



**Stellungnahme des Instituts für  
Europäisches Medienrecht e.V.  
(EMR), Saarbrücken/Brüssel**

*Thomas Kleist/Alexander Roßnagel/Alexander Scheuer*

**Öffentliche Befragung durch die Kommission zur Ermittlung der  
Konzentration im Medienbereich (KEK)**

**Berücksichtigung medienrelevanter verwandter Märkte im Rahmen der  
medienkonzentrationsrechtlichen Prüfung (§ 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alt. RfStV)**

## **Vorbemerkung**

Die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) hat mit Schreiben Ihres Vorsitzenden, Herrn Professor Dr. Dieter Dörr, das Institut für Europäisches Medienrecht e.V. (EMR) gebeten, zu der Frage Stellung zu nehmen, welche Kriterien zur Berücksichtigung „medienrelevanter verwandter Märkte“ und zur Gesamtbeurteilung der Aktivitäten eines Unternehmens im Fernsehen herangezogen werden können, um festzustellen, ob der dadurch erzielte Meinungseinfluss einem Zuschaueranteil von 30 % entspricht, § 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alt. Rundfunkstaatsvertrag (RfStV).

Dem Schreiben beigelegt ist eine Kurzdarstellung der medienkonzentrationsrechtlichen Vorschriften des RfStV, unter besonderer Berücksichtigung der vorstehend angesprochenen Bestimmung, sowie ein Fragenkatalog. Ferner verweist es auf ein kommunikationswissenschaftliches Gutachten, das beim Hans-Bredow-Institut für Medienforschung an der Universität Hamburg von der KEK in Auftrag gegeben und von Herrn Prof. Dr. Uwe Hasebrink im Jahre 2003 erstellt wurde.

Das EMR wird im Folgenden zu einigen der aufgeworfenen Fragen Stellung beziehen. Wir sind selbstverständlich gerne bereit, zu einem späteren Zeitpunkt weitere oder vertiefte Ausführungen zu den im Fragenkatalog aufgeworfenen Punkten oder damit im Zusammenhang stehenden Themen zu erarbeiten, sofern seitens der KEK der Wunsch bestehen sollte, dies in Anspruch zu nehmen. Reihenfolge und Nummerierung der nachstehenden Ausführungen folgen den Vorgaben des Schreibens der KEK.

Die von der KEK in Angriff genommene Thematik erachten auch wir als besonders wichtig für eine effektive Konzentrationskontrolle. Wir bedanken uns daher für die uns eingeräumte Gelegenheit, auf die damit in Zusammenhang stehenden Fragen näher eingehen zu können.

### **A. Allgemeine Fragen**

Mit der Neuregelung der Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrags, die sich auf die Sicherung der Meinungsvielfalt beziehen, vollzogen die staatsvertragsgebenden Länder, basierend auf dem sog. Kompromiss von Bad Neuenahr, im Jahre 1997 eine Abkehr von der zuvor geltenden Herangehensweise. Die bis zum Inkraft-Treten des 3. Rundfunkänderungsstaatsvertrags geltenden Bestimmungen hatten vorgesehen, dass als Kontrollmaßstab die Anzahl der veranstalteten Programme und die Höhe der Kapital- und Stimmrechtsbeteiligungen an den Programmveranstaltern maßgeblich seien. Dieses, mit dem Rundfunkstaatsvertrag von 1991 gewählte sog. „Beteiligungsmodell“ wurde allgemein als zu kompliziert erachtet; ferner wurde es als nicht mehr geeignet angesehen, angesichts der voraussichtlichen technischen und ökonomischen Entwicklung insbesondere im Fernsehsektor für eine adäquate Vielfaltssicherung sorgen zu können. In der Diskussion um ein zukünftiges neues Modell spielten auch Erwägungen eine Rolle, die sich auf die Gesamtheit der Mediennutzung bezogen. Hierbei lag der Gedanke zu Grunde, dass vor allem auch Printmedien, dem Hörfunk und rundfunkähnlichen Diensten eine Eignung, Einfluss auf die Meinungsbildung auszuüben, nicht abgesprochen werden können. Anklänge an derartige Überlegungen finden sich in der vorliegend zu betrachtenden Regelung, die ebenso wie die

1. Alternative auch die Tätigkeiten eines Unternehmens in medienrelevanten verwandten Märkten in den Blick nimmt.

Der verfassungsrechtliche Hintergrund für die Ausgestaltung des Medienkonzentrationsrechts im Rundfunkstaatsvertrag lässt sich wie folgt kurz skizzieren. Maßstab für die Kontrolle des Rundfunks, so das Bundesverfassungsgericht, könne nur ein Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt sein. Dieser umfasse die wesentlichen Voraussetzungen von Meinungsvielfalt, die gegen konkrete und ernsthafte Gefährdungen zu schützen sind. Dazu zählen die Möglichkeit für alle Meinungsrichtungen, auch diejenigen von Minderheiten, im privaten Rundfunk zum Ausdruck zu gelangen, und der Ausschluss einseitigen, in hohem Maße ungleichgewichtigen Einflusses einzelner Veranstalter oder Programme auf die Bildung der öffentlichen Meinung, namentlich die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht.

Der Gesetzgeber ist demnach, im Sinne der Schaffung einer positiven Ordnung für den Rundfunk als Medium und Faktor der öffentlichen Meinungsbildung und im Lichte seiner schlechthin konstituierenden Funktion für die Demokratie, aufgefordert, Tendenzen zur Konzentration rechtzeitig und so wirksam wie möglich entgegen zu treten, zumal Fehlentwicklungen gerade insoweit schwer rückgängig zu machen sind. Das Bundesverfassungsgericht hat zuletzt mehrfach betont, dass es zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht nicht nur wirksamer Vorkehrungen gegen eine Konzentration auf Veranstalterebene, sondern auch ausreichender Maßnahmen gegen Informationsmonopole bedarf. So ist der Rundfunk einerseits gegen Einflussnahmen von Seiten des Staates, aber ebenso gegen eine In-Dienst-Nahme durch einzelne Unternehmen oder Personen zu schützen.

Insbesondere in Bezug auf vertikale Verflechtungen betont das Bundesverfassungsgericht die fortdauernde Berechtigung, geeignete Vorkehrungen gegen vorherrschende Meinungsmacht beizubehalten: „Es ist auch nicht ersichtlich, dass das Gebot der Vielfaltssicherung durch neuere Entwicklungen an Gewicht verlieren könnte. Vielmehr machen (...) die vertikale Verflechtung von Rundfunkveranstaltern mit Produktionsfirmen, Inhabern von Film- und Sportübertragungsrechten und Eigentümern von (Programm-) Zeitschriften sowie die Privatisierung der Übertragungswege eine Berücksichtigung nach wie vor dringlich. Das gilt umso mehr, als sich einmal eingetretene Fehlentwicklungen wegen des dadurch entstehenden, auch politisch einsetzbaren Einflusses nur schwer rückgängig machen lassen.“

Wenngleich das Bundesverfassungsgericht klar gestellt hat, dass die sog. „publizistische Gewaltenteilung“ kein aus dem Grundgesetz ableitbares Verfassungsgebot darstelle, sieht es doch besondere Gefahren der diagonalen Verflechtung, wenn Meinungsmacht im Bereich des Rundfunks sich mit Meinungsmacht im Bereich der Presse verbindet. „Demgemäß erfordert die verfassungsrechtliche Gewährleistung freier Meinungsbildung gesetzliche Vorkehrungen auch dagegen, dass vorherrschende Meinungsmacht sich aus einer Kombination der Einflüsse in Rundfunk und Presse ergibt.“

Das Bundesverfassungsgericht hat ferner, beispielsweise für das Steuer- und Abgabenrecht, klargestellt, dass der Gesetzgeber nicht gehindert sei, Typisierung und Quantifizierung vorzunehmen, damit auch bei Vorliegen komplexer Sachverhalte das Verwaltungshandeln aufrecht erhalten werden kann.

*Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass das Bundesverfassungsgericht*

- *geeignete Vorkehrungen zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht fordert, die eine effektive und präventive Kontrolle ermöglichen;*

- *einen allein am Rundfunk bzw. am Fernsehen orientierten Maßstab nicht verlangt. Vielmehr sind auch andere Medien in ein vom Gesetzgeber auszugestaltendes Modell einzubeziehen, so dass der Blick auch auf vertikale und diagonale Konzentrationstendenzen gelenkt werden muss;*
- *den Gesetzgeber nicht daran gehindert sieht, einen Ansatz zu wählen, der Pauschalierungen und Typisierungen zum Gegenstand hat, um damit die Handlungsfähigkeit der Verwaltung zu erhalten;*
- *nicht davon ausgeht, dass nur bestimmten Medieninhalten eine Bedeutung für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung zukommt, so dass eine aus dem Inhalt und der Art eines Mediums abgeleitete Betrachtung und damit eine qualitative Begründung für die Maßnahmen zur Vielfaltssicherung nicht erforderlich ist.*

Die von den Ländern gewählten Regelungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt sind in zweierlei Hinsicht zu charakterisieren: Zum einen knüpfen sie dezidiert an die Position eines Unternehmens als Veranstalter von Rundfunk, hier von bundesweit verbreitetem Fernsehen, an. Zum anderen liegt ihnen, als Ausdruck der Prognose- und Mittelauswahlentscheidungen des Gesetzgebers, die Annahme zu Grunde, dass - ohne Ansehung des tatsächlich gesendeten Programminhalts und damit ohne Analyse des diesem innewohnenden Potenzials zur Beeinflussung der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung - ein bestimmter Anteil an der Nutzungsdauer des Mediums durch den Zuschauer eine vorherrschende Meinungsmacht vermuten lässt.

*Daraus ist zu folgern, dass der Gesetzgeber*

- *den Veranstalter von bundesweitem Fernsehen zum Ausgangspunkt des Regelungsrahmens für die Medienkonzentration wählt;*
- *er hierbei - im Sinne einer vereinfachten und der Operabilität verpflichteten Betrachtungsweise - weder den Nachweis eines tatsächlichen Wirkzusammenhanges zwischen einem Medium und der Bildung von Meinungen fordert, noch verlangt, dass der einzelne Programminhalt ermittelt werden muss, um eine Aussage über das Beeinflussungspotenzial zu erlauben.*

Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass neben den medienkonzentrationsrechtlichen Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags im engeren Sinne, die die Vorschriften zu regionalen und Drittfensterprogrammen einschließen, auch weitere Regelungen in den Blick genommen werden müssen. Dies gilt innerhalb des Rundfunkrechts zunächst für die Anforderungen, die hinsichtlich der inhaltlichen Breite und Vollständigkeit des Angebots an die privaten Veranstalter gestellt werden. Mit Blick auf die Aufgabenverteilung im dualen System hat das Bundesverfassungsgericht herausgearbeitet, dass Abstriche am privaten Programm soweit und solange zulässig sind, wie ein leistungsstarker, binnenpluraler öffentlich-rechtlicher Rundfunk besteht. Bezug zu nehmen ist ferner auf die Vorgaben, die für die Aufnahme von (europäischen Werken und) Produktionen von unabhängigen Herstellern gelten. Daneben sind die Bestimmungen zur Zulassung von Rundfunkveranstaltern allgemein, zum Kurzberichterstattungsrecht und zur Vergabe von Exklusivrechten bei Ereignissen von besonderer gesellschaftlicher Bedeutung, zur Überwachung der Belegung der Kabelfernsehnetze und zur Sicherung der Freiheit des Zugangs zu zugehörigen Einrichtungen, wie Zugangskontrollsystemen, Anwenderprogrammierschnittstellen, elektronischen Programmführern und Navigatoren.

*Nach dem soeben Gesagten*

- *ist die Gesamtheit der gesetzgeberischen Maßnahmen zur Vielfaltssicherung zu betrachten, aus der sich unterstützend für die weitere Argumentation entnehmen lässt, dass z.B. die Bereiche des Informationszugangs, der Produktion und der Distribution für die Vielfaltssicherung von Bedeutung sind.*

Außerdem sind das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Telekommunikationsgesetz in eine Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen. Dies gilt auch für das Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft. Zwar steht insbesondere das wettbewerbsrechtliche Instrumentarium zur Erreichung anderer, nicht unbedingt mit den Anliegen der Vielfaltssicherung deckungsgleicher Ziele zur Verfügung. Allerdings ist aus dem Blickwinkel des Rundfunks- und Medienkonzentrationsrechts eine Komplementärfunktion für die Ziele der Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht nicht zu übersehen. Zudem sind die Anlehnungen, die § 26 RfStV an das Wettbewerbsrecht macht, hervorzuheben.

*Hieraus ist abzuleiten, dass das Medienkonzentrationsrecht*

- *einerseits zwar eigenständige Zielsetzungen neben dem allgemeinen oder sektorspezifischen Wettbewerbsrecht verfolgt;*
- *es dabei andererseits aber ersichtlich auf Mittel und Herangehensweise des Wettbewerbsrechts recurriert.*

## **1. Vorherrschende Meinungsmacht und Meinungseinfluss**

Erlangt ein Unternehmen durch die von ihm selbst oder ihm zurechenbare Unternehmen bundesweit im Fernsehen veranstalteten Programme vorherrschende Meinungsmacht, kann es keine weiteren Programme veranstalten und es sind vielfaltssichernde Maßnahmen zu ergreifen, § 26 Abs. 3 und 4 RfStV. Es wird vermutet, dass vorherrschende Meinungsmacht gegeben ist, wenn die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 30 vom Hundert erreichen, § 26 Abs. 2 Satz 1 RfStV. Gleiches gilt, ab einem Zuschaueranteil von 25 vom Hundert, wenn ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung auf einem medienrelevanten verwandten Markt hat oder wenn eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil im Sinne von Satz 1 entspricht, § 26 Abs. 2 Satz 2, 1. und 2. Alt. RfStV.

Der Gesetzgeber hat damit vorliegend ein Modell gewählt, dass sich wie folgt beschreiben lässt: Es gilt, vorherrschende Meinungsmacht zu verhindern. Im Sinne einer Entlastungsfunktion wird dabei, durchaus zu Gunsten der vollziehenden Organe und Einrichtungen, mit Vermutenstatbeständen gearbeitet. Diese ermöglichen ein relativ einfach zu handhabendes Verfahren: Durch quantitative Betrachtungen wird in den Varianten 1 und 2 (§ 26 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2, 1. Alt. RfStV) die entsprechende Vermutung unterlegt, auch die Variante 3 (§ 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alt. RfStV) nimmt zunächst einen bestimmten Anteil am Zuschauermarkt zum Ausgangspunkt. Daher ist nicht ersichtlich, dass für die Frage der Betrachtung der Aktivitäten auf anderen als Fernsehmärkten eine qualitative Herangehensweise zwingend vorgeschrieben ist. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der

Gedanke des Gesetzgebers, die Regelung in der Praxis handhabbar zu halten und die Verwaltung zu entlasten, auch hier das Prozedere prägt. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass inhaltsbezogene Aspekte der Tätigkeiten in anderen Medien in die Bewertung miteinfließen können („Gesamtbeurteilung“).

Unter Beachtung des vorstehend geschilderten verfassungsrechtlichen Hintergrunds ist zur Auslegung der beiden Begriffe „vorherrschende Meinungsmacht“ und „Meinungseinfluss“ ein Ansatz zu wählen, welcher die Zielsetzung „gleichgewichtige Vielfalt“ am Besten zu effektuieren geeignet ist. Sollte ein Unternehmen vorherrschende Meinungsmacht erlangen, ist zunächst nicht mehr sichergestellt, dass alle Meinungsrichtungen zum Ausdruck gelangen; in erster Linie besteht die Gefahr einseitiger, in hohem Maße ungleichgewichtiger Einflussnahme auf die Bildung der öffentlichen Meinung. Es geht mithin um die Meinungsbildungsrelevanz, die Rundfunkprogrammen generell in gesteigertem Umfang zukommt. Der Meinungseinfluss eines Unternehmens erstarkt jedoch zu vorherrschender Meinungsmacht, wenn er eine bestimmte Größe - entweder 30 vom Hundert oder 25 vom Hundert des „Zuschauermarktes“ bei Vorliegen weiterer quantitativer oder ggf. auch qualitativer Voraussetzungen - erreicht.

In der zweiten Alternative bezieht § 26 Abs. 2 Satz 2 RfStV auch den Meinungseinfluss mit in die Betrachtung ein, der aus Aktivitäten auf medienrelevanten verwandten Märkten resultiert. Damit impliziert der Gesetzgeber, dass auf den genannten Märkten ebenfalls ein Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung möglich ist - und quantifiziert werden kann. Letzteres ist Voraussetzung für die sodann erforderliche Bewertung der gesamten Stellung des Unternehmens („Gesamtbeurteilung“). Was ist hier zu leisten? Ausgehend von den eingangs gemachten Ausführungen kommt es auf (etwaige) Ergebnisse der empirischen Sozialforschung nicht an; es ist nicht erforderlich, konkrete Inhalte zu betrachten und deren Einfluss auf die individuelle und öffentliche Meinungsbildung anhand sozialwissenschaftlicher Untersuchungen nachzuweisen, denn dies würde einen Bruch in der Ausgangssystematik bedeuten. Wie in den Varianten 1 und 2 gemäß § 26 Abs. 2 Sätze 1 und 2, 1. Alt. RfStV ist dementsprechend eine typisierende Betrachtung anhand einer Quantifizierung ausreichend.

Die vorliegende Fragestellung akzentuiert mithin folgende Vorgehensweise. Der Meinungseinfluss in anderen Medien (als dem Fernsehen) ist festzustellen, womit zunächst die Frage aufgeworfen ist, welche „Märkte“ sich hierfür qualifizieren können (vgl. Frage 2). Der Gesetzgeber sieht also vor, das Blickfeld zu erweitern und auch andere Medien hinsichtlich dort vorhandener Einflüsse auf die öffentliche Meinungsbildung zu untersuchen, geht aber offenbar davon aus, dass deshalb nicht ein „Gesamtmedienmarkt“ gebildet werden muss. Eine solche Interpretation könnte schließlich, zumindest theoretisch, zu einer anderen Gewichtung des durch Erreichen des 25 %-Anteils am Fernsehmarkt bereits dokumentierten Meinungseinflusses führen. Damit unterstellt der RfStV, dass die Einbeziehung medienrelevanter verwandter Märkte zu einer Erhöhung, jedenfalls aber nicht zu einer Herabsetzung der erreichten Quote führen kann. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so kann es im ersten Schritt, bei der Quantifizierung des Meinungseinflusses in einem anderen Medium nicht um dessen Relativierung anhand der Meinungsbildungsrelevanz der Fernsehens gehen.

Die für das Fernsehen gewählte „Währung“, der Zuschauer(markt)anteil, basiert auf Daten, die jedenfalls auch für Zwecke der Refinanzierung der Fernsehsender im Wege des Verkaufs von Werbezeit erhoben wurden, vgl. §§ 34 und 27 RfStV. Wie bereits einleitend geschildert, kommt es für die Bestimmung dieses Anteils nicht auf die tatsächliche Einflussnahme auf die

öffentliche Meinungsbildung, etwa in Form von bestimmten politisch oder gesellschaftlich (besonders) relevanten Aussagen an. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ohnehin zweifelhaft, inwiefern eine inhaltliche Unterscheidung, beispielsweise anhand bestimmter Programmgenres - Nachrichtensendungen und politische Magazine vs. RealitySoaps oder Musiksendungen -, vollzogen werden könnte, tragen doch sämtliche Programminhalte zur Meinungsbildung bei. Somit könnte ein Ansatz zur Ermittlung des Meinungseinflusses anderer Medien darin bestehen, die Marktstellung der in ihnen vertretenen Unternehmen mit ihren jeweiligen Produkten und Dienstleistungen entweder unmittelbar nach Maßgabe der Verkaufszahlen und/oder anhand ihres Anteils am Verkauf von Werbeflächen zu bemessen. Insbesondere die Diskussion um die Messung der Reichweite von Internetpräsenzen hat gezeigt, dass hier geeignete, wenngleich nicht unumstrittene Instrumente entwickelt werden können.

Unabhängig davon ist zu berücksichtigen, dass die Definition des „Mediums“ Auswirkungen darauf hat, welche Marktanteile zu verzeichnen sein werden. Vergleichbar der Herangehensweise im Wettbewerbs- und Telekommunikationsrecht ist die Definition des sachlich und geografisch relevanten (Produkt-)Marktes von entscheidendem Einfluss auf die sodann vorzunehmende Bewertung der Stellung von einem (oder mehreren) Anbieter(n) auf diesem Markt.

*Daraus ergibt sich, dass*

- *das Vorliegen vorherrschender Meinungsmacht dann als dokumentiert gilt, wenn einem Unternehmen ein Meinungseinfluss zugeschrieben werden kann, der sich im Erreichen eines Zuschaueranteils von 30 vom Hundert ausdrückt;*
- *auch ein Meinungseinfluss, der durch das Erreichen von 25 vom Hundert des Zuschaueranteils beziffert wird, das Vorliegen von vorherrschender Meinungsmacht indiziert, wenn weitere Faktoren hinzutreten;*
- *der Gesetzgeber ein den verfassungsrechtlichen Vorgaben gerecht werdendes Modell darin sehen durfte, dass er für das Ergreifen von Maßnahmen zur Vielfaltssicherung auf eine pauschalierende und typisierende Betrachtung zurückgreift;*
- *zur Ermittlung des Meinungseinflusses eine Erfassung der tatsächlichen Inhalte der Medien (Fernsehen und medienrelevante verwandte Märkte) nicht erforderlich ist und auch nicht soziologisch nachgewiesen werden muss, dass und in welchem Umfang einem Medium (abstrakt und konkret) eine solche Meinungsbildungsrelevanz zukommt.*

## **2. Medienrelevante verwandte Märkte**

Ausweislich der amtlichen Begründung zum 3. Rundfunkänderungsstaatsvertrag sind Werbung, Hörfunk, Presse, Rechte, Produktion und andere medienrelevante verwandte Märkte einzubeziehen.

Hieraus ist abzuleiten, dass die genannte Aufzählung nicht abschließender Natur ist. Sie liefert ungeachtet dessen wertvolle Indizien für eine nach heutigen Maßgaben vorzunehmende Betrachtung der für das Medienkonzentrationsrecht bedeutsamen Märkte. Ein Ansatz könnte darin bestehen, mehrere, um die Meinungsbildungsrelevanz des Fernsehens herum gelagerte

Kreise zu definieren und in einer quantitativen Art und Weise zu erschließen. Dabei sind auch die technische Infrastruktur und zugehörige Produkte und Dienstleistungen zu berücksichtigen.

Dafür, dass es ein Bedürfnis für einen weiten Ansatz zur Abbildung der tatsächlichen meinungseinflussrelevanten Verhältnisse auf den Medienmärkten gibt, kann auch folgende Überlegung ins Feld geführt werden. Die KEK hat bereits aufgezeigt, wie den Herausforderungen, die sich aus der medienwirtschaftlichen Entwicklung ergeben, begegnet werden kann, wenn es um die zeitgemäße Anwendung der „Veranstalter-Zentriertheit“ des § 26 RfStV geht. So hat sie in ihrem 7. Jahresbericht vom 18.8.2004 ausgeführt, dass die konkrete Ausgestaltung der Plattform- und Vermarktungsverträge mit den Plattformbetreibern von medienkonzentrationsrechtlicher Bedeutung sei. Schen die Vertragsbedingungen z.B. vor, dass die Abweichung von einem im Vertrag festgelegten Sendekonzept von der Zustimmung des Plattformbetreibers abhängig ist, so gewinne dieser Einfluss auf die Programmgestaltung. In solchen Fällen sei das Programm dem Plattformbetreiber medienkonzentrationsrechtlich zuzurechnen.

#### *Eine erste Annäherung an die aufgeworfene Fragestellung*

- *sollte berücksichtigen, dass es eine Vielzahl von Märkten gibt, die für den Meinungseinfluss eines Unternehmens von Bedeutung sein können. Diese lassen sich nicht abschließend bestimmen;*
- *kann davon ausgehen, dass vor dem Hintergrund des Schutzzweckes, eine gleichgewichtige Vielfalt zu garantieren, abstrakt nach der Eignung eines Mediums oder einer zugehörigen Ware oder Dienstleistung zur Beeinflussung der Meinungsbildung gefragt werden kann, um solche Märkte auszuscheiden, denen generell kein solches Potenzial innewohnt;*
- *könnte auf das nachfolgend vorzuschlagende Modell einer „Kreisbildung“ von Märkten rekurrieren.*

### **3. Potenzieller Meinungseinfluss**

Ausgehend vom Potenzial zur Beeinflussung der öffentlichen Meinungsbildung würde ein erster, innerer Kreis solche Angebote umfassen, die einen starken publizistischen Bezug haben, z.B. das nicht bundesweit verbreitete Fernsehen, der Hörfunk, Zeitungen und Zeitschriften, Rechte, Nachrichtenagenturen, Plattformanbieter und Programmbündler, Angebote im Internet, die die Schwelle zur Einstufung als Rundfunk nicht erreichen und somit als Mediendienst zu betrachten sind (Teletext u.Ä.), etc. (Kreis 1). Unter Umständen kann das sog. Dritte Strukturpapier der Landesmedienanstalten zur Abgrenzung von Rundfunk und Mediendiensten vom 6.11.2003 in diesem Sinne fruchtbar gemacht werden, um über die dort hervorgehobenen Kriterien eine Zuordnung zu dieser ersten Kategorie zu begründen. Ein zweiter Kreis könnte durch solche Angebote beschrieben werden, die nicht unmittelbar publizistische Inhalt zu einem Leser/Zuschauer/Zuhörer bringen, aber entweder eng zugehörige Dienstleistungen und Waren darstellen oder ebenfalls eine Inhaltsorientierung haben. Zu denken wäre hier an elektronische Programmführer, Navigatoren, Suchmaschinen, Internet- oder Mobilfunk-basierte Newsdienste, weitere Medien wie DVD/Video/Film, Buch, Musikträger, Computerspiele, insbesondere Lernprogramme, etc. und die Werbung (Kreis 2).

Unter Umständen in diese Kategorie, ansonsten in den Rahmen eines dritten Kreises fielen Infrastrukturbetreiber und Zugangsdiensteanbieter, weitere Technologieanbieter (Common Interface, SmartCard, Software). Zu fragen ist schließlich nach der Rolle der Geräteanbieter (Fernsehen, Radio, Set-Top-Box, Computer, Antennen-Systeme), bei denen ein gewisser Einfluss auf die Zugangs- und Auswahlmöglichkeiten zu bestimmten Inhalten nicht negiert werden kann, die aber in der Regel, jedenfalls im hier relevanten Bereich, bereits Adressaten anderweitiger Verpflichtungen (Umsetzung von Standards) sind (Kreis 3).

Selbstverständlich kann und muss die Zuordnung zu einem der genannten Kreise kritisch hinterfragt werden, so unter anderem in Bezug auf Infrastrukturanbieter oder Anbieter elektronischer Programmführer. Auch müsste eine dynamische Herangehensweise ermöglicht werden, um den wirtschaftlichen und technischen Entwicklungen ausreichend Rechnung tragen zu können.

### *3.1. Vorrangigkeit der Einbeziehung/Behandlung von Medienkombinationen*

### *3.2. Äquivalenz von Meinungseinfluss verschiedener Teilmedien*

Das skizzierte Modell einer konzentrischen Anordnung anderer Medien basiert auf der Prämisse, dass je stärker die inhaltliche Ausrichtung eines Mediums, desto wahrscheinlicher dessen potenzieller Beitrag zur Meinungsbildung ist.

*Folgende Schritte werden vorgeschlagen:*

- 1. Es werden, wie oben ausgeführt, 3 Kreise medienrelevanter verwandter Märkte gebildet. Für jeden der so zu definierenden Kreise wird ein einheitlicher Koeffizient festgelegt. Dieser Koeffizient entspricht einem bestimmten Vom-Hundert-Satz an Anteilen am Fernseh Zuschauermarkt.*
- 2. Innerhalb der Kreise sind die einzelnen Märkte zu definieren. Der Zeitungsmarkt könnte dementsprechend in bundesweite oder regionale, Tages- oder Wochenzeitungen unterteilt werden.*
- 3. Durch die abgestufte Kreisbildung ergibt sich zunächst die Festlegung der größeren oder geringeren Bedeutung für die Meinungsmacht. Zwischen den Märkten des jeweiligen Kreises (Zeitungen vs. Hörfunk) ist keine weitere Gewichtung erforderlich.*

Es ist sodann festzulegen, welcher Grad von Bedeutung in dem jeweiligen Markt als beträchtlich angesehen wird. Dieser Wert sollte so bemessen sein, dass er der Tatsache Rechnung trägt, dass auf einem solchen medienrelevanten verwandten Markt keine Marktbeherrschung erforderlich ist. Bestünde also eine Marktstellung unterhalb dieser Schwelle der Marktbeherrschung (denn dann wäre bereits die Voraussetzung des § 26 Abs. 2 Satz 2, 1. Alt. RfStV erfüllt), ohne jedoch geringfügig zu sein, d.h. bei einem Wert von bspw. oberhalb von 10 vom Hundert angesiedelt, so würde sich diese Aktivität für die Betrachtung qualifizieren.

Der Koeffizient für den ersten Kreis könnte so beschrieben werden, dass der relevanten Stellung auf jedem der dort angesiedelten Märkte ein Fernseh Zuschaueranteil von jeweils 2 % entspricht. Verfügt also ein Unternehmen über eine relevante Stellung im Hörfunkmarkt und im Tageszeitungsmarkt (Kreis 1), so würden zusätzlich 2 % + 2 %, insgesamt also 4 % in Rechnung zu stellen sein. Gibt es sodann z.B. Beteiligungen an einem Anbieter von elektronischen Programmführern (Kreis 2) und erreicht dieser in „seinem“ Markt ebenfalls

eine relevante Stellung, so könnten weitere 1 % in Ansatz gebracht werden. Für den Kreis 3 könnte ein Koeffizient von 0,5 % beziffert werden, so dass beispielsweise ein Anbieter von Software, der zugleich bei Computern eine relevante Stellung innehat, durch diese beiden Positionen ebenfalls einen Koeffizienten von 0,5 % + 0,5 %, mithin also 1 vom Hundert erreicht.

Unterstellt man, dass es besonders meinungseinflussstarke Kombinationen verschiedener Tätigkeiten innerhalb eines Kreises oder über deren Grenzen hinweg gibt, so könnten solche Aktivitäten sich für einen Aufschlag auf die einfache Summe der Koeffizienten qualifizieren.

Das vorstehend beschriebene Modell wählt eine auf das Unternehmen bezogene Betrachtungsweise. Dies setzt voraus, dass - unterhalb der in Ziff. 3.1. vorgeschlagenen Ebene der Operationalisierung von ermittelten Marktstellungen - bereits eine geeignete Maßeinheit gewählt wurde.

*Zusammenfassend lässt sich dieser Vorschlag dadurch charakterisieren, dass er*

- *geeignet ist, die aus der publizistischen Relevanz bestimmter Märkte, die unterstellt wird, abzuleitende Bedeutung für den Meinungseinfluss eines Unternehmens in abgestufter Form zum Ausdruck zu bringen;*
- *es im Sinne der Aufrechterhaltung einer operationalisierbaren Herangehensweise ermöglicht, anhand von Markt(stellungs)betrachtungen vorzugehen, ohne jeweils den tatsächlichen Einfluss auf die Meinungsbildung, sei es auf Grund des Mediums, sei es auf Grund der vorhandenen Inhalte, nachweisen zu müssen, und somit*
- *zu dem existierenden Modell der Zuschauermarktanteile konsistent bleibt.*

#### **4. Bedeutung von Medien mit informationsorientiertem Inhalt**

Wie eingangs dargestellt, gibt sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch der Gesetzgeber - zum Zwecke der praktischen Anwendung der Medienkonzentrationskontrolle - einer pauschalen Betrachtung den Vorzug. Dies geschieht insofern auch zu Recht, nicht zuletzt aus Praktikabilitätsabwägungen heraus. Gerade weil es nicht um eine qualitative Betrachtung gehen muss, sollte auch bei der Betrachtung der medienrelevanten verwandten Märkte bzw. der in diesen anzutreffenden Produkte und Dienstleistungen dieser Ansatz verfolgt werden.

#### **5. Existenz und Bestimmung von Wechselwirkungen zwischen verschiedenen Medien**

Es dürfte davon auszugehen sein, dass die Kommunikationswissenschaft derartige Beziehungen feststellen kann. Für die regulatorische Prognose, ob und bis zu welchem Grad eine solche ggf. Verstärkung des Einflusses auf die Bildung der öffentlichen Meinung durch die Nutzung mehrerer Medien für die Vorkehrungen gegen vorherrschende Meinungsmacht relevant sind, könnte dies folglich zu Grunde gelegt werden. Sind solche Erkenntnisse gefestigt und annähernd unumstritten, so könnten sie zur Modifizierung des vorstehend vorgeschlagenen Modells herangezogen werden.

## **B Fragen zum Gutachten von Prof. Hasebrink**

Da es sich bei dem vorliegenden Gutachten um eine kommunikationswissenschaftliche Arbeit handelt, ist an dieser Stelle keine Auseinandersetzung mit der dort gewählten Konzeption oder den herangezogenen Indikatoren und Daten zu leisten.

Aus juristischer Sicht müssten die aus den im Gutachten entwickelten Kriterien abzuleitenden Erkenntnisse jedoch weitestgehend unumstritten und vor allem für eine Behörde, die mit deren Umsetzung in der Praxis betraut ist, auch handhabbar sein, damit ihnen tatsächlich eine Eignung zur Begründung der Vermutensregelungen des § 26 Abs. 2 RfStV zukommt.

Saarbrücken, den 27.6.2005