

Erfahrungen und künftige Aufgaben der KEK

**Besprechung gemäß § 21 Abs. 3 GO Abghs beim Abgeordnetenhaus von Berlin,
Ausschuss für Europa- und Bundesratsangelegenheiten, Medien
und Zusammenarbeit Berlin-Brandenburg, am 8.3.2006**

von

**Professor Dr. Dieter Dörr, Vorsitzender der Kommission
zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich**

1. Einleitung

Wenn man die Rolle der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) bewerten und sich mit ihren künftigen Aufgaben befassen will, gilt es zunächst, sich ihren Auftrag vor Augen zu halten.

Der Rundfunkstaatsvertrag enthält in den §§ 25 ff. besondere Vorschriften, die auf der Grundlage verfassungsgerichtlicher Vorgaben die Meinungsvielfalt im bundesweiten privaten Fernsehen gewährleisten sollen. Dabei ist zunächst von Interesse, wie sich diese Vorschriften zu den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, also dem Kartellrecht, verhalten. Das GWB zielt im Unterschied zum Medienrecht auf die Beschränkung wirtschaftlicher Macht ab, um auf diese Weise wirtschaftlichen Wettbewerb als Steuerungsinstrument auch im Interesse der Verbraucher zu erhalten. Die Erhaltung wirtschaftlicher Vielfalt kann zwar durchaus dazu beitragen, auch die Meinungsvielfalt zu fördern. Allerdings stellt die Beschränkung wirtschaftlicher Macht lediglich eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung dar, um die von der Verfassung geforderte Meinungsvielfalt im Bereich des privaten Rundfunks zu sichern. Einmal sind die Länder und nicht der Bund zur Regelung des Rundfunks und damit auch zur Sicherung der Meinungsvielfalt aufgerufen. Der Bund besitzt lediglich die Gesetzgebungskompetenz dafür, die wirtschaftliche Macht durch das von ihm zu schaffende Kartellrecht zu begrenzen. Zum anderen erfasst schon vom Anwendungsbereich her gesehen das Kartellrecht die Problematik nur unvollkommen. So wird schon der Fall des inneren Wachstums vom Kartellrecht nicht erfasst, wohingegen § 26 RStV, wenn er zu vorherrschender Meinungsmacht führt, dagegen Vorkehrungen trifft. Zudem unterliegt lediglich der Zusammenschluss von Rundfunkunternehmen der Fusionskontrolle, nicht aber der weit häufigere Fall der Gründung von Rundfunkunternehmen durch Einzelunternehmen. Schließlich erkennt auch das Gemeinschaftsrecht ausdrücklich an, dass die

Mitgliedsstaaten Maßnahmen zum Schutz der Medienvielfalt neben dem Kartellrecht treffen dürfen. Dies sieht Artikel 21 Abs. 3 FKVO *expressis verbis* vor.

Bei der Sicherung der Meinungsvielfalt handelt es sich einmal um eine Pflichtaufgabe der Länder. Dies gründet darin, dass ein demokratisches Gemeinwesen vielfältige Informationen voraussetzt. Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk ist damit sowohl für die rechtsstaatliche Demokratie als auch für die Informationsfreiheit der Bürger unabdingbar. Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang unmissverständlich darauf hingewiesen, dass ein ausgewogenes und vielfältiges Angebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten allein nicht genügt, um eventuelle Defizite im privaten Bereich auszugleichen. Demnach müssen die Länder durch geeignete rechtliche Vorgaben verhindern, dass im Bereich des privaten Rundfunks vorherrschende Meinungsmacht entsteht. Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang auch wiederholt betont, dass durch eine Kombination der Einflüsse in Rundfunk und Presse vorherrschende Meinungsmacht begründet werden kann.

Im Rundfunkstaatsvertrag haben die Länder nicht nur materielle Vorgaben getroffen, um vorherrschende Meinungsmacht im bundesweiten privaten Fernsehen zu verhindern. Vielmehr haben sie auch eine unabhängige Sachverständigenkommission, nämlich die KEK, mit der Kontrolle dieser Vorschriften betraut, die als gemeinsames Organ aller Landesmedienanstalten fungiert. Die Unparteilichkeit der Mitglieder der KEK ist rundfunkstaatsvertraglich vorgegeben und gesichert. Es handelt sich hier, wie beim Gebührenfestsetzungsverfahren, um die Sicherung der Rundfunkfreiheit mittels geeigneter verfahrensrechtlicher Regelungen. Die KEK ist dabei ein Organ, das seine Entscheidungen allein am Maßstab des Rechts zu treffen hat. Durch ihre Zusammensetzung ist sichergestellt, dass Standortinteressen ausgeschlossen sind. Dieses Modell, die Meinungsvielfalt im privaten Fernsehen durch ein in jeder Hinsicht unabhängiges und weisungsfreies Expertengremium zu sichern, hat sich in der Praxis bewährt. Dies belegt auch und gerade der Fall Springer, worauf ich gerne noch eingehen kann. Zudem ist durch die Tätigkeit der KEK im Bereich des bundesweiten Fernsehens eine auch in Europa wohl einmalige Transparenz geschaffen worden, die Entscheidungen werden zügig getroffen und sind umfassend begründet. Sie können von jedem Interessierten in der durch Geschäftsgeheimnisse bereinigten Fassung auf der Seite der KEK im Internet nachgelesen werden.

Auch die materiellen Regelungen im Rundfunkstaatsvertrag sind viel besser als ihr Ruf. Der Gesetzgeber war aus meiner Sicht klug beraten, den Tatbestand der „vorherrschenden Meinungsmacht“, wie er in § 26 Abs. 1 RStV niedergelegt ist, nur durch Vermutungsregeln zu umschreiben. Der Versuch, Detailregelungen zu treffen, misslingt - wie die Praxis zeigt - fast

immer. Denn eins ist sicher: Die Wirklichkeit ist weitaus komplexer, als sich das ein Gesetzgeber vorher überhaupt vorstellen kann. Das Leben bringt stets unendlich viele neue Sachverhalte mit sich, die niemals vorab im Detail geregelt werden können. Das zeigt auch und gerade das Medienrecht. So haben die Digitalisierung und die Konvergenz neue Herausforderungen für die Meinungsvielfalt zur Folge. Darauf lässt sich mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der „vorherrschenden Meinungsmacht“ durchaus flexibel reagieren. Dies gilt jedenfalls dann, wenn ein solcher unbestimmter Rechtsbegriff hinreichend konkretisierbar ist. Dies ist bei dem Begriff „vorherrschende Meinungsmacht“ der Fall. Mit den Vermutungsregeln des § 26 Abs. 2 RStV haben die Länder der unabhängigen und unparteilichen Sachverständigenkommission KEK, der die Auslegung des § 26 anvertraut ist, ein Leitbild an die Hand gegeben, was unter vorherrschender Meinungsmacht zu verstehen ist. Diesem Leitbild ist zu entnehmen, dass der Zuschaueranteil im bundesweiten Fernsehen das zentrale Kriterium dafür bildet, ob vorherrschende Meinungsmacht gegeben ist. Der Gesamtzuschaueranteil, also die 30 %-Grenze, stellt allerdings nicht den einzigen Indikator für vorherrschende Meinungsmacht dar. Die zweite und dritte Vermutungsregel des § 26 Abs. 2 RStV geben zu erkennen, dass zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen auch Einflüsse auf die Meinungsbildung durch andere Medien zu berücksichtigen sind. Insbesondere dem dritten Vermutungstatbestand ist dabei die gesetzgeberische Leitentscheidung zu entnehmen, dass vorherrschende Meinungsmacht durch die Kumulation von Einflüssen im bundesweiten Fernsehen und in verwandten medienrelevanten Märkten entstehen kann. Maßstab ist dabei, dass der insgesamt erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 von 100 oder mehr entsprechen muss.

Mit dem Anknüpfen an einen Zuschaueranteil von 25 vom 100 bringt diese Vermutungsregel zugleich das Leitbild zum Ausdruck, dass andere Meinungspotenziale erst bei einer durch hohe Zuschaueranteile ausgewiesenen starken Stellung im bundesweiten Fernsehen berücksichtigt werden dürfen. Zudem muss auch auf dem verwandten medienrelevanten Markt ein signifikanter Meinungseinfluss vorliegen, der durch eine entsprechend starke Stellung des Unternehmens in diesem Bereich zum Ausdruck kommt. Allerdings ist es durchaus möglich und begrüßenswert, die Vorschriften zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Detail zu verbessern. So wird die Idee, die Meinungsvielfalt standortunabhängig und vorbeugend zu sichern, im Rundfunkstaatsvertrag nicht durchgängig umgesetzt und nur unzureichend verfahrensrechtlich abgesichert. Dies führt zu Reibungsverlusten und möglichen Verzögerungen von Verfahren bei der KEK. Allerdings lassen sich diese Defizite abstellen. So kann man die Weisungsunabhängigkeit der KEK durch eigenständige, das heißt nicht nur mittelbar über die jeweils zuständige Landesmedienanstalt geltend zu machende Auskunfts- und Ermittlungsbefugnisse absichern.

Außerdem sollte im Rundfunkstaatsvertrag ein ausdrückliches Vollzugsverbot für den Fall vorgesehen werden, dass die KEK einen Zusammenschluss oder eine Zulassung nicht als unbedenklich bestätigt. Damit wird sichergestellt, dass den Entscheidungen der KEK auch nachgekommen wird.

Schließlich sollten die Länder auf die verwaltungsinterne „Revisionsinstanz“, Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM), verzichten. Gerade im Fall Springer hat sich gezeigt, dass der KDLM nicht hinreichend klar ist, welche Rolle ihr bei der Sicherung der Meinungsvielfalt zugewiesen ist. Sie ist - anders als der Bundeswirtschaftsminister bei der Ausnahmegewilligung im Kartellverfahren nach dem GWB - eben kein politisches Entscheidungsgremium, sondern hat - genau wie die KEK - nach dem Maßstab des § 26 RStV zu entscheiden, ob vorherrschende Meinungsmacht gegeben ist oder nicht. Diese Entscheidung hat sie unparteilich, unvoreingenommen und unabhängig allein am Maßstab des Rechts unter Würdigung der Entscheidungsgründe der KEK zu treffen. Daher ist es mehr als bedenklich, wenn ein Teil der Direktoren und Präsidenten, die Mitglieder dieses Gremiums KDLM sind, bereits vor Kenntnis der Entscheidungsgründe und vor Anrufung der KDLM öffentlich kund tun, dass sie das Votum der KEK ändern möchten. Solche Vorfestlegungen stellen einmal besonders krasse Fälle mangelnder Unparteilichkeit dar und zeigen zum anderen das mangelnde Verständnis dafür, dass die KDLM eine rechtliche Entscheidung nach dem Maßstab des RStV zu treffen hat. Zudem macht es keinen wirklichen Sinn, neben der KEK ein weiteres Expertengremium mit der Prüfung des § 26 RStV zu betrauen. Dies gilt insbesondere deshalb, weil dieses Gremium wegen seiner Zusammensetzung eher Standortinteressen und sonstigen Einflüssen ausgesetzt ist als die KEK.

Dagegen sollte an der Trennung zwischen Kartell- und Medienrecht wegen der unterschiedlichen Ziele, die die beiden Ansätze verfolgen, unbedingt festgehalten werden. Dies bedeutet keineswegs, dass die Verfahren getrennt ablaufen sollen. Vielmehr ist eine gegenseitige Abstimmung und Information erforderlich. Dafür sind die gesetzlichen Voraussetzungen allerdings durch die Bestimmungen des § 39a RStV und 50c GWB bereits geschaffen worden. Diese Bestimmungen haben sich, wie unlängst der Fall Springer zeigte, in der Praxis bereits bewährt.