. Während das Bundesverfassungsgericht im Medienrecht seine – den 1970er Jahren verhafteten – Vorstellungen von einer dualen Rundfunkordnung kontinuierlich präzisierete und mit Blick auf den „Public Service“- Gedanken immer weiter ausziseliert hat,²⁷ war die Entwicklung des Telekommunikationsrechts vor allem durch die Privatisierung der Bundespost und

²⁴BVerfGE 12, 205 (237).

²⁵Siehe etwa *v. Herget*, Rundfunk und Grundgesetz. Die Auswirkungen der Digitalisierung elektronischer Massenmedien auf den Rundfunkbegriff und die Folgen für die Rundfunkhoheit und Rundfunkordnung in Deutschland und Europa, 2005.

²⁶*Zagouras*, CR 2006, 819 (820 f.).

²⁷Zuletzt BVerfGE 119, 181 (181 ff.) – 9. Rundfunkurteil (Rundfunkgebühren).

die anschließende Liberalisierung der Märkte gekennzeichnet. Selbst seine Entlassung aus der Regulierung wird diskutiert. Damit unterscheiden sich nicht nur die Regulierungsziele, sondern auch Maßstäbe und Instrumente.

Haben sich die Medien- und Telekommunikationswelt in ihren tatsächlichen, d. h. technischen Voraussetzungen aber seit den Zeiten des 1. Rundfunkurteils (1961) grundlegend gewandelt, kann die – interpretatorisch gewonnene – These von der ausschließlich dienenden Funktion des Fernmelde- und Telekommunikationsrechts und, als Teil davon, des Frequenzregulierungsrechtes, nicht mehr (uneingeschränkt) aufrecht erhalten werden.²⁸ Überzeugend führen *Wolfgang Hoffmann-Riem* und *Dirk Wiedekind* insoweit aus:

„Das Verhältnis von Telekommunikation und Rundfunk kann ... nicht mehr nur im Wege einer einseitigen Abhängigkeit beschrieben werden. Eine durch immer neue Innovationen geprägte, sich dynamisch entwickelnde Infrastrukturtechnologie kann nicht einer bestimmten Nutzungsart (wie dem Rundfunk) in dem Sinne untergeordnet sein, dass sie lediglich eine Transportleistung zur Verfügung zu stellen habe. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass die technische Innovation zu neuen Übertragungsformen und neuen Nutzungsmöglichkeiten führt und das Netz damit zunehmend auch Leistungen für andere Nutzer bereitstellen kann, die ihrerseits Grundrechtsschutz für sich beanspruchen (Art. 5, 12, 2 GG)“.²⁹

Gefordert ist also ein schonender Ausgleich – praktische Konkordanz – zwischen kollidierenden Interessen grundrechtlicher Provenienz, den herzustellen Aufgabe des Gesetzgebers ist – auf Bundes- wie auf Landesebene. Den norminternen Direktiven³⁰ von Art. 5, 12 und 2 GG ist sowohl beim Vollzug des TKG als auch des Landesmedienrechts Rechnung zu tragen.

Damit tritt an die Stelle der strikt „dienenden Funktion“ des Fernmelde-, Telekommunikations- und Frequenzverwaltungsrecht ein – flexibleres, aber auch schwächeres – „Gebot der Rücksichtnahme der Technikgestaltung auf die Folgen der Medienentwicklung“.³¹ Dieses frequenzrechtliche „Gebot der Rücksichtnahme“ schließt es aus, bei der Entscheidung über die Nutzung neuer oder zusätzlicher Übertragungswege, -kapazitäten und Frequenzen etwa im Bereich von Handy-TV oder IP-TV die Ausstrahlungswirkung der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG unberücksichtigt zu lassen.

²⁸ v. *Hergel*, a.a.O.; *Hoffmann-Riem/Wiedekind*, in: FS f. Hoppe, 2000, S. 745 (756); *Zagouras*, CR 2006, 819 (820 f.).

²⁹ *Hoffmann-Riem/Wiedekind*, in: FS f. Hoppe, 2000, S. 745 (756).

³⁰ Zum Begriff *Huber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1997, S. 116 ff.

³¹ *Zagouras*, CR 2006, 819 (820).

b) *Vorgaben für die Verteilung*

Eine Entziehung vom Rundfunk benötigter Frequenzspektren zur Ausschöpfung der „digitalen Dividende“ und ihre ausschließliche Überlassung für Telekommunikationsdienste wie UMTS oder Wi-Max kommen vor diesem Hintergrund nicht in Betracht.³²

Die von der BNetzA kritisch beobachtete Neigung der Länder, Frequenzen zu horten und eine Ausschöpfung der digitalen Dividende damit zu verhindern, widerspricht allerdings dem Art. 87f GG zu entnehmendem Gebot einer ressourcenschonenden Frequenzverwaltung.³³ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Erweiterung der Übertragungswege für die Programmveranstalter zu einer Vergrößerung der Reichweite beiträgt und damit mittelbar auch ihre Werbeeinnahmen erhöht. Gleichzeitig wächst durch die steigende Zahl (möglicher)³⁴ Rundfunkveranstalter der sog. publizistische Wettbewerb um die Aufmerksamkeit der Zuschauer.³⁵ Der öffentlich-rechtliche Rundfunk partizipiert auf der Grundlage der ihm zuerkannten Bestands- und Entwicklungsgarantie³⁶ im Rahmen des RStV (§ 11 f.) zudem an der Weiterentwicklung der Übertragungstechniken. Auch die Internetversorgung kommt dem Rundfunk zugute.

c) *Exkurs: „Digitale Dividende“ und Rundfunkgebühren*

Eine besondere Querverbindung reicht von der „digitalen Dividende“ bis ins Recht der Rundfunkgebühren. Der Gesetzgeber des Rundfunkgebührenstaatsvertrages war 2005 unter anderem deshalb von der von der KEF vorgeschlagenen Erhöhung der Rundfunkgebühren um 21 ct abgewichen, weil diese das mit der Digitalisierung verbundene Einsparpotential (noch) nicht berücksichtigt hatte. Dazu war er nicht nur berechtigt, sondern im Hinblick auf den Eingriffscharakter der Gebührenentscheidung zu Lasten der Rezipienten auch verpflichtet:³⁷

„Der Grundsatz bedarfsgerechter Finanzierung wird . . . [daher] nicht in Frage gestellt, wenn es sich bei einer Abweichung von der Bedarfsfeststellung der KEF um die Korrektur eines offensichtlichen Fehlers . . . handelt oder wenn sich seit dem Gebührevorschlag die der Bedarfsberechnung zugrunde gelegten

³² Gounalakis/Zagouras, Medienkonzentrationsrecht, 2008, § 4, S. 14.

³³ Holznel, MMR 2008, 207 (209).

³⁴ Zu den konzentrationsrechtlichen Beschränkungen siehe § 26 RStV sowie pars pro toto KEK, Elfter Jahresbericht 1. Juli 2007 bis 30. Juni 2008, 2008, S. 6 ff.

³⁵ Janik, in: Schiwy/Schütz/Dörr (Hrsg.), Medienrecht, 4. Aufl. 2006, S. 94 – Eintrag zu Digitalisierung.

³⁶ BVerfGE 90, 60 (91) unter Hinweis auf BVerfGE 73, 118 (158); 74, 297 (324 f.); 83, 238 (298); Huber, in: Festschrift f. Hans-Heinrich Vogel, 2008, S. 171 (173).

³⁷ Huber, in: Festschrift f. Hans-Heinrich Vogel, S. 171 (185 ff.).

Verhältnisse wesentlich verändert haben und die Abweichung diesem Befund Rechnung trägt.“³⁸

Allerdings greifen die prozeduralen Sicherungen der Rundfunkfreiheit auch hier, so dass den Rundfunkveranstaltern und der KEF vor einer Abweichung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist. Zudem trifft den Staatsvertragsgeber eine Darlegungslast:

„Für eine Abweichung vom Gebührenvorschlag der KEF müssen nachprüfbare Gründe angegeben werden (...). ... Der Gesetzgeber hat die seine Abweichung rechtfertigenden Tatsachennahmen nachvollziehbar zu benennen und seine daran geknüpfte Bewertung offen zu legen. ... Beansprucht der Gesetzgeber, auch die fachliche Bedarfsfeststellung als solche zu korrigieren (...), muss die Begründung nachvollziehbar machen, dass die Gebührenentscheidung auch nach dieser Korrektur auf einer fachlich abgesicherten und transparenten Bedarfseinschätzung gründet.“³⁹

Daran hat es im konkreten Fall auch mit Blick auf die finanziellen Auswirkungen der „digitalen Dividende“ auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gefehlt.

2. Unionsrechtliche Vorgaben und Europäisierung des Telekommunikationsrechts

Die unionsrechtlichen Grundlagen für den Umgang mit der „digitalen Dividende“ sind gering. Auf der Grundlage der Binnenmarktcompetenz des Art. 95 EG hat die EU die Rahmenrichtlinie 2002/21/EG über die elektronische Kommunikation⁴⁰ erlassen und die RL 2007/65/EG über audiovisuelle Medien.⁴¹ Sie stecken den geltenden Rechtsrahmen auch für die

³⁸BVerfGE 119, 181 (228 f.) – 9. Rundfunkurteil.

³⁹BVerfGE 119, 181 (228 f.) – 9. Rundfunkurteil.

⁴⁰Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EU Nr. L 108 vom 24.4.2002, S. 33.

⁴¹Richtlinie 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität über audiovisuelle Medien, ABl. EU Nr. L 332 vom 18.12.2007; siehe ferner Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, KOM (2009), 185 endg.

Frequenzverwaltung und -verteilung ab, enthalten angesichts des bereits angesprochenen Grundsatzes der Technologieneutralität jedoch keine spezifischen Vorgaben für die Ausschöpfung der „digitalen Dividende“.

Vor diesem Hintergrund bemüht sich die Europäische Kommission um einen neuen – zentralistischeren – Ansatz in der Frequenzverwaltung. Die Marktteilnehmer sollen dadurch bessere Möglichkeiten für eine flexible Frequenznutzung erhalten, zugleich aber auch mehr Verantwortung für die Gewährleistung nahtloser und interoperabler Kommunikationssysteme übernehmen. Die dazu notwendige Zusammenarbeit will die EU-Kommission „aktiv und vorausschauend unterstützen“.

Am 13. November 2007 hat sie die Mitteilung „Ausschöpfung der digitalen Dividende in Europa: ein gemeinsames Konzept für die Nutzung der durch die Digitalisierung frei werdenden Frequenzen“⁴² veröffentlicht. Darin äußert sie die Befürchtung, dass viele potenzielle Nutzungsmöglichkeiten der „digitalen Dividende“ ungenutzt bleiben, falls die Nutzung der Frequenzen grenzüberschreitend nicht besser koordiniert werde.⁴³ Zu diesem Zweck will sie schrittweise einen gemeinsamen Frequenznutzungsplan auf EU-Ebene entwickeln, im Bereich des multimedialen Mobilfunks eine Koordinierungszuständigkeit erhalten und die Netze für festen und mobilen Breitbandzugang flexibel harmonisieren.

Zugleich hat sie den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung der Europäischen Behörde für die Märkte der elektronischen Kommunikation vorgelegt, der zunächst die Errichtung einer Agentur mit ca. 40 Mitarbeitern⁴⁴ vorsah. Das stieß bei den anderen Organen freilich nicht auf Gegenliebe, so dass in der überarbeiteten Version nur mehr von einer „Stelle der europäischen Regulierungsbehörden für Telekommunikation“ die Rede ist.⁴⁵

3. Einfach-gesetzlicher Rahmen

a) Grundlagen

Aus nationaler Sicht lassen sich die entscheidenden Anforderungen an den Umgang mit der „digitalen Dividende“ dem TKG entnehmen. Dieses erkennt zunächst den Vorrang des Rundfunks beim Zugriff auf (frei werdende) Frequenzen an. Nach § 57 Abs. 1 S. 1 TKG ist für die Zuteilung von Frequenzen zur Übertragung von Rundfunk im Zuständigkeitsbereich der Länder neben den Voraussetzungen des § 55 TKG auf der Grundlage

⁴²KOM (2007), 700 endg.

⁴³KOM (2007), 700 endg., 7.

⁴⁴KOM (2007), 699 endg.; KOM (2008), 720 endg.

⁴⁵KOM (2008), 720 endg., 3 ff.

der rundfunkrechtlichen Festlegungen das „Benehmen“ mit der zuständigen Landesbehörde herzustellen. Dabei teilt die jeweilige Landesbehörde der Bundesnetzagentur (BNetzA) den Versorgungsbedarf für Rundfunk im Zuständigkeitsbereich der Länder mit (S. 2).

§ 57 Abs. 1 S. 5 TKG gestattet in diesem Zusammenhang allerdings eine subsidiäre Nutzung der für Rundfunk reservierten Frequenzen. Wörtlich heißt es insoweit:

„Die dem Rundfunkdienst zugewiesenen und im Frequenznutzungsplan ausgewiesenen Frequenzen können für andere Zwecke als der Übertragung von Rundfunk im Zuständigkeitsbereich der Länder genutzt werden, wenn dem Rundfunk die auf der Grundlage der rundfunkrechtlichen Festlegungen zustehende Kapazität zur Verfügung steht“.

Auch insoweit ist ein Benehmen zwischen der BNetzA und den zuständigen Landesbehörden vorgesehen.

b) Umgang mit Unsicherheiten

Ein gewisses Problem ergibt sich nun daraus, dass die Prognosen über das mit der Ausschöpfung der „digitalen Dividende“ verbundene Störpotential für den Rundfunk erheblich divergieren. Während EU-Kommission und Bundesregierung insoweit kaum Probleme erwarten, geht die Medienwirtschaft von nachhaltigen Störungen des Rundfunkbetriebs aus. Diese Divergenz zwingt die BNetzA freilich nicht zur Untätigkeit. Vielmehr hat sie bei der Ausschöpfung der „digitalen Dividende“ die Möglichkeit, entsprechende Störungen von Rundfunkprogrammen in Rechnung zu stellen und etwa durch Nebenbestimmungen bei der Frequenzzuteilung nach § 55 TKG zu gewährleisten, dass keine vollendeten Tatsachen geschaffen werden.⁴⁶ Erweisen sich die Befürchtungen als begründet, kann sie entsprechend nachsteuern.

c) Zum Benehmen zwischen BNetzA und Landesbehörden

Über die Ausschöpfung der „digitalen Dividende“ und die Zuteilung einzelner Frequenzen entscheidet verbindlich die BNetzA (§ 55 TKG). Dass dies mit Blick auf für den Rundfunk beanspruchte Frequenzen im „Benehmen“ mit der zuständigen Landesbehörde geschieht (§ 57 Abs. 1 S. 1

⁴⁶Grundlegend zu Risikoentscheidungen *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994; ferner *Huber*, in: Woodman/Klippel (ed.), Risk and the Law, 2009, S. 23 (32 ff.).

und 6 TKG), ändert daran nichts Grundsätzliches. Die Herstellung des „Benehmens“ geht zwar über eine bloße „Anhörung“ hinaus. Während diese lediglich auf eine gutachterliche oder interessenwahrende Einflussnahme des Anzuhörenden auf die Entscheidung abzielt, wird mit dem Erfordernis des „Benehmens“ eine begrenzte Einbindung in die Entscheidungsverantwortung statuiert,⁴⁷ so dass die BNetzA die Position und Argumente der Landesbehörde zur Kenntnis nehmen und in ihre Abwägung einstellen muss. Gebunden ist sie an Antrag und Auffassung der Landesbehörden jedoch nicht.

V. Fazit

Auch wenn ihr Umfang alles andere als klar ist, weckt die Aussicht auf eine Ausschöpfung der „digitalen Dividende“ Begehrlichkeiten – bei den Regulierern ebenso wie bei den potentiellen Nutzern. Im Mehr-Ebenen-System der Europäischen Union versuchen daher EU-Kommission, Bundesregierung und die für den Rundfunk zuständigen Landesbehörden ihre Vorstellungen von einer angemessenen Nutzung der „digitalen Dividende“ möglichst durchzusetzen.

De lege lata ist freilich vor allem der nationale Gesetz- und Verordnungsgeber aufgerufen, die widerstreitenden Interessen in einen verhältnismäßigen Ausgleich zu bringen und sendetechnische, sozialpolitische und rundfunkspezifische Gesichtspunkte mit- und gegeneinander abzuwägen. Bei der Konkretisierung dieses Ausgleichs verfügt die nationale Regulierungsbehörde, die BNetzA, ungeachtet ihrer Einbindung in das Netzwerk der europäischen Regulierungsbehörden, über einen nicht unerheblichen Beurteilungs- oder Regulierungsspielraum. Da trifft es sich gut, dass der 12. RfÄndStV dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk mit dem „Drei-Stufen-Test“ die Hände ein wenig gebunden hat.

⁴⁷KEK 383-3 vom 9. 10. 2007 – st. Spruchpraxis.