

Kapitel III

Anwendung der §§ 26 bis 32 RStV

1 Verfahrensfragen

1.1 Überblick

Die KEK wurde 1997 als unabhängiges Beschlussgremium für die bei allen Landesmedienanstalten durchzuführenden Verfahren mit Bezug zur Medienkonzentrationskontrolle im bundesweiten Fernsehen geschaffen, nachdem sich die dezentrale Wahrnehmung dieser Aufgabe durch die einzelnen Landesmedienanstalten nach allgemeiner Auffassung nicht bewährt hatte, weil dort das Risiko einer einseitigen Betonung von Standortinteressen zu groß war.⁷⁶⁰ Die KEK ist weisungsunabhängig und (zusammen mit der KDLM) allein entscheidungsbefugt, bundesweit einheitlich für die Landesmedienanstalten die Aufgabe der Sicherung der Meinungsvielfalt wahrzunehmen. Der Sache nach ist die KEK eine rechtlich unselbständige Einrichtung der Länder, die lediglich im Rahmen der einzelnen Verwaltungsverfahren funktional als Organ einer oder mehrerer Landesmedienanstalten tätig wird.⁷⁶¹ Im Übrigen ist sie organisatorisch jedoch weitgehend verselbständigt. Das wird besonders deutlich, wenn mittelbare Beteiligungsveränderungen mehrere, bei verschiedenen Landesmedienanstalten lizenzierte Fernsehveranstalter betreffen,⁷⁶² wie etwa die angemeldete Übernahme der ProSiebenSat.1 Media AG durch die Axel Springer AG. In solchen Fällen entscheidet die KEK über einen einheitlichen, nicht teilbaren Sachverhalt, der über den Zuständigkeitsbereich der einzelnen beteiligten Landesmedienanstalt hinausgeht.⁷⁶³

760 Vgl. Begründung zum 3. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, § 35 Abs. 1. Zum vorherigen Abstimmungsverfahren der Landesmedienanstalten vgl. Erfahrungsbericht der Landesmedienanstalten zur Sicherung der Veranstalter- und Beteiligungsvielfalt im bundesweit verbreiteten Rundfunk, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, Schriftenreihe der Landesmedienanstalten, Bd. 4, Teil D, I., S. 57 ff.

761 Vgl. dazu ausführlich Dietrich Westphal, Föderale Privatrundfunkaufsicht im demokratischen Verfassungsstaat. Verwaltungs- und verfassungsrechtliche Analyse der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), München 2006, S. 230 ff., i. E.

762 Dies betrifft z. B. Beteiligungsveränderungen bei der RTL Group, die bei der NLM, der LfM und der mabb lizenzierte Fernsehveranstalter betreffen; sie werden federführend von der NLM vorgelegt; vgl. z. B. Beschlüsse i. S. RTL Group, Az.: KEK 289 und 341.

763 Nachdem die KEK mit Beschluss vom 10.01.2006 die angemeldete Übernahme der Sendergruppe (Sat.1, ProSieben, Kabel 1, N24 und 9Live) nicht als unbedenklich bestätigt, die Axel Springer AG von ihrem Übernahmeangebot Abstand genommen und die KDLM trotz eines entsprechenden Antrags der BLM die KEK-Entscheidung nicht aufgehoben hatte, erließ von den drei zuständigen Landesmedienanstalten einzig die BLM auf Grundlage der KEK-Entscheidung im Hinblick auf die drei Veranstalter Kabel 1, N24 und 9Live einen versagenden Bescheid, gegen den die Axel Springer AG Klage vor dem Bayerischen Verwaltungsgericht München erhoben hat. Das Verfahren ist zum Redaktionsschluss noch anhängig (Az.: M 17 K 06.2675). Nach Auffassung der KEK ist die Klage unter anderem mangels Zuständigkeit des angerufenen Gerichts für den gesamten Streitgegenstand unzulässig. Die KEK hat in diesem Verfahren die notwendige Beiladung beantragt. Der Antrag wurde vom Bayerischen Verwaltungsgericht abgelehnt; über die hiergegen eingelegte Beschwerde der KEK wurde noch nicht entschieden.

Der Rundfunkstaatsvertrag sieht weitgehende Auskunfts- und Mitwirkungspflichten der Veranstalter und der an ihnen beteiligten Unternehmen vor (§§ 21, 22 RStV). Entgegen manchen Unkenrufen stellen diese Auskunftspflichten bei konsequenter Anwendung grundsätzlich ein ausreichendes Instrumentarium dar, um z. B. auch im Hinblick auf Beteiligungen von Finanzinvestoren Transparenz und eine effektive medienkonzentrationsrechtliche Kontrolle zu gewährleisten.⁷⁶⁴

Die häufig auftretenden Schwierigkeiten beim Vollzug des RStV haben ihre Ursache daher weniger in unzureichenden Verfahrensrechten und -pflichten der Beteiligten denn in Vollzugsdefiziten, die darauf beruhen, dass der KEK diese Verfahrensrechte (§§ 21, 22 RStV) nur durch die zuständigen Landesmedienanstalten ausüben kann, diese ihre Beachtung jedoch zum Teil nicht konsequent genug einfordern.⁷⁶⁵ Allerdings sollten die Sanktionen für die Nichtbeachtung der Mitwirkungspflichten verschärft werden. Die KEK regt an, die Unabhängigkeit und Standortferne der Medienkonzentrationskontrolle und die bislang gewonnenen Erfahrungen im Vollzug des RStV nicht durch neue Kommissionsmodelle in Frage zu stellen, die auf jeden Fall neue Rechtsunsicherheit produzieren müssen, bei einer personellen Verzahnung mit den Landesmedienanstalten aber auch die Glaubwürdigkeit und Effektivität der Medienkonzentrationskontrolle beeinträchtigen können. Vorzugswürdig erscheint vielmehr eine Beseitigung bestehender Verfahrensmängel im Rahmen des geltenden Modells durch die Stärkung der Verfahrensrechte der KEK und insofern allenfalls eine organische Weiterentwicklung des bestehenden Modells.

1.2 Informationsmöglichkeiten und Vollzugsdefizite

1.2.1 Auskunftsrechte und Ermittlungsbefugnisse

Den Landesmedienanstalten werden seit dem 3. Rundfunkänderungsstaatsvertrag nach dem Vorbild des Kartellverfahrensverfahrens umfangreiche Auskunfts- und Ermittlungsbefugnisse eingeräumt (§§ 21, 22 RStV). Sie stehen auch der KEK zu, allerdings nur mittelbar „über die jeweils zuständige Landesmedienanstalt“ (§ 36 Abs. 1 Satz 3 RStV), die auf Ersuchen der KEK die Mitwirkungspflichten bei den Verfahrensbeteiligten geltend macht. Dies kann – wie konkrete Verfahren gezeigt haben – zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen führen.

Eine zunehmende Bedeutung hat in der Verfahrenspraxis die Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse auch bei beteiligten Fondsgesellschaften. Gemäß § 21 Abs. 2 RStV sind die Kapital- und Stimmrechtsbeteiligungen und sonstige nach §§ 26 und 28 RStV erhebliche Beziehungen (z. B. Treuhandverhältnisse, Stimmrechtsvereinbarungen etc.) bei allen im Sinne von § 28 RStV beteiligten Unternehmen vollständig anzugeben. In der Praxis verlangt die KEK bei beteiligten Fondsgesellschaften, in entsprechender Anwendung der Richtlinie zu § 29 Satz 5 RStV über Ausnahmen von der Anmeldepflicht bei börsennotierten Aktiengesellschaften, die Angabe der Kapital- und Stimmrechtsbeteiligungen ab einer Höhe von 5 %. Hier kommt es immer wieder zu Verfahrensverzögerungen, wenn sich beteiligte Fondsgesellschaften auf Vertraulichkeitsabreden mit ihren Kapitalgebern berufen; letztlich wurden der KEK aber stets die erbetenen Auskünfte erteilt.

Von einzelnen Landesmedienanstalten wurden Zulassungsverlängerungsanträge nicht zur medienkonzentrationsrechtlichen Prüfung vorgelegt.⁷⁶⁶ Erst nachdem die KEK im Fall der Zulassungsverlängerung für kabel eins durch die BLM und von Super RTL durch die LfM die Rechtsaufsicht

⁷⁶⁴ So etwa *Henle* in epd medien vom 26.01.2005. Dazu siehe sogleich Kapitel III 1.2.1 und unten Kapitel III 2.4.3.

⁷⁶⁵ Vgl. dazu bereits Konzentrationsbericht der KEK 2004, Kapitel IV 1.2 und 1.3.

⁷⁶⁶ Vgl. zu dieser Thematik bereits Konzentrationsbericht der KEK 2004, Kapitel IV 1.2.1.1, und Mitteilung der KEK 1/03, Behandlung von Anträgen bundesweiter Fernsehveranstalter auf Zulassungsverlängerung und auf Zulassung anderer Konzernunternehmen, abrufbar unter www.kek-online.de/Verfahren/Rechtsgrundlagen/KEK-Mitteilungen.

angerufen hatte, wurden jeweils die für die Prüfung erforderlichen Unterlagen übermittelt, so dass deren Unbedenklichkeit nachträglich (!) bestätigt werden konnte.⁷⁶⁷ Die betroffenen Landesmedienanstalten haben daraufhin zugesagt, die Zulassungsverlängerungsanträge in Zukunft und – aus ihrer Sicht – ausdrücklich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht vorzulegen.

Eine immer größere Bedeutung gewinnt der Zurechnungstatbestand des „vergleichbaren Einflusses“ wegen programmbezogener Einflussmöglichkeiten von Pay-TV-Plattformbetreibern.⁷⁶⁸ Sowohl die Veranstalter als auch die Plattformbetreiber sind gemäß § 21 Abs. 2 und 4 RStV zur Vorlage der Plattformverträge verpflichtet. Auch hier wird die Durchsetzung der Mitwirkungspflicht bisweilen dadurch erschwert, dass die zuständige Landesmedienanstalt sie nicht mit ausreichendem Nachdruck einfordert, sondern teilweise sogar die Auffassung vertritt, die KEK sei nicht berechtigt, die Vorlage der möglicherweise zurechnungsrelevanten Verträge zu verlangen.

Zudem sind die Mitwirkungsobliegenheiten der Antragsteller nicht ausreichend sanktioniert: Falls im Rahmen eines Zulassungsverfahrens die auf Grundlage von § 21 Abs. 1 bis 4 RStV angeforderte Informationen nicht übermittelt werden, steht – abgesehen von möglichen Beweislastfolgen – den Landesmedienanstalten nur das „scharfe Schwert“ zur Verfügung, nach fruchtloser Fristsetzung den Zulassungsantrag abzulehnen (§ 21 Abs. 5 RStV). Dabei ist allerdings der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, so dass die Ablehnung des Antrags von der Bedeutung der nicht erfüllten Mitwirkungsobliegenheit abhängt. Deren Verletzung stellt auch keine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit dar.

Für Verfahren aufgrund von Anmeldungen von Beteiligungsveränderungen (§ 29 RStV) ist schon nicht eindeutig klargelegt, dass überhaupt Auskunfts- und Ermittlungsbefugnisse bestehen. Dies lässt sich mangels einer Verweisungsnorm nur aus der Gesetzessystematik ableiten (vgl. insbesondere § 21 Abs. 6 Satz 3 und § 29 Satz 3 RStV). Insoweit wäre eine eindeutige Regelung wünschenswert. Die KEK hat in solchen Fällen nur die Möglichkeit, über den Antrag erst dann zu entscheiden, wenn die erforderlichen Auskünfte und Unterlagen vorliegen. In solchen Fällen wird der KEK von zuständigen Landesmedienanstalten nicht selten jedoch nahe gelegt, wegen der angeblich fehlenden oder geringen medienkonzentrationsrechtlichen Relevanz auf die ausstehenden Informationen zu verzichten. Dabei wird bewusst ignoriert, dass die medienkonzentrationsrechtliche Beurteilung der KEK obliegt und es nicht möglich ist, ohne Kenntnis des maßgeblichen Sachverhalts, insbesondere der Kapital- und Stimmrechtsanteile an den Beteiligten und der „sonstigen Einflüsse“, zu entscheiden.

Auch außerhalb anhängiger Prüfverfahren erfüllt die KEK eigenständige Aufgaben: Sie erstellt Konzentrationsberichte und Programmlisten und ermittelt Zuschaueranteile. Dies soll der Schaffung von Transparenz im Medienbereich dienen. Auch im Hinblick darauf sollte die Durchsetzbarkeit der Mitwirkungspflichten der Veranstalter verbessert werden.⁷⁶⁹

Medienkonzentrationsrechtlich relevante Informationen enthalten vor allem die jährlichen Programmlistenauskünfte der Veranstalter gegenüber der KEK (§ 26 Abs. 7 RStV). Eine Verpflichtung zur Programmlistenauskunft sieht der RStV jedoch nicht vor, was so lange misslich ist, als auch die jährlichen Erklärungspflichten über Veränderungen der nach § 28 RStV maßgeblichen Beteiligungs- und Zurechnungstatbestände nach § 21 Abs. 6 und 7 RStV nicht unmittelbar gegenüber der KEK gelten und ihre Einhaltung von den Landesmedienanstalten nur unzureichend sichergestellt wird. Die KEK schlägt vor, den Rundfunkveranstaltern die Programmlistenauskunft verpflichtend aufzugeben.

767 Beschluss vom 15.02.2005 i.S. Super RTL, Az.: KEK 216; Beschluss vom 11.01.2005 i.S. Kabel 1, Az. KEK 250.

768 Dazu s.u. Kapitel III 2.3.4.

769 Vgl. zu den Ermittlungsbefugnissen im Rahmen eigenständiger Aufgaben bereits ausführlich Konzentrationsbericht der KEK 2004, Kapitel IV 1.3.2.

Wichtig sind ferner die Angaben zu den Programmbezugsquellen, insbesondere für die Beurteilung von Zulieferbeziehungen; insofern besteht ein enger sachlicher Zusammenhang mit der medienkonzentrationsrechtlichen Prüfung.⁷⁷⁰ Die Pflicht zur Aufstellung der Programmbezugsquellen besteht wiederum nur gegenüber der zuständigen Landesmedienanstalt; in der Praxis gibt es auch hier Vollzugsdefizite. Die Landesmedienanstalten leiten die Auskünfte zwar mittlerweile an die KEK weiter. Jedoch erteilen viele Veranstalter die erbetene Auskunft verspätet, manche auch gar nicht.⁷⁷¹ Die KEK schlägt vor, die Pflicht der Angaben zu Programmbezugsquellen auf eine Erklärung unmittelbar gegenüber der KEK zu erstrecken.⁷⁷²

Zusammengefasst weist das geltende Verfahrensrecht folgende Unzulänglichkeiten auf:

- Im Rahmen von Prüfverfahren führt der Umweg von Auskunftersuchen der KEK über die zuständige Landesmedienanstalt zu zeitlichen Verzögerungen.
- Die Durchsetzung der Mitwirkungspflichten obliegt allein den Landesmedienanstalten, die in Einzelfällen die Kompetenz beanspruchen, selbst zu entscheiden, welche Auskünfte oder Unterlagen für die medienkonzentrationsrechtliche Prüfung erforderlich sind.
- Die Sanktionsmöglichkeiten sind unzureichend und werden, soweit vorhanden, von den Landesmedienanstalten nicht ausgeschöpft.
- Die außerhalb von Prüfverfahren vorgesehenen Mitwirkungspflichten bestehen ebenfalls nur gegenüber der zuständigen Landesmedienanstalt, was sich in der Praxis als unzureichend erwiesen hat.

Daher regt die KEK folgende Gesetzesänderungen an:

1. Die KEK erhält eigene (nicht abgeleitete) Auskunfts- und Ermittlungsbefugnisse. Dazu wird **§ 36 Abs. 1 Satz 3 RStV** wie folgt gefasst:

„Die KEK führt alle Ermittlungen, die zur Erfüllung ihrer sich aus den §§ 26 bis 34 ergebenden Aufgaben erforderlich sind, in eigener Zuständigkeit durch; ihr stehen insbesondere die Verfahrensrechte nach §§ 21 und 22 und die Auskunftsrechte nach § 23 zu.“

2. Die Verletzung der Mitwirkungsobliegenheiten und -pflichten gemäß § 21 Abs. 1 bis 4 RStV wird in den Katalog bußgeldbewehrter Ordnungswidrigkeiten gemäß § 49 Abs. 1 Satz 2 RStV aufgenommen. Dazu sieht **§ 49 Abs. 1 Satz 2 RStV** vor:

„(Ordnungswidrig handelt auch, wer ...) 1. entgegen § 21 Abs. 1 bis 4 es unterlässt, der zuständigen Landesmedienanstalt oder der KEK die erforderlichen Angaben zu machen, Auskünfte zu erteilen oder Unterlagen vorzulegen.“

3. Für Verfahren zur Unbedenklichkeitsbestätigung von Beteiligungsveränderungen stellt ein neuer **Satz 6** in **§ 29 RStV** klar:

„§ 21 Abs. 1 bis 5 RStV findet entsprechend Anwendung.“

⁷⁷⁰ Vgl. amtl. Begr. im 3. RÄndStV zu § 23: „enger sachlicher Zusammenhang mit § 26 Abs. 2 Satz 1“.

⁷⁷¹ So hatten zum Beispiel zum 10.01.2005 erst acht Veranstalter die Programmbezugsquellen für das Jahr 2003 vorgelegt (übermittelt durch die LMK, die LfM und die LfK).

⁷⁷² Dies hat die KEK bereits in ihrem ersten Konzentrationsbericht gefordert; vgl. Konzentrationsbericht der KEK 2000, S. 356.

4. **§ 26 Abs. 7 RStV** wird um folgenden **Satz 3** ergänzt:

„Die Veranstalter sind verpflichtet, der KEK die Programmlistenauskunft für jedes Geschäftsjahr bis spätestens zum Ende des dritten darauf folgenden Monats zu erteilen.“

5. **§ 23 Abs. 2 RStV** wird wie folgt formuliert:

„Innerhalb derselben Frist hat der Veranstalter eine Aufstellung der Programmbezugsquellen für den Berichtszeitraum der zuständigen Landesmedienanstalt und der KEK vorzulegen.“

1.2.2 Informationsaustausch mit anderen Einrichtungen

Die KEK hat wiederholt eine Rechtsgrundlage für den Informationsaustausch mit den Kartellbehörden gefordert, der insbesondere in Bezug auf Erkenntnisse zu den medienrelevanten verwandten Märkten und für die Erstellung des Konzentrationsberichts sinnvoll erscheint.⁷⁷³ Mit dem 7. RÄndStV wurde die Vorschrift des § 39 a in den Rundfunkstaatsvertrag eingefügt; danach arbeiten die Landesmedienanstalten im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben mit der Bundesnetzagentur und mit dem Bundeskartellamt zusammen und haben auf deren Anfrage Erkenntnisse zu übermitteln, die für die Erfüllung von deren Aufgaben erforderlich sind. Damit steht einem Informationsaustausch das Vertraulichkeitsgebot des § 34 RStV nicht mehr entgegen. Im Gegenzug wurde im Rahmen der 7. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Vorschrift § 50 c Abs. 2 GWB eingefügt, die allerdings den Austausch vertraulicher Informationen nicht gestattet.⁷⁷⁴ Im Verfahren der geplanten Übernahme der ProSiebenSat.1 Media AG durch die Axel Springer AG konnten sich diese Vorschriften erstmals bewähren. Darüber hinaus ist der Bundesgesetzgeber, um einen effektiven Vollzug der Medienkonzentrationskontrolle zu ermöglichen, nicht zuletzt aus Gründen der Bundestreue (Art. 20 Abs. 1 GG) gehalten, § 50 c GWB so zu fassen, dass er den Behörden ebenso wie § 39 a RStV auch den Austausch vertraulicher Informationen ermöglicht.

Angesichts vielfacher Beteiligungen ausländischer Unternehmen an bundesweiten Fernsehveranstaltern und der wachsenden Zahl von Fernsehprogrammen, die auf der Grundlage einer ausländischen Zulassung (auch) bundesweit verbreitet werden, erscheint es darüber hinaus sinnvoll, die Zusammenarbeit und den gegenseitigen Informationsaustausch mit den für die Medienkonzentration zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörden zu verbessern. Die KEK hat bereits mehrfach vorgeschlagen, nach kartellrechtlichem Vorbild Verwaltungsabkommen zwischen der Bundesregierung und ausländischen Regierungen über die Kooperation zwischen den für die Medienkonzentration zuständigen Behörden abzuschließen.⁷⁷⁵ Darüber hinaus sollte die KEK mehr in bereits bestehende Informationsstrukturen eingebunden werden. Obwohl die DLM Mitglied der EPRA (European Platform of Regulatory Authorities) ist und regelmäßige „Tripartite-Treffen“ zwischen DLM, CSA und OFCOM stattfinden, wird die KEK über diesen Austausch zwischen nationa-

⁷⁷³ Vgl. Konzentrationsbericht der KEK 2004, Kapitel IV 1.3.4, und Konzentrationsbericht 2000, S. 356 f.

⁷⁷⁴ § 50 c Abs. 2 GWB lautet: „Die Kartellbehörden arbeiten im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben mit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, der Bundesbank und den Landesmedienanstalten zusammen. Die in Satz 1 genannten Behörden können auf Anfrage gegenseitig Erkenntnisse austauschen, soweit dies für die Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist. Dies gilt nicht für vertrauliche Informationen, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, sowie Informationen, die nach § 50 a oder nach Artikel 12 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 erlangt worden sind.“

⁷⁷⁵ Vgl. Konzentrationsbericht der KEK 2004, Kapitel IV 1.3.4.

len Regulierungsbehörden kaum informiert und auch nicht einbezogen. Dies wäre gerade im Hinblick auf die zunehmende transnationale Medienkonzentration⁷⁷⁶ sinnvoll.

1.3 Verfahren bei der Unbedenklichkeitsbestätigung von Beteiligungsveränderungen

Das medienkonzentrationsrechtliche Verfahren bei Beteiligungsveränderungen wäre effizienter und schneller, wenn die KEK es selbst einleiten dürfte und Anträge unmittelbar bei ihr einzureichen wären. Bei Zulassungsverfahren ist dies nicht praktikabel, da die KEK für die zuständige Landesmedienanstalt die Abwesenheit vorherrschender Meinungsmacht als eine Zulassungsvoraussetzung unter mehreren prüft. Dagegen stehen bei Beteiligungsveränderungen von bereits zugelassenen Veranstaltern die medienkonzentrationsrechtlichen Fragestellungen im Mittelpunkt der rundfunkbehördlichen Prüfung. Daher leistet die KEK auch den Großteil der Sachverhaltsermittlung und -aufbereitung.

Für die Verfahren bei Beteiligungsveränderungen ist es wenig effizient, dass die Landesmedienanstalten analog zum Zulassungsverfahren Anmeldungen der KEK zur medienkonzentrationsrechtlichen Prüfung vorlegen (§ 37 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 RStV). Der Verfahrensbeschleunigung und Optimierung des Zusammenspiels zwischen der KEK und den Landesmedienanstalten würde ein paralleles Verfahren bei der Landesmedienanstalt und der KEK dienen.

Zudem sind häufiger Beteiligungsveränderungen von nur geringer Bedeutung zu prüfen, z. B. kleinere Anteilsverschiebungen zwischen bereits beteiligten Gesellschaftern oder kurzfristige Veränderungen bei börsennotierten Aktiengesellschaften. Für diese Fälle empfiehlt sich ein „schlankeres“ Verfahren. Die zuständige Landesmedienanstalt könnte die Möglichkeit erhalten, das Prüfverfahren ganz der KEK zu überlassen und lediglich den Beschluss der KEK durch Bescheid umzusetzen, sofern eine Prüfung der Beteiligungsveränderung unter anderen Aspekten nicht erforderlich erscheint. Dadurch würden Verwaltungsaufwand und Kosten vermindert, vor allem in Fällen, in denen mehrere Landesmedienanstalten zuständig sind.

Die KEK hat mehrfach Veränderungen von Beteiligungsverhältnissen oder sonstigen Einflüssen ermittelt, die die Veranstalter nicht von sich aus angemeldet hatten. Statt des zeitaufwändigen Wegs, die Veranstalter über die zuständige Landesmedienanstalt um Anzeige zu ersuchen, wäre es sinnvoll, wenn die KEK in solchen Fällen selbst das Prüfverfahren einleiten könnte.

Daraus ergeben sich folgende Änderungsvorschläge:

§ 37 Abs. 3 RStV wird um folgende **Sätze 2 bis 4** ergänzt:

„Beteiligungsveränderungen im Sinne von § 29 RStV sind abweichend von Abs. 1 Satz 1 bei der zuständigen Landesmedienanstalt und der KEK anzumelden. Wird der KEK eine Beteiligungsveränderung im Sinne von § 29 RStV bekannt, so kann sie sich unmittelbar an den Veranstalter wenden mit dem Ersuchen, die Beteiligungsveränderung unverzüglich bei ihr anzumelden. Sie hat die zuständige Landesmedienanstalt zu unterrichten.“

⁷⁷⁶ Vgl. dazu Entschließung des Europäischen Parlaments RSP/2002/2600 vom 18.11.2002, abrufbar unter: <http://www.europa.eu.int/abc/doc/off/bull/de/200211/p103034.htm>, und Georgios Gounalakis, Georgios Zagouras, Plädoyer für ein europäisches Medienkonzentrationsrecht, ZUM 2006, S. 716, 724.

1.4 Verfahren bei Regional- und Drittfensterzulassungen

Im Rahmen der Auswahl und Zulassung von unabhängigen Dritten gemäß §§ 26 Abs. 5, 31 RStV ist die KEK entgegen dem Grundprinzip des § 36 Abs. 1 Satz 1 RStV nicht abschließend zuständig für Fragestellungen der Sicherung der Meinungsvielfalt. Vielmehr sieht § 36 Abs. 2 Satz 1 und 3 RStV vor, dass insoweit die zuständige Landesmedienanstalt vor ihrer Entscheidung lediglich „das Benehmen“ mit der KEK herzustellen hat. Dies bedeutet, dass die Landesmedienanstalt eine Stellungnahme der KEK einholt, sich aber darüber im Ergebnis hinwegsetzen darf, was bei Einwänden der KEK auch immer wieder vorgekommen ist.

Alleiniger Zweck der Drittsendezeiten ist die Sicherung und Steigerung der Meinungsvielfalt. Die Ausschreibungsbedingungen und die Auswahl- und Zulassungskriterien weisen dementsprechend durchgängig einen Vielfaltbezug auf (insbesondere: Umfang und Platzierung der Sendezeit, der zusätzliche Beitrag zur Vielfalt im Programm sowie die redaktionelle und rechtliche Unabhängigkeit des Bewerbers). Es ist daher systemwidrig, bei der Prüfung dieser Voraussetzungen der KEK, bei der der RStV die Entscheidungszuständigkeit mit Blick auf die Sicherung der Meinungsvielfalt weitgehend monopolisiert hat, nicht zumindest ein Mitentscheidungsrecht einzuräumen. Die KEK schlägt daher vor, das Benehmenserfordernis durch ein Einvernehmen zu ersetzen. Das wäre auch deshalb stimmiger, weil die KEK im Rahmen der Vergabe von Bonuspunkten nach § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV ohnehin entscheiden muss, ob die Drittfensterprogramme in jeder Hinsicht den Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrages entsprechen.

Regionalfensterprogramme wurden zwar zunächst zum Zweck der Steigerung der regionalen Vielfalt eingerichtet, dann aber im RStV zunehmend zu einem Instrument der Vielfaltsicherung ausgebaut. Die KEK ist daher folgerichtig auch dafür zuständig, bei der Vergabe des Bonus nach § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV zu prüfen, ob die der Sicherung der Meinungsvielfalt dienenden Voraussetzungen des § 25 Abs. 4 Satz 2 bis 5 RStV von den Regionalfensterprogrammen eingehalten werden (§ 36 Abs. 2 Satz 3 RStV weist lediglich die Feststellung der Voraussetzungen des § 25 Abs. 4 Satz 1 RStV den Landesmedienanstalten zu).

Daran wurde jedoch das Zulassungsverfahren für Regionalfensterprogramme noch nicht angepasst. Aus § 36 Abs. 2 Satz 2 RStV ergibt sich lediglich, dass vor der Zulassung der Regionalfensterveranstalter das Benehmen mit der KEK herzustellen ist. Die weitergehende Einbeziehung der KEK in die Zulassungsverfahren erscheint jedoch erforderlich, um eine einheitliche und konsistente Gesetzesanwendung bei der Zulassung und der Vergabe von „Bonuspunkten“ zu gewährleisten. Die KEK empfiehlt hierfür, die jeweilige Zulassung an das Einvernehmen der KEK zu binden.

Die KEK schlägt daher folgende Gesetzesänderung vor:

§ 36 Abs. 2 Satz 3 RStV wird wie folgt gefasst:

„Bei der Zulassung von Regionalfensterveranstaltern (§ 25 Abs. 4 Satz 3 RStV) und bei der Auswahl und Zulassung von Drittfensterveranstaltern (§ 31 Abs. 4 und RStV) ist zuvor das Einvernehmen mit der KEK herzustellen.“

1.5 Verhältnis der KEK zur KDLM

Die verwaltungsinterne „Revisionsinstanz“ der Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) kann auf Anrufung der zuständigen Landesmedienanstalt eine Entscheidung der KEK durch abweichenden Beschluss einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit ihrer Mitglieder aufheben (§ 37 Abs. 2 RStV). Sie wurde im Berichtszeitraum in einem Fall angerufen: Die BLM und die LMK beantragten am

26.01.2006, die Versagung der Unbedenklichkeitsbestätigung für der Übernahme der ProSiebenSat.1 Media AG durch die Axel Springer AG⁷⁷⁷ aufzuheben. Nach der einvernehmlichen Aufgabe des Übernahmehabens durch die Axel Springer AG und die Saban-Gruppe beantragte die BLM sodann am 24.02.2006 bei der KDLM, die Rechtswidrigkeit des KEK-Beschlusses festzustellen, während die LMK ihren Antrag auf Aufhebung der KEK-Entscheidung zurücknahm. Die KDLM stellte in ihrer Sitzung am 07.03.2006 fest, dass sich der erstgenannte Antrag der BLM durch die Aufgabe der Übernahmepläne in der Sache erledigt habe, und äußerte auch Zweifel an der Statthaftigkeit des Antrags der BLM auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der KEK-Entscheidung, den die BLM daraufhin zurücknahm.

In einem „obiter dictum“ erklärte die KDLM gleichwohl – ohne sich mit der Begründung des Beschlusses Az.: KEK 293 auseinanderzusetzen –, sie sei ungeachtet dessen der Auffassung, die von der KEK angewandte Bewertung der Stellung der Axel Springer AG auf medienrelevanten verwandten Märkten sei hinsichtlich der Abgrenzung der medienrelevanten verwandten Märkte und deren Gewichtung in sich nicht schlüssig und würde einer rechtlichen Bewertung nicht standhalten.⁷⁷⁸

Einzelne Direktoren von Landesmedienanstalten taten bereits vor Kenntnis der Entscheidungsgründe des KEK-Beschlusses und vor Anrufung der KDLM, der Vorsitzende sogar im Rahmen einer Presseerklärung, kund, dass – falls die KDLM angerufen werde – die Entscheidung der KEK keinen Bestand haben werde.⁷⁷⁹

Aus diesem Vorgang – dem einzigen, in dem die KDLM bislang zu einer Entscheidung aufgerufen war – wird deutlich, dass deren richtige Einordnung in das Verfahren selbst deren Mitgliedern Schwierigkeiten bereitet. Wie die KEK hat auch die KDLM am Maßstab des § 26 RStV zu prüfen, ob durch einen geplanten Zusammenschluss vorherrschende Meinungsmacht entsteht. Es handelt sich dabei um eine Aufgabe, die am Maßstab des Rechts und nicht politisch zu lösen ist. Das offenkundige Unverständnis in der KDLM für diese Aufgabe und ihre rechtlichen Rahmenbedingungen macht deutlich, dass bei einer Einschaltung der KDLM genau dies jedoch droht: Nicht am Maßstab des RStV, sondern nach Maßgabe von regionalen und nationalen Standortinteressen würde hier entschieden. Da dies unions- und verfassungsrechtlich nicht zulässig wäre, spricht sich die KEK dafür aus, auf die KDLM in Zukunft zu verzichten.

Sie stellt einen Fremdkörper im System der standortunabhängigen Medienkonzentrationskontrolle dar. Weder ihre Besetzung noch ihr Abstimmungsmodus gewährleisten, dass die Entscheidung der Sachverständigenkommission KEK ausschließlich an den Vorgaben des Medienkonzentrationsrechts überprüft wird. Angesichts dessen, dass Entscheidungen der KEK, die durch Bescheid der Landesmedienanstalt umgesetzt werden, auf dem Verwaltungsrechtsweg angreifbar sind (vgl. die Klarstellung in § 37 Abs. 4 RStV), besteht auch keine Notwendigkeit einer solchen verwaltungsinternen Kontrollinstanz.

Daraus ergibt sich folgender Vorschlag:

Streichung von § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 5 sowie § 37 Abs. 1 Satz 7 und Abs. 2 RStV.
Redaktionelle Anpassung von § 35 Abs. 2 Satz 2, Abs. 6 und Abs. 8 Satz 3, § 36 Abs. 1 und § 37 Abs. 3 RStV.

⁷⁷⁷ Vgl. Beschluss der KEK vom 10.01.2006 i.S. ProSiebenSat.1 Media AG, Az.: KEK 293; vgl. dazu ausführlich 9. Jahresbericht der KEK, Kapitel 6.1.

⁷⁷⁸ Vgl. Pressemitteilung der DLM vom 07.03.2006, abrufbar unter: <http://www.alm.de>.

⁷⁷⁹ Vgl. Pressemitteilung der DLM vom 13.01.2006, abrufbar unter: <http://www.alm.de>.

1.6 Vorschläge zur Reform der Medienaufsicht

Zum Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag haben die Länder eine Protokollerklärung abgegeben, wonach sie beabsichtigen, Strukturen und Finanzierung der Landesmedienanstalten zu überprüfen.⁷⁸⁰ Die Landesmedienanstalten haben daraufhin im Juni 2005 ein Eckpunktepapier vorgelegt, wie man nach ihrer Auffassung die gemeinsamen überregionalen Aufgaben in Zukunft noch effektiver bündeln könnte. Unter anderem schlagen sie die Integration der KEK in eine gemeinsame Kommission der Landesmedienanstalten „Zulassung und Aufsicht“ von bundesweitem Fernsehen vor, die paritätisch mit unabhängigen Experten und Vertretern der Landesmedienanstalten besetzt wäre.⁷⁸¹

Aus Sicht der KEK hat sich die Regelung, die Meinungsvielfalt im privaten Fernsehen durch ein in jeder Hinsicht unabhängiges und weisungsfreies Gremium von Sachverständigen zu sichern, grundsätzlich bewährt. Im Bereich des bundesweiten Fernsehens ist dadurch eine auch in Europa wohl einmalige Transparenz geschaffen worden, die Entscheidungen werden zügig getroffen und sind umfassend begründet. Statt die (standort-)unabhängige Stellung der KEK in Frage zu stellen, sollte sie vielmehr durch die oben vorgeschlagenen Reformen der Verfahrensvorschriften gestärkt werden.

1.7 Transparenz

Zu den Aufgaben der KEK gehört es, Transparenz über die Entwicklung im Bereich des bundesweit verbreiteten privaten Fernsehens zu schaffen. Dazu gehören die Veröffentlichung der jährlichen Programmliste, von Jahresberichten und Konzentrationsberichten sowie eine möglichst große Transparenz der Verwaltungspraxis z. B. durch Pressemitteilungen und geschwärzte Fassungen der Entscheidungen der KEK im Internet und Mitteilungen zu Auslegungsfragen.

Mit dem Ziel, Verflechtungen im Medienbereich transparent zu machen, hat die KEK im Jahr 2005 ihr Internetangebot überarbeitet und um zwei neue Kategorien erweitert: Unter www.kek-online.de werden nunmehr auch Informationen zu medienrelevanten verwandten Märkten veröffentlicht. Die Darstellung der Märkte ist nicht abschließend. Mit Blick auf die Veranstaltung von bundesweitem Fernsehen werden exemplarisch verschiedene Medienmärkte dargestellt (z. B. Ballungsraumfernsehen, Hörfunk, Mediendienste, Online-Medien, Publikumszeitschriften, Tageszeitungen, Sportrechte). Zusätzliche Informationen zu Beteiligungen von Unternehmen in den Bereichen bundesweites Fernsehen, Hörfunk und Presse enthält die Online-Datenbank.

Bislang leiten manche Landesmedienanstalten die Beschlüsse der KEK an die beteiligten Unternehmen nicht weiter. Dies widerspricht dem Grundsatz eines transparenten Verwaltungsverfahrens und dem rechtsstaatlichen Begründungserfordernis. Die KEK schlägt daher vor, § 37 Abs. 1 Satz 6 RStV wie folgt zu fassen:

„Sie sind deren Entscheidungen zugrunde zu legen und mit ihnen bekannt zu machen.“

⁷⁸⁰ Protokollerklärung der Länder zu § 10 Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag, wonach die Länder beabsichtigen, Strukturen und Finanzierung der Landesmedienanstalten gemeinsam zu überprüfen, und die Landesmedienanstalten zu Vorschlägen für Rationalisierungsmaßnahmen auffordern.

⁷⁸¹ Pressemitteilung der DLM vom 04.01.2006 und Reinhold Albert, zitiert in: Handelsblatt vom 04.01.2006, „Medienwächter stellen KEK in Frage“, sowie Papier der Landesmedienanstalten vom 11.09.2006 „Gewichtige Reformwerte“ – Vorschläge zu Rationalisierungspotenzialen, abgedruckt in: epd medien Nr. 87 vom 04.11.2006.

2 Schwerpunkte der Anwendungspraxis und Reformbedarf

2.1 § 26 RStV: Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen

§ 26 RStV⁷⁸² ist die Grundnorm zur Sicherung der Meinungsvielfalt im bundesweiten Fernsehen. In den Berichtszeitraum fallen Änderungen der im Jahre 2002 eingeführten Bonusregelung des § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV durch den Siebten und Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, die am 1. Juli 2004 bzw. 1. Juli 2005 in Kraft getreten sind.⁷⁸³

In der Entscheidung zur geplanten Übernahme der ProSiebenSat.1 Media AG durch die Axel Springer AG am 10. Januar 2006 hat die KEK, in Anwendung des Grundtatbestands § 26 Abs. 1 RStV, erstmals angemeldete Beteiligungsveränderungen nicht als unbedenklich bestätigt.⁷⁸⁴ In diesem Rahmen hat sie grundsätzlich zur Auslegung des § 26 RStV Stellung genommen, vor allem zum Tatbestandsmerkmal der vorherrschenden Meinungsmacht, zum Verhältnis der Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 RStV, zum Grundtatbestand des § 26 Abs. 1 RStV sowie zur Einbeziehung von Einflüssen auf den betroffenen medienrelevanten verwandten Märkten bei der Gesamtbeurteilung gemäß § 26 Abs. 1 RStV.

Neben diesem grundlegenden Beschluss und den Entscheidungen auch zur Gesamtbeurteilung der Medienaktivitäten der anderen großen Veranstaltergruppe RTL Group⁷⁸⁵ war ein weiterer Schwerpunkt der Anwendungspraxis, die neuen gesetzlichen Anforderungen an Regionalfensterprogramme bei der Vergabe von Bonuspunkten und Benehmensherstellung vor der Zulassung von Regionalfensterveranstaltern zu prüfen.

2.1.1 § 26 Abs. 1 und 2 RStV

2.1.1.1 Der Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht und das Verhältnis zwischen § 26 Abs. 1 und 2 RStV

Das Tatbestandsmerkmal der „vorherrschenden Meinungsmacht“ i. S. v. § 26 Abs. 1 RStV ist ein verfassungsrechtlich vorgeprägter Begriff. Vorherrschende Meinungsmacht bedeutet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass der Rundfunk einer oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird, die dann in hohem Maße einseitig auf die öffentliche Meinung Einfluss nehmen können, während andere Gruppen möglicherweise vom Meinungsbildungsprozess ausgeschlossen werden.⁷⁸⁶ Sie kann dadurch entstehen, dass eine Vielzahl von Rundfunkanbietern auf einen oder wenige große Veranstalter (bzw. an ihnen beteiligte Unternehmen) zusammenschmilzt. Sie kann sich auch aus einer Kombination von Einflüssen im Rundfunk und in der (regionalen oder überregionalen) Presse ergeben; soweit die Entstehung multimedialer Meinungsmacht zu Gefahren für die Meinungsvielfalt im Rundfunk zu führen droht, ist der Landes-

⁷⁸² Zum Wortlaut der Vorschrift vgl. unten Anlage.

⁷⁸³ Vgl. hierzu oben Kapitel I 2.2 und zum 6. Rundfunkänderungsstaatsvertrag bereits Konzentrationsbericht der KEK 2004, Kapitel I 2.1.1.3, S. 47.

⁷⁸⁴ Mit Beschluss vom 10.01.2006 hat die KEK festgestellt, dass die geplanten Beteiligungsveränderungen zu vorherrschender Meinungsmacht der Axel Springer AG führen würden; vgl. Beschluss i.S. ProSiebenSat.1 Media AG, Az.: KEK 293, abrufbar unter www.kek-online.de, Zusammenfassung im 9. Jahresbericht der KEK, Kapitel 6.1, abrufbar a. a. O. Zur Rezeption der Entscheidung vgl. ebenda, Abschnitt 6.1.3.

⁷⁸⁵ Insbesondere Beschluss i.S. n-tv, Az.: KEK 309.

⁷⁸⁶ Vgl. auch BVerfGE 57, 295, 322 f.

gesetzgeber im Rahmen seiner Rundfunkgesetzgebung zu Vorkehrungen verpflichtet.⁷⁸⁷ Schließlich kann vorherrschende Meinungsmacht daraus resultieren, dass Meinungsmacht im Rundfunk durch andere Faktoren verstärkt wird, insbesondere durch vertikale Verbindungen z.B. zwischen Fernsehveranstaltern und Netzbetreibern, Inhabern von Programmrechten oder Eigentümern von Programmzeitschriften.⁷⁸⁸

Zur Konkretisierung des Begriffs der vorherrschenden Meinungsmacht verweist § 26 Abs. 1 RStV auf die „nachfolgenden Bestimmungen“, d. h. vor allem die Vermutungsregeln des § 26 Abs. 2 RStV. Sie definieren nicht abschließend vorherrschende Meinungsmacht im Sinne von § 26 Abs. 1 RStV; vielmehr stellt § 26 Abs. 1 RStV einen eigenständigen Tatbestand dar. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der §§ 26 ff. RStV (vor allem der Formulierung „*wird vermutet*“), ihrer Entstehungsgeschichte, dem Bedeutungszusammenhang im Gesetz und in der gesamten Rechtsordnung sowie dem Zweck der Vorschriften.⁷⁸⁹

Den Vermutungstatbeständen lassen sich gesetzgeberische Leitbilder dessen entnehmen, wie der Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht zu konkretisieren ist.⁷⁹⁰ Danach ist Ausgangspunkt und zentrales Kriterium dafür, ob vorherrschende Meinungsmacht bejaht werden kann, der Zuschaueranteil im bundesweiten Fernsehen. Damit wird entscheidend auf die Möglichkeit abgestellt, durch Programme auf die Meinungsbildung ihrer Empfänger Einfluss zu nehmen. Der Zuschaueranteil ist zugleich ein von konkreten Gegebenheiten (z. B. Programminhalten, Sehdaueranteil innerhalb einzelner Zielgruppen etc.) weitgehend abstrahierter Indikator. Entscheidend ist danach allein, welcher Anteil an der Gesamtnutzung des Fernsehens auf die einem Unternehmen oder einer Unternehmensgruppe insgesamt zurechenbaren Programme entfällt.

Die zweite und dritte Vermutungsregel lassen erkennen, dass zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen auch Einflüsse auf die Meinungsbildung durch andere Medien zu berücksichtigen sind. Maßstab ist dabei, dass der insgesamt erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 v. H. oder mehr entsprechen muss. Mit dem Anknüpfen an einen Zuschaueranteil von 25 v. H. bringen diese Vermutungsregeln zugleich das Leitbild zum Ausdruck, dass anderweitige Meinungspotenziale erst bei einer durch hohe Zuschaueranteile ausgewiesenen starken Stellung im bundesweiten Fernsehen berücksichtigt werden dürfen. Je weiter ein Unternehmen mit seinen ihm zurechenbaren Programmen von einem Zuschaueranteil von 25 v. H. entfernt ist, umso gewichtiger müssen deshalb die sonstigen Meinungseinflüsse auf medienrelevanten verwandten Märkten sein, um sie berücksichtigen zu können. Zudem muss auch auf dem medienrelevanten verwandten Markt ein signifikantes Meinungspotenzial vorliegen, das durch eine entsprechend starke Stellung des Unternehmens in diesem Bereich zum Ausdruck kommt. Schließlich müssen in die Gesamtbetrachtung nach § 26 Abs. 1 RStV – auch hier orientiert an den Vorgaben des RStV – vielfaltverstärkende Aspekte einbezogen werden.

787 BVerfGE 73, 118, 175, 176.

788 BVerfGE 95, 163, 173.

789 Vgl. dazu bereits Konzentrationsbericht der KEK 2000, Kapitel I 4.2.3, und ausführlich Beschluss der KEK vom 10.01.2006 i. S. ProSiebenSat.1 Media AG, Az.: KEK 293, III 2 und 3 (auch mit umfänglichen Nachweisen zum Meinungsstand in der Literatur); vgl. dazu auch die Dokumentation des Symposiums der KEK „Medienrelevante verwandte Märkte in der rundfunkrechtlichen Konzentrationskontrolle – Auswahl, Messung und Bewertung“, Schriftenreihe der Landesmedienanstalten, Bd. 35, Panel I: Einbeziehung medienrelevanter verwandter Märkte bei der Anwendung des Zuschaueranteilsmodells (S. 13 ff.) und Anhang: Stellungnahmen im Rahmen der öffentlichen Befragung.

790 Vgl. dazu Beschluss der KEK i. S. ProSiebenSat.1 Media AG, Az.: KEK 293, III 4.

2.1.1.2 Berücksichtigung von Einflüssen auf medienrelevanten verwandten Märkten

Die Medienrelevanz eines einzubeziehenden „Marktes“ ergibt sich daraus, ob er für den Prozess öffentlicher Meinungsbildung von Bedeutung oder geeignet ist, die Meinungsmacht im Fernsehen zu verstärken (vor- und nachgelagerte Märkte). Die amtliche Begründung des 3. RÄndStV zu § 26 Abs. 2 nennt ausdrücklich Werbung, Hörfunk, Presse, Rechte und Produktion als „medienrelevante Märkte“, zu denen man zwischenzeitlich auch Online-Angebote zählen muss. Entscheidend für die Einbeziehung eines „medienrelevanten Marktes“ ist es, welchen Grad von „Verwandtschaft“ er mit dem bundesweiten Fernsehen aufweist. Er ergibt sich aus den mit dem bundesweiten Fernsehen vergleichbaren Leistungsmerkmalen mit Bezug auf den Meinungseinfluss. Dies sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorrangig Suggestivkraft, Breitenwirkung und Aktualität. Dagegen ist zur Bestimmung des Verwandtschaftsgrads der Medien der Vergleich der reinen Nutzungsdauer (Zeitdauer der Durchschnittskontakte) kein geeigneter Maßstab, da sich die Nutzungsformen und Rezeptionsweisen der verschiedenen Medien in Hinblick auf Aufmerksamkeit, Aktivität, Aufwand u. a. unterscheiden und sich dies in den unterschiedlichen Nutzungszeiten widerspiegelt.

Die Leistungsmerkmale Suggestivkraft, Breitenwirkung und Aktualität lassen sich wie folgt näher bestimmen:

Die Suggestivkraft eines Mediums kann als Ergebnis der Kombination von Kommunikationsformen/Text, Bild (bewegt/unbewegt) und Ton verstanden werden. Das Fernsehen kombiniert Text, bewegtes Bild und Ton miteinander. Bei allen anderen Medien, mit Ausnahme des Internets, wird ein engeres Spektrum an Kommunikationsformen eingesetzt.

Die Breitenwirkung fokussiert die Reichweite eines Mediums in der Gesamtbevölkerung. Nach entsprechenden Erhebungen erreichen Fernsehen und Hörfunk Werte über 80 %, die Zeitung verzeichnet rund 50 % Reichweite in der Gesamtbevölkerung. Internet und Zeitschriften bleiben weit dahinter zurück. Auch bei den Tageszeitungen sind insoweit Abschlüsse bei der Gewichtung erforderlich. Bei der Beurteilung der Breitenwirkung ist die zeitliche und räumliche Disponibilität eines Mediums ebenfalls zu berücksichtigen, also die Frage, ob ein Medienprodukt unabhängig von Zeit und räumlicher (technischer) Umgebung konsumiert werden kann.

Mit Aktualität ist üblicherweise Tagesaktualität gemeint.

Mit dem Zuschaueranteilsmodell knüpft der Gesetzgeber an das bundesweite Fernsehen als Gattung an, ohne es in Teilsegmente nach Programmhaltungen, Vertriebswegen oder Finanzierungsformen zu unterteilen. Das gebietet es, auch bei der Bestimmung der medienrelevanten verwandten Märkte in gleicher Weise vorzugehen, also etwa einen einheitlichen Tageszeitungs- oder Zeitschriftenmarkt – gelöst vom kartellrechtlichen Bedarfsmarktkonzept – zugrunde zu legen. Zudem muss der Meinungseinfluss nach einem Maßstab bewertet werden, der dem Zuschaueranteilsmodell, angepasst an die Besonderheiten des jeweiligen Mediums, bestmöglich entspricht.

Im konkreten Prüffall der Übernahme sämtlicher stimmberechtigter Anteile an der ProSiebenSat.1 Media AG durch die Axel Springer AG untersuchte die KEK hauptsächlich die Stellung der Axel Springer AG bei Tageszeitungen, Programmzeitschriften, Publikumszeitschriften, bei Online-Angeboten und im Hörfunk; sie kam zu dem Ergebnis, dass die starke Position der ProSiebenSat.1-Gruppe im bundesweiten privaten Fernsehen vor allem in Kombination mit der überragenden Stellung der Axel Springer AG im Bereich der Tagespresse zu vorherrschender Meinungsmacht führen würde. Im maßgeblichen Referenzzeitraum erreichten die zurechenbaren Programme Sat.1, ProSieben, kabel eins, N24 und 9Live einen Zuschaueranteil von insgesamt 22,06 %. ProSiebenSat.1 ist neben der RTL Group einer der beiden dominierenden Anbieter im bundesweiten Privatfernsehen. Die Zuschaueranteile anderer privater Veranstalter bleiben dahinter weit zurück. Unter

Berücksichtigung anderweitiger Medienaktivitäten hätte die Axel Springer AG einen Meinungseinfluss erhalten, der wie ein Zuschaueranteil von über 42 % im bundesweiten Fernsehen zu bewerten war.⁷⁹¹

Die *Tagespresse* ist nach den o.g. Kriterien ein dem Fernsehen besonders eng verwandter medienrelevanter Markt. Ihren potenziellen Meinungseinfluss bewertet die KEK mit Zweidrittel im Verhältnis zu demjenigen des bundesweiten Fernsehens. Dafür sind folgende Faktoren ausschlaggebend: Tageszeitungen stellen ebenso wie das Fernsehen ein tagesaktuelles Medium dar. Zwar bleibt die Tageszeitungsreichweite nach Marktuntersuchungen hinter der Fernsehreichweite zurück. Dem steht andererseits eine hohe zeitliche und räumliche Disponibilität dieses Mediums und die Möglichkeit der wiederholten Nutzung gegenüber. Bei der Suggestivkraft reichen Tageszeitungen im Allgemeinen nicht an das Fernsehen heran. Der medienkonzentrationsrechtlichen Bewertung legt die KEK den Gesamtmarkt der Tagespresse zugrunde, der gleichermaßen Abonnement- und Kaufzeitungen umfasst. Für die Bewertung der Stellung eines Unternehmens auf dem so definierten Gesamtmarkt der Tagespresse ist vornehmlich der anhand der Auflagenzahlen der Informationsgemeinschaft zur Feststellung der Verbreitung von Werbeträgern e. V. (IVW) ermittelte Auflagenanteil relevant. Die absolut überragende Stellung der Axel Springer AG im Gesamtmarkt der deutschen Tagespresse verschafft einen höheren Meinungseinfluss als eine Position in einem Pressemarkt, der von annähernd gleichgewichtigen Anbietern bestimmt würde.

Die Breitenwirkung des *Internets* ist mit einer Reichweite von 28 % in der Gesamtbevölkerung derzeit noch begrenzt. Hinzu kommt die mangelnde zeitliche und räumliche Disponibilität. Wie das Fernsehen und die Tageszeitung ist das Internet aber ein tagesaktuelles Medium. Auch die Suggestivkraft ist im Vergleich zum Fernsehen nicht wesentlich geringer. Für eine relativ hohe Gewichtung der Online-Medien spricht ihr Entwicklungspotenzial als Informationsmedium und die Möglichkeit der Nutzung multimedialer Angebote, vor allem über breitbandige Zugänge. Verschiedene Untersuchungen belegen, dass das Internet zunehmend als Alltagsmedium genutzt wird. Internet-Angebote von Medienunternehmen sind in engem Zusammenhang mit ihren übrigen Aktivitäten zu sehen und haben einen verstärkenden Effekt. Insgesamt konnte für das Internet von einem Gewichtungsfaktor 1/2 ausgegangen werden.

Der *Hörfunk* ist wie das Fernsehen und die Tageszeitung ein tagesaktuelles Medium. Bei der Reichweite liegt er mit 84 % leicht hinter dem Fernsehen. Im Hinblick auf die Disponibilität besteht für den Hörer eine Bindung an Übertragungskanal, Endgerät und Programmabfolge. Die Sug-

⁷⁹¹ Im Einzelnen war nach den Feststellungen der KEK der Anteil der Axel Springer AG am Gesamtmarkt der Tagespresse in Höhe von 26 % mit einem potenziellen Meinungseinfluss verbunden, der nach dem Zweidrittel-Bewertungsansatz einem Zuschaueranteil in Höhe von ca. 17 % im bundesweiten Fernsehen gleichgestellt werden konnte. Aus der starken Marktstellung der Axel Springer AG im Bereich der Programmzeitschriften ergab sich eine Äquivalenz zu einem Zuschaueranteil in Höhe von etwa 4 %. Die Axel Springer AG zählt bei den Publikumszeitschriften zu den stärksten Verlagsgruppen. Im Bereich der aktuellen Zeitschriften und Magazine ist sie nicht vertreten, hat dagegen in verschiedenen Special-Interest-Segmenten (Sport, Computer, Motor und Audio/Video/Foto) besonders starke Marktstellungen. Die Titel der „Bild“-Familie sind in ihren jeweiligen Segmenten marktführend. Bei einem Anteil der Axel Springer AG am Gesamtmarkt der Publikumszeitschriften von 8,16 % ergibt sich nach der oben dargestellten Gewichtung eine Äquivalenz zu einem Zuschaueranteil in Höhe von knapp 1 %. Unter Vorbehalt der derzeit mangelhaften Datenlage lässt sich schätzen, dass das gemeinsame Einflusspotenzial der Axel Springer AG und der ProSiebenSat.1 Media AG im Bereich der Online-Medien nach dem zugrunde gelegten Bewertungsansatz in etwa einem Zuschaueranteil von 3 % entspricht. Im Hörfunkbereich waren die bundesweit zurechenbaren Beteiligungen der Axel Springer AG zu gering, um im Rahmen einer Gewichtung des Einflusspotenzials der Axel Springer AG auf die Meinungsbildung berücksichtigt zu werden. Alle relevanten Einflusspotenziale im bundesweiten Fernsehen und auf den medienrelevanten verwandten Märkten zusammen genommen, verfügte die Axel Springer AG über eine Meinungsmacht, die derjenigen eines Fernsehveranstalters mit einem Zuschaueranteil von 47 % entspricht, wovon 22 % auf den Zuschaueranteil der ProSiebenSat.1-Gruppe und ein Äquivalenzwert von 25 % auf die medienrelevanten verwandten Märkte entfielen. Vgl. dazu ausführlich Beschluss der KEK i.S. ProSiebenSat.1 Media AG, Az.: KEK 293, IV 3.2.

gestivkraft vermittelt des Tons bleibt deutlich hinter der des Fernsehens zurück. Daher erscheint der Gewichtungsfaktor 1/2 angemessen.

Programmzeitschriften berichten nicht tagesaktuell. Sie stellen mit einer Reichweite von rund 60 % die mit Abstand reichweitenstärkste Gattung unter den Publikumszeitschriften dar, bleiben jedoch hinsichtlich der Breitenwirkung hinter dem Fernsehen deutlich zurück. Das Gleiche gilt für die Suggestivkraft; zeitliche und räumliche Disponibilität ist dagegen gegeben und entsprechend zu berücksichtigen. Bei der Frage der Gewichtung darf die spezielle inhaltliche Struktur von Programmzeitschriften nicht vernachlässigt werden. Der redaktionelle Teil macht hier nur höchstens 50 % aus. Ein deutlicher Abschlag bei Suggestivkraft und Breitenwirkung erscheint deshalb begründet. Wegen des speziellen Fernsehbezugs ist eine stärkere Gewichtung des Meinungseinflusses der Programmzeitschriften gegenüber anderen Publikumszeitschriften geboten. So kann etwa die Möglichkeit, bestimmte Fernsehprogramme bevorzugt darzustellen und deren Erfolgchancen am Markt zu erhöhen, nicht nur – bezogen auf einzelne Sendungen – zu höheren Zuschaueranteilen, sondern mittel- und längerfristig auch zu einer Verstärkung der Publikumsbindung an bestimmte Programme führen. Insgesamt kann für Programmzeitschriften ein Gewichtungsfaktor von einem Siebtel angesetzt werden.

Publikumszeitschriften berichten ebenfalls nicht tagesaktuell. Typische Erscheinungsfrequenzen sind die wöchentliche und 14-tägliche Erscheinungsweise, zum Teil erscheinen die Titel in noch größeren Intervallen. Sie erzielen je nach inhaltlicher Ausrichtung zum Teil sehr hohe Reichweiten. Aktuelle Zeitschriften, wie „Spiegel“, „Focus“ und „Stern“ spielen eine nicht unerhebliche Rolle bei der Bestimmung von Themen der gesellschaftspolitischen Diskussion (Agenda-Setting). Auch Zielgruppen- und Special-Interest-Titel können auf ihren Leserkreis, je nach inhaltlicher Ausrichtung, mehr oder weniger stark meinungsbeeinflussend wirken. Für die medienkonzentrationsrechtliche Bewertung ist entsprechend dem Ansatz des Zuschaueranteilsmodells für die Beurteilung von Meinungseinfluss im bundesweiten privaten Fernsehen, der nicht nach Genres und Programminhalten differenziert, der Anteil eines Unternehmens an der gesamten Auflage im Bereich der Publikumszeitschriften entscheidend. Starke Marktstellungen in unterschiedlichen Segmenten können aber als zusätzliche Faktoren in die Bewertung mit einfließen. Der Abstand der Breitenwirkung und Suggestivkraft der Publikumszeitschriften insgesamt zum Fernsehen ist erheblich; eine Gewichtung mit einem Zehntel erscheint angemessen.

In die Gesamtbeurteilung sind auch vielfaltverstärkende Umstände einzubeziehen. Dies sind, wie es die Bonusregelung des § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV zum Ausdruck bringt, vor allem Regional- und Drittfensterprogramme. Im konkreten Fall wurde die zu erwartende Meinungsmacht der Axel Springer AG nicht in ausreichendem Maß durch vielfaltverstärkende Umstände reduziert. Selbst wenn man einen Wert von 5 Prozentpunkten für die Regional- und Drittfenster im Programm von Sat.1 hätte anrechnen können, hätte dies bei weitem nicht genügt, um die potenzielle Meinungsmacht der Axel Springer AG auf ein unbedenkliches Maß zurückzuführen. Maßnahmen, um die entstehende Meinungsmacht auf andere Art und Weise zu neutralisieren – den Verzicht auf den Erwerb von Sat.1 oder ProSieben oder die verbindliche binnenplurale Ausgestaltung eines dieser Sender –, hatten die Antragsteller abgelehnt. Die KEK hat daher das angemeldete Übernahmehaben nicht als unbedenklich bestätigt.

Auch im Hinblick auf die zweite große Veranstaltergruppe RTL Group/Bertelsmann AG prüft die KEK in ständiger Spruchpraxis den Grundtatbestand des § 26 Abs. 1 RStV unter Berücksichtigung der umfangreichen Medienaktivitäten dieser Gruppe.⁷⁹² Anlass hierzu war im Berichtszeit-

792 Vgl. in der Vergangenheit insbesondere Beschlüsse der KEK Az.: KEK 040, 080 und 156.

raum vor allem die angemeldete Übernahme der 50 %igen Beteiligung der CNN/Time Warner Beteiligungs OHG an der n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH & Co. KG durch die RTL Television GmbH, die dadurch Alleingesellschafterin von n-tv wurde.⁷⁹³

Die der RTL Group im bundesweiten Fernsehen zuzurechnenden Programme RTL, Super RTL, VOX, n-tv, Traumpartner TV und K1010 erreichten im maßgeblichen Referenzzeitraum einen Zuschaueranteil von insgesamt 25,2 %; aufgrund der Anerkennung von Bonuspunkten für die im Programm RTL veranstalteten Regionalfensterprogramme⁷⁹⁴ lag der im Rahmen des zweiten und dritten Vermutungstatbestands relevante Zuschaueranteil der RTL Group jedoch unter der Vermutungsschwelle von 25 %: Die Zuschaueranteile von n-tv waren der RTL Group schon bislang zugerechnet worden. Das Ausscheiden der CNN/Time Warner Beteiligungs OHG aus dem n-tv-Gesellschafterkreis bedeutete nur einen graduellen Zuwachs an Einflussmöglichkeiten, der nicht geeignet war, die Annahme zu begründen, die RTL Group erlange vorherrschende Meinungsmacht. Insgesamt entspricht der Meinungseinfluss der RTL Group und der Bertelsmann AG im bundesweiten Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten der Referenzgröße eines bundesweiten Zuschaueranteils von etwa 27 %. Daran ändert sich auch nichts, wenn man – ohne dies im Sinne von Zuschaueranteilen gesondert zu bewerten – die starke Stellung der Bertelsmann-Gruppe auf den Submärkten für aktuelle politische Zeitschriften berücksichtigt. Dieser Äquivalenzwert ist zwar erheblich, liegt jedoch noch nennenswert unter der Messgröße eines Zuschaueranteils von 30 %, bei der vorherrschende Meinungsmacht zu vermuten ist, und führt bei einer sich daran orientierenden Bewertung auch im Prüfungsrahmen des § 26 Abs. 1 RStV nicht zur Feststellung vorherrschender Meinungsmacht.

Im Einzelnen berücksichtigte die KEK im Hörfunkbereich einen in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrags zurechenbaren Hördaueranteil der RTL Group von 6,6 %; der nach dem oben dargelegten Gewichtungsansatz in etwa einem Zuschaueranteil im bundesweiten Fernsehen von 3 % entsprach, sowie einen Marktanteil der Online-Angebote, der ebenfalls in etwa wie ein Zuschaueranteil von 3 % zu bewerten war. Ferner ist die Bertelsmann AG als Gesellschafterin der Gruner + Jahr AG & Co. KG an einer Vielzahl von Verlagen im Bereich der Publikumszeitschriften beteiligt.⁷⁹⁵ Aktuelle Zeitschriften zu politischen Themen spielen eine nicht unerhebliche Rolle bei der Beeinflussung der gesellschaftspolitischen Diskussion (Agenda-Setting). Auch Zielgruppenzeitschriften oder Special-Interest-Titel können auf ihren Leserkreis meinungsbeeinflussend wirken. Die Relevanz dieser Zeitschriften für die öffentliche Meinungsbildung mag dabei je nach inhaltlicher Ausrichtung im Einzelfall variieren. Entsprechend dem Ansatz des Zuschaueranteilsmodells für die Beurteilung von Meinungseinfluss im bundesweiten privaten Fernsehen, der nicht nach Genres und Programminhalten differenziert, ist der Gesamtmarkt der Publikumszeitschriften entscheidend. Starke Marktstellungen in unterschiedlichen Segmenten können aber als zusätzliche Faktoren in die Bewertung mit einfließen. Der Marktanteil der Bertelsmann AG liegt bei etwa 9,3 %. Dabei ist zusätzlich die starke Stellung bei den politischen Wochentiteln zu berücksichtigen. Bei der Bewertung des Meinungseinflusses der Publikumszeitschriften ging die KEK im konkreten Fall von einem Äquivalenzwert von gerundet 1 % aus. Die Bertelsmann AG ist darüber hinaus in weiteren Medienmärkten aktiv (u. a. in den Bereichen TV-Produktion, Rechtehandel, Buch, Musik, Video/DVD und mobile Dienste), die jedoch der Fernsehveranstaltung nicht

⁷⁹³ Vgl. Beschluss der KEK vom 08.05.2006 i.S. n-tv, Az.: KEK 309 (vgl. auch die Zusammenfassung im 9. Jahresbericht der KEK, Kapitel 3.2.15), sowie die Folgeentscheidungen Beschluss vom 13.06.2006 i.S. RTL Group, Az.: KEK 289, und Beschluss vom 11.07.2006 i.S. RTL Group/Bertelsmann AG, Az.: KEK 341.

⁷⁹⁴ Dazu s. u. Kapitel III 2.1.1.4.

⁷⁹⁵ Zu den Beteiligungen der Bertelsmann AG an Publikumszeitschriften s. o. II 2.1.4.2.1.

in einer Weise vergleichbar sind, die es ermöglichte, ihre jeweiligen Einflusspotenziale den Zuschaueranteilen entsprechend abzubilden. Crossmediale Verflechtungen im Bertelsmann-Konzern, die die Verwertung von Inhalten über verschiedene Verbreitungs Kanäle (Video, Bild- oder Tonträger etc.) ermöglichen, vertiefen den potenziellen Meinungseinfluss dieser Gruppe. Das fließt in die Gesamtbewertung mit ein.

2.1.1.3 Überlegungen zur Gewichtung der medienrelevanten verwandten Märkte

Nach dem Vermutungstatbestand des § 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alt. RStV ist, wenn ein Unternehmen einen Zuschaueranteil von 25 % erreicht, zu prüfen, ob eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 % im Fernsehen entspricht. Zur Frage, nach welchen Kriterien diese Gesamtbeurteilung zu erfolgen hat, hatte im Sommer 2003 Herr Prof. Dr. Uwe Hasebrink vom Hans-Bredow-Institut im Auftrag der KEK ein kommunikationswissenschaftliches Gutachten vorgelegt.⁷⁹⁶ Er entwickelte, ausgehend von der Prämisse, dass sich die Einbeziehung verwandter Märkte möglichst an der Logik des Zuschaueranteilsmodells, d. h. am potenziellen Meinungseinfluss orientieren sollte, ein „Punktemodell“ für die sinngemäße Übertragung des Zuschaueranteilsmodells auf die Publikumsmärkte je nach dem Grad des möglichen Meinungseinflusses (gemessen u. a. an Zahl und Dauer der Publikumskontakte, Reichweite, Nutzungsdauer und Kundenbindung). Für Verflechtungen mit vorgelagerten Märkten, nicht-publizistischen Publikumsmärkten und nachgelagerten Märkten werden andere Kriterien umrissen.⁷⁹⁷

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen medienrelevante verwandte Märkte in die Vielfaltssicherung einbezogen werden können und ob Publikumskontakte geeignet sind, um Meinungseinfluss festzustellen und vorherrschende Meinungsmacht zu beurteilen, diskutierten auf Einladung der KEK am 17.10.2005 in Potsdam die Teilnehmer eines Symposiums mit Experten der Rechts- und Kommunikationswissenschaften. Das Symposium bildete den Abschluss der öffentlichen Befragung, die die KEK im ersten Halbjahr 2005 zu diesem Thema durchgeführt hatte.

Entwickelt wurden unterschiedliche Modelle zur Messung und Gewichtung von Meinungseinfluss.⁷⁹⁸ Dabei wurde die Auffassung vertreten, die Entscheidung des Gesetzgebers für das eher grobe Instrument des Zuschaueranteilsmodells im Fernsehbereich verbiete eine zu starke Ausdifferenzierung bei der Prüfung des Meinungseinflusses auf anderen Medienmärkten. Die KEK müsse eine Gewichtung vornehmen, die die Ausgangsbedingungen und Einflusspotenziale der jeweiligen Märkte berücksichtigt. Als besonders bedeutend für die öffentliche Meinungsbildung wurden dabei die Tagespresse und der Hörfunk hervorgehoben. Ein Gewichtungsmodell dürfe nicht als mathematische Formel begriffen werden und müsse flexibel auf Veränderungen z. B. beim Nutzungsverhalten reagieren können.

Die Rede- und Diskussionsbeiträge des Symposiums sowie die Stellungnahmen im Rahmen der öffentlichen Befragung wurden im August 2006 in der Schriftenreihe der Landesmedienanstalten veröffentlicht.⁷⁹⁹

⁷⁹⁶ Uwe Hasebrink, Zur Berücksichtigung medienrelevanter verwandter Märkte bei der Anwendung des Zuschaueranteilsmodells (§ 26 Abs. 2 Satz 2 RStV), Gutachten abrufbar unter: <http://www.kek-online.de/kek/information/publikation/gutachten.html>.

⁷⁹⁷ Vgl. bereits Konzentrationsbericht der KEK 2004, Kapitel IV 2.1.1.2.

⁷⁹⁸ Vgl. Dokumentation des Symposiums der KEK, Medienrelevante verwandte Märkte in der rundfunkrechtlichen Konzentrationskontrolle – Auswahl, Messung und Bewertung, Schriftenreihe der Landesmedienanstalten, Bd. 35, „Panel II“, S. 51 ff.

⁷⁹⁹ Wie vor, auch abrufbar unter http://www.kek-online.de/Inhalte/antworten_zur_oeffentlichen_befragung.htm.

2.1.1.4 Bonusregelung des § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV; Regionalfensterproblematik

Sind im reichweitenstärksten Vollprogramm einer Veranstaltergruppe Fensterprogramme eingerichtet, die den staatsvertraglichen Vorgaben entsprechen, so sind gemäß § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV bei der Prüfung des zweiten und dritten Vermutungstatbestands für vorherrschende Meinungsmacht auf den bundesweiten Zuschaueranteil dieser Gruppe für die Regionalfenster zwei Prozentpunkte und für die Drittsendezeiten drei weitere Prozentpunkte in Abzug zu bringen.⁸⁰⁰ Für die Regionalfenster gelten neben den Mindestvoraussetzungen für den Umfang und den regionalen Bezug der Programme, die weiterhin die Landesmedienanstalten überwachen,⁸⁰¹ seit dem 01.04.2005 die von der KEK zu überprüfenden Vorgaben, dass der Hauptprogrammveranstalter organisatorisch die *redaktionelle Unabhängigkeit* des Fensterprogrammveranstalters sicherstellt, dieser eine *gesonderte Zulassung* innehat und zum Hauptprogrammveranstalter *nicht im Verhältnis eines verbundenen Unternehmens* nach § 28 RStV steht. Ferner ist mit der Organisation der Fensterprogramme deren *Finanzierung* durch den Hauptprogrammveranstalter sicherzustellen.⁸⁰² Vor der Zulassungsentscheidung hat die zuständige Landesmedienanstalt das Benehmen mit der KEK herzustellen (§ 36 Abs. 2 Satz 3 RStV).

Im Berichtszeitraum wurden Zulassungsverfahren für sämtliche RTL-Regionalfenster (Niedersachsen/Bremen, Hamburg/Schleswig-Holstein, Nordrhein-Westfalen, Hessen und Baden-Württemberg/Rheinland-Pfalz) sowie die Sat.1-Regionalfenster in Bayern, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen/Bremen und Hamburg/Schleswig-Holstein abgeschlossen.⁸⁰³ Das Hauptproblem bestand darin, dass der Gesetzgeber mit Wirkung zum 01.04.2005 die rechtliche Unabhängigkeit der Regionalfensterveranstalter vorgeschrieben hat, ohne eine Übergangsregelung vorzusehen. An der Mehrzahl ihrer Fensterveranstalter sind jedoch die Hauptprogrammveranstalter RTL bzw. Sat.1 mit mehr als 25 % der Anteile beteiligt. Sie machten im Hinblick auf ihre in diese Regionalfenster getätigten Investitionen Vertrauensschutz geltend. Dem schlossen sich im Ergebnis alle regional zuständigen Landesmedienanstalten (BLM, LPR Hessen, HAM, ULR, LfM und NLM) an und erteilten allen rechtlich abhängigen Regionalfensterveranstaltern für eine Übergangsfrist eine Zulassung. Dabei begründeten sie den Rechtsgrund (und damit verbunden: die Dauer) für den Vertrauensschutz durchaus unterschiedlich: Zum Teil wurde die Vorschrift des § 25 Abs. 4 Satz 4 RStV aus verfassungsrechtlichen Gründen für „derzeit nicht anwendbar“ erklärt; überwiegend Vertrauensschutz aus einer vor Einführung des Erfordernisses rechtlicher Abhängigkeit erteilten regionalen Lizenz des Fenster- oder des Hauptveranstalters abgeleitet; schließlich wurde Vertrauensschutz auch mit der noch fortgeltenden Lizenz für das Hauptprogramm begründet.

Nach Auffassung der KEK kann sich Vertrauensschutz allein aus einem schutzwürdigen Vertrauen der Unternehmen in den Fortbestand der alten Gesetzeslage zu den Regionalfenstern (§ 25 Abs. 4 Satz 4 RStV) ergeben. Verfassungsrechtlich anerkannt ist die Möglichkeit, die Anwendung geänderter Rechtsvorschriften auf Grundlage von Art. 14 GG für einen angemessenen Übergangszeitraum auszusetzen, wenn die sofortige Anwendung der Vorschrift unverhältnismäßig ist. Demnach kann von der Sollbestimmung des § 25 Abs. 4 Satz 4 RStV im konkreten Fall eine Ausnahme gemacht werden, soweit dem betroffenen Haupt- oder Fensterprogrammveranstalter sonst unzumutbare Verluste drohen, wenn er in der Vergangenheit im Vertrauen auf den Fortbestand der alten Rechtslage investiert hat und dafür einen Ausgleich im Wege der Amortisation über eine angemessene

800 S. o. Kapitel 2.2.2 und ausführlich 9. Jahresbericht der KEK, Kapitel 6.2.1.

801 §§ 25 Abs. 4 Satz 1, 36 Abs. 2 Satz 2 RStV.

802 § 25 Abs. 4 Sätze 2 bis 5 RStV und § 36 Abs. 2 Satz 3 RStV.

803 Vgl. Beschlüsse der KEK Az.: 294, 306-1 und -2, 306-3 und -4, 308-1 und -2, 313, 314, 328, 329 sowie 308-3 und -4; Zusammenfassungen im 9. Jahresbericht der KEK, Kapitel 3.4, 3.5.3.1 und 3.5.3.2; das Regionalfenster für Niedersachsen/Bremen wird nach Verkürzung des beantragten Zulassungszeitraumes erneut überprüft (Az.: KEK 393).

Fortdauer der Fensterprogrammbeziehung erwarten kann. Zusätzlich setzt dies – im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm – voraus, dass besondere Vorkehrungen zur Sicherung der redaktionellen Unabhängigkeit des Fensterveranstalters getroffen werden. Dagegen kann nicht schon allein aus der Fortgeltung einer Zulassung für das Hauptprogramm, das die Regionalfenster nicht zum Regelungsgegenstand hat, Vertrauensschutz abgeleitet werden.

Im Rahmen der Zulassungsverfahren wies RTL erhebliche Investitionen in ihre Regionalfenster vor Inkrafttreten des 8. RÄndStV nach, die die Einräumung einer Übergangsfrist für den von den Landesmedienanstalten vorgesehenen Zeitraum (zumeist bis Mitte 2008) rechtfertigten; zudem hat RTL zusätzliche Vorkehrungen für die redaktionelle Unabhängigkeit dieser Fensterveranstalter getroffen. Daher bestanden gegen die Zulassung der von RTL rechtlich abhängigen Fensterveranstalter für die vorgesehene Übergangszeit keine Bedenken aus Gründen der Sicherung der Meinungsvielfalt.⁸⁰⁴ Die KEK hat in der Folge im Rahmen mehrerer medienkonzentrationsrechtlicher Prüfverfahren zugunsten der RTL Group für die RTL-Regionalfenster Bonuspunkte angerechnet und dies auch im Rahmen der Gesamtwürdigung gemäß § 26 Abs. 1 RStV berücksichtigt.⁸⁰⁵

Dagegen wurden für das Sat.1-Regionalfenster Bayern weder ein Grund für die Abweichung von der Sollensbestimmung⁸⁰⁶ noch zusätzliche Vorkehrungen zur Absicherung der redaktionellen Unabhängigkeit dargelegt; die KEK hatte daher im Rahmen der Benehmensherstellung mit der BLM Bedenken gegen die beabsichtigte Zulassung.⁸⁰⁷ Somit können derzeit im Rahmen von medienkonzentrationsrechtlichen Verfahren, die Veranstalter der ProSiebenSat.1-Gruppe betreffen, die Sat.1-Regionalfensterprogramme nicht in vollem Umfang als vielfaltsichernde Maßnahme anerkannt werden. Das war z. B. im Rahmen der o. g. Entscheidung zur geplanten Übernahme der ProSiebenSat.1-Gruppe durch die Axel Springer AG zu berücksichtigen. Für das Sat.1-Regionalfenster Niedersachsen/Bremen hat zwar die ProSiebenSat.1 Media AG zusätzliche Vorkehrungen zum Schutz der redaktionellen Unabhängigkeit angeboten. Jedoch beabsichtigten die NLM und die brema zunächst, den Beteiligten für die Ausnahme von der Sollvorschrift eine Übergangsfrist bis Mitte 2010 einzuräumen, deren Angemessenheit zur Amortisation der Investitionen von Sat.1 jedoch nicht dargelegt wurde. Die KEK hatte daher Bedenken gegen die beabsichtigte Zulassungsentscheidung.⁸⁰⁸ Die Sat.1 Nordeutschland GmbH hat daraufhin ihren Zulassungsantrag für die Regionalfenster in Niedersachsen/Bremen und Hamburg/Schleswig-Holstein dahingehend modifiziert, dass nunmehr eine Laufzeit bis Mitte 2008 beantragt wird. Gegen die Zulassung als Regionalfensterveranstalter für Hamburg/Schleswig-Holstein hatte die KEK demzufolge keine Bedenken,⁸⁰⁹ die Zulassung für Niedersachsen/Bremen wird vor diesem Hintergrund erneut überprüft⁸¹⁰.

2.1.1.5 Reformvorschlag

Die dargestellten Entscheidungen der KEK in Anwendung des § 26 Abs. 1 und Abs. 2 RStV zeigen, dass man mit den derzeitigen materiell-rechtlichen Regelungen im Rundfunkstaatsvertrag zur Sicherung der Meinungsvielfalt sachgerecht arbeiten kann.⁸¹¹ Der Gesetzgeber war im Ergebnis klug beraten, den unbestimmten Rechtsbegriff der „vorherrschenden Meinungsmacht“ nur durch

804 Vgl. Beschlüsse der KEK Az.: KEK 306-1 und -2, 306-3 und -4, 313 und 328.

805 Vgl. Beschlüsse der KEK i.S. RTL Group, Az.: KEK 289, i.S. n-tv, Az.: KEK 309 und i.S. Bertelsmann AG, Az.: KEK 341.

806 Die tv weiß-blau Rundfunkprogrammanbieter GmbH, eine 100%ige Tochtergesellschaft der SAT. SatellitenFernsehen GmbH, hält eine Beteiligung an der Privatfernsehen in Bayern GmbH & Co. KG in Höhe von 49,9%.

807 Vgl. Beschluss der KEK i.S. Benehmensherstellung Sat.1-Regionalfenster Bayern, Az.: KEK 294.

808 Vgl. Beschluss der KEK i.S. Benehmensherstellung Sat.1-Regionalfenster Niedersachsen/Bremen, Az.: KEK 308-1 und -2.

809 Vgl. Beschluss der KEK i.S. Benehmensherstellung Sat.1-Regionalfenster Hamburg/Schleswig-Holstein, Az.: KEK 308-3 und -4.

810 Vgl. Prüfverfahren i.S. Sat. 1 Nordeutschland, Az.: KEK 393.

811 Vgl. zur Diskussion um die Reformbedürftigkeit des Rundfunkstaatsvertrags auch epd medien 10/2006, S. 10.

Vermutungsregeln zu umschreiben. Dies ist in jedem Fall besser als der Versuch, eine Detailregelung zu treffen. Denn die Wirklichkeit ist weitaus komplexer, als das der Gesetzgeber, der eine Prognose der künftigen Entwicklungen vornehmen müsste, vorher abschätzen kann. Auf neue Herausforderungen kann man wesentlich besser mit einem Tatbestand reagieren, der unbestimmte und daher auslegungsbedürftige Begriffe enthält, solange diese ausreichend konkretisierbar sind. Dies ist bei dem Begriff „vorherrschende Meinungsmacht“ der Fall.

Dies schließt es nicht aus, die vorhandenen Vorschriften klarer zu fassen. § 26 Abs. 2 RStV ist durch wiederholte Änderungen und Ergänzungen unübersichtlich geworden. Das gilt insbesondere für die zweite und dritte Vermutungsregelung und die Bonusregelung des § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV. Zudem sollte die Leitbildfunktion des § 26 Abs. 2 RStV für die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht außerhalb der Vermutungsregelungen im Wortlaut besser zum Ausdruck kommen. Dem könnte folgende Fassung des **§ 26 Abs. 2 RStV** dienlich sein:

„Erreichen die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 30 vom Hundert, so wird vermutet, dass vorherrschende Meinungsmacht gegeben ist. Bei der Entscheidung, ob unabhängig vom Vermutungstatbestand des Satzes 1 vorherrschende Meinungsmacht gegeben ist, ist neben dem Zuschaueranteil auch die Stellung des Unternehmens in den dem Fernsehen verwandten, für die Meinungsbildung relevanten Bereichen, insbesondere in den Bereichen des Hörfunks, der Tageszeitungen, der Programmzeitschriften, der Publikumszeitschriften und der Online-Angebote, sowie auf den der Fernsehveranstaltung vor- und nachgelagerten Märkten zu berücksichtigen. Die medialen Angebote sind nach Maßgabe ihrer Suggestivkraft, Breitenwirkung und Tagesaktualität zu bewerten und zu gewichten. Ferner sind vielfaltverstärkende Aktivitäten, insbesondere die Aufnahme von Regionalfensterprogrammen gemäß § 25 Abs. 4 und die gleichzeitige Aufnahme von Sendezeit für Dritte nach Maßgabe des Absatzes 5, entsprechend zu bewerten. Die KEK kann durch eine Richtlinie nähere Regelungen zur Anwendung dieser Vorschrift treffen.“

2.1.2 § 26 Abs. 3 und 4 RStV

Die Rechtsfolgen der Entstehung vorherrschender Meinungsmacht sind in einer verwirrend gleichlautenden Formulierung sowohl in § 26 Abs. 3 als auch in § 26 Abs. 4 RStV geregelt; (nur) aus den in § 26 Abs. 3 vorgesehenen Rechtsfolgen und den in § 26 Abs. 4 genannten Abhilfemaßnahmen lässt sich ableiten, dass der Absatz 3 für Fälle externen Wachstums (d. h. die Zulassung weiterer Programme oder der Erwerb weiterer Beteiligungen) gilt, der Absatz 4 dagegen für die Entstehung vorherrschender Meinungsmacht durch internes Wachstum (Anstieg des Zuschaueranteils).⁸¹²

Geplante Beteiligungsveränderungen, durch die vorherrschende Meinungsmacht entsteht, dürfen nach §§ 29 Satz 3, 26 Abs. 3 RStV nicht als unbedenklich bestätigt werden.⁸¹³ Gleichwohl hat die KEK in Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Fall der angemeldeten Übernahme der ProSiebenSat.1 Media AG durch die Axel Springer AG den Rechtsgedanken des § 26 Abs. 4 RStV auch bei einer Beteiligungsveränderung berücksichtigt und zunächst geprüft, ob die Möglichkeit besteht, das Eintreten vorherrschender Meinungsmacht durch die Meinungsvielfalt sichernde Vorkehrungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu vermeiden. Dies war im konkreten Fall zu verneinen und daher die Unbedenklichkeitsbestätigung zu versagen.⁸¹⁴

⁸¹² Vgl. bereits Konzentrationsbericht der KEK 2000, Kapitel I 4.2.5.

⁸¹³ So auch § 29 Satz 3 RStV.

⁸¹⁴ Vgl. Beschluss der KEK i. S. ProSiebenSat.1 Media AG, Az.: KEK 293, V.

Die Rechtsfolgen, die beim Entstehen von vorherrschender Meinungsmacht durch äußeres Wachstum eintreten, sind in § 26 Abs. 3 RStV nicht eindeutig formuliert. Der Wortlaut kann zu dem Missverständnis führen, dass die Nichterteilung der Zulassung bzw. die Versagung der Unbedenklichkeit einer Beteiligungsveränderung die bereits *vorher* eingetretene vorherrschende Meinungsmacht voraussetzt. Dem kann durch folgende Fassung des **§ 26 Abs. 3 RStV** Rechnung getragen werden:

„Eine Zulassung darf nicht erteilt und eine Beteiligungsveränderung nicht als unbedenklich bestätigt werden, wenn ein Unternehmen dadurch mit den ihm zuzurechnenden Programmen vorherrschende Meinungsmacht erlangen würde.“

2.1.3 § 26 Abs. 5 RStV i. V. m. § 31 RStV: Sendezeiten für unabhängige Dritte

2.1.3.1 Benehmensherstellung

Nach § 26 Abs. 5 RStV hat ein Veranstalter, der mit einem Vollprogramm oder einem Spartenprogramm mit Schwerpunkt Information im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 10 % erreicht, Sendezeit für unabhängige Dritte nach Maßgabe von § 31 RStV einzuräumen. Gleiches gilt für den Veranstalter des zuschauerstärksten Programms einer Gruppe, die einen Zuschaueranteil von 20 % erreicht, ohne dass eines der Vollprogramme oder Informationsspartenprogramme einen Zuschaueranteil von 10 % erzielt. Vor Auswahl und Zulassung der Drittfensterprogrammanbieter stellt die zuständige Landesmedienanstalt das Benehmen mit der KEK her.⁸¹⁵

Im Berichtszeitraum waren lediglich Sendezeitverschiebungen der Drittfensterprogramme bei Sat.1 Gegenstand der Benehmensherstellung mit der KEK.⁸¹⁶

Mitte 2003 hatten die für Sat.1 zuständige LMK und die für RTL zuständige NLM erneut die Zulassungen der unabhängigen Dritten in diesen Hauptprogrammen vergeben. Sie wählten jeweils in Abstimmung mit den Hauptveranstaltern wieder die bisherigen Drittsendezeitveranstalter aus: bei Sat.1 auf der 1. Sendezeitschiene die News and Pictures GmbH sowie auf der 2. und 3. Sendezeitschiene die DCTP Entwicklungsgesellschaft für TV-Programm mbH („DCTP“), und bei RTL auf der 1. Sendezeitschiene ebenfalls DCTP und auf der 2. Sendezeitschiene die AZ Media TV GmbH.⁸¹⁷ Alle Drittfensterzulassungen wurden in Abweichung von der Sollvorschrift des § 31 Abs. 6 Satz 4 RStV nicht auf drei Jahre, sondern auf fünf Jahre befristet. Dies hielt die KEK im Hinblick auf die Zulassung der Drittfensterprogramme bei RTL für hinreichend begründet; dagegen lagen nach Auffassung der KEK im Fall der Drittfensterlizenzen bei Sat.1 keine hinreichenden Gründe für die Ausnahme vom Regelfall vor.⁸¹⁸

2.1.3.2 Drittwiderspruch und Klage der Focus TV GmbH

Die Focus TV GmbH, die sich um die an DCTP vergebenen Drittsendezeiten sowohl bei RTL als auch bei Sat.1 beworben hatte, legte gegen die Zulassung von DCTP für die 1. Sendezeitschiene bei RTL bei der NLM Widerspruch ein. Gegen die Zulassung von DCTP für die 2. und 3. Sendezeitschiene bei Sat.1 erhob sie unmittelbar Klage vor dem Verwaltungsgericht. Die NLM bezog die

⁸¹⁵ Zum Reformvorschlag, statt dessen das Einvernehmen mit der KEK vorzusehen, s. o. Kapitel III 1.4.

⁸¹⁶ Vgl. die Beschlüsse Az.: KEK 281, 288 und 305. Ferner wurde eine Beteiligungsveränderung bei der AZ Media TV GmbH angemeldet, Prüfverfahren Az.: KEK 386. Im November 2006 hat die LMK das Verfahren zur erneuten Vergabe der Drittsendezeiten bei Sat.1 eingeleitet, Prüfverfahren Az.: KEK 383.

⁸¹⁷ Vgl. dazu bereits Konzentrationsbericht der KEK 2004, Kapitel IV 2.1.2, sowie ausführlich 6. Jahresbericht der KEK, Kapitel 3.3, und 7. Jahresbericht, Kapitel 6.3.1.

⁸¹⁸ Vgl. Beschluss der KEK i. S. Zulassung der Drittfensterveranstalter bei Sat.1, Az.: KEK 136-5; vgl. dazu bereits Konzentrationsbericht der KEK 2004, Kapitel IV 2.1.2.

KEK in das Widerspruchsverfahren ein; am Gerichtsverfahren zu den DCTP-Drittsendezeiten bei Sat.1 war die KEK dagegen nicht beteiligt. Parallel beantragte die Focus TV GmbH jeweils einstweiligen Rechtsschutz gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Drittsendezeitulassungen.

Gemäß §§ 31, 28 Abs. 1 Satz 2 RStV muss ein Drittfensterveranstalter vom Hauptprogrammveranstalter rechtlich unabhängig sein. Das Verwaltungsgericht Hannover schloss sich bei der summarischen Überprüfung der Erfolgsaussichten der Klage im Hauptsacheverfahren in der Frage der rechtlichen Unabhängigkeit der DCTP von RTL der Auffassung der KEK an, es gebe keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass auf der Stufe der Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co. KG die Gruner + Jahr AG & Co. als mit dem Spiegel-Verlag verbundenes Unternehmen im Sinne von §§ 31, 28 Abs. 1 Satz 2 RStV anzusehen sei; das Gleiche gelte, wenn man insofern wie die Antragstellerin (wegen gesellschaftsvertraglicher Sonderregelungen) auf die Stufe der Spiegel TV GmbH abstelle.⁸¹⁹ In diesem Zusammenhang verwarf das Gericht die von Focus TV vorgetragene Auffassung, im Rahmen der Zurechnung nach §§ 31 Abs. 3, 28 RStV gelte nicht der formelle Begriff des Rundfunkveranstalters nach § 20 RStV, sondern der materielle Begriff nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts (und danach sei nicht DCTP, sondern Spiegel TV als Veranstalterin im Sinne der Zurechnungsnormen anzusehen).⁸²⁰ Das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht folgte in der Berufungsinstanz dieser Auffassung. Auch der Ansicht von Focus TV, § 28 Abs. 2 RStV sei verfassungskonform dahin auszulegen, den Zulieferer eines wesentlichen Teils der Sendezeit einem Veranstalter gleichzustellen, erteilte das OVG eine Absage.⁸²¹

Dagegen befand im Verfahren um die Zulassungen für die 2. und 3. Drittsendezeitschiene bei Sat.1 in der zweiten Instanz das OVG Rheinland-Pfalz hinsichtlich des zugrunde zu legenden Veranstalterbegriffs die Argumente für die Berücksichtigung materieller Aspekte jedenfalls im Zusammenhang mit der Frage der Zulassungsfähigkeit für gewichtig. Das Gericht äußerte insofern Bedenken an der Veranstaltereigenschaft der DCTP, insbesondere hinsichtlich der 3. Sendezeitschiene, die vollständig aus von Spiegel TV zugelieferten Sendungen bestand. Ferner vertrat das OVG Rheinland-Pfalz die Auffassung, auch Verflechtungen eines Bewerbers mit dem jeweils *anderen* Hauptveranstalter, hier RTL, seien im Rahmen der Beurteilung der Zulassungsfähigkeit eines Drittveranstalters zu berücksichtigen; insoweit müsse auch die Zurechnung von DCTP zu RTL im Hauptsacheverfahren überprüft werden.

Das Gericht gab den Anträgen von Focus TV auf einstweiligen Rechtsschutz teilweise statt und stellte die aufschiebende Wirkung ihrer Klagen insoweit wieder her, als die Zulassungen für eine Dauer von mehr als drei Jahren befristet worden waren.⁸²² Das OVG befand, es sei schon bei überschlägiger Prüfung der Rechtslage erkennbar, dass die fünfjährige Lizenzierung von DCTP mangels eines wichtigen Grundes für eine solche Ausnahmeregelung rechtswidrig sei; dies verletze einen übergangenen Mitbewerber in seinen Rechten, da die Bestimmung des § 31 Abs. 6 Satz 4 RStV auch der Verbesserung seiner Zulassungschancen diene. Im Übrigen äußerte das Gericht erhebliche Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung der LMK.

DCTP und Focus TV kamen der gerichtlichen Hauptsacheentscheidung im Verfahren zu den Sat.1-Drittsendezeiten und dem Widerspruchsbescheid der NLM in Sachen RTL-Drittsendezeit

819 Vgl. dazu Beschlüsse der KEK i.S. Auswahl von DCTP als Drittfensterveranstalter, Az.: KEK 136-2 und 136-5 (bei Sat.1) sowie 159-2 und 159-3 (bei RTL).

820 Das Verwaltungsgericht Hannover lehnte den Eilantrag von Focus TV ab; vgl. Beschluss vom 17.07.2003, Az.: 6 B 2458/03.

821 Das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht wies die Beschwerde von Focus TV zurück; vgl. Beschluss vom 15.12.2003, Az.: 10 ME 108/03.

822 Beschlüsse des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 06.11.2003, Az.: 2 B 11372/03.OVG (2. Sendezeitschiene), und Az.: 2 B 11374/03.OVG (3. Sendezeitschiene).

zuvor, indem sie sich außergerichtlich einigten und Focus TV auf dieser Grundlage sämtliche Rechtsmittel zurücknahm.⁸²³

2.1.3.3 Lizenzdauer

Mit dem 9. Rundfunkänderungsstaatsvertrag hat der Gesetzgeber auf die Meinungsverschiedenheiten zwischen der LMK und der KEK um die Anwendung der Sollvorschrift des § 31 Abs. 6 Satz 4 RStV reagiert und die Vorschrift dahingehend abgeändert, dass als Laufzeit der Zulassungen für Drittfensterprogramme nunmehr der Zeitraum von fünf Jahren oder bis zum Ablauf der Hauptprogrammlicenz vorgesehen ist, anstelle der Regeldauer von drei Jahren.⁸²⁴ Das ist unter dem Aspekt der Vielfaltsteigerung ein Rückschritt. Insofern kommt es nicht allein darauf an, dass die bisherigen Leistungen der bisherigen Drittveranstalter zu einem Vielfaltgewinn geführt haben. Vielmehr könnte in einem Wechsel zu anderen, nicht minder geeigneten Drittveranstaltern bereits ein Vielfaltgewinn liegen.

2.2 § 27 RStV: Bestimmung der Zuschaueranteile

Die Zuschaueranteile sind ein wesentliches Indiz bei der Beurteilung vorherrschender Meinungsmacht (§ 26 RStV). Regelungen zur Ermittlung der Zuschaueranteile sind in § 27 RStV enthalten. Demnach sind die Zuschaueranteile unter Einbeziehung aller deutschsprachigen Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und des bundesweit empfangbaren privaten Rundfunks mit Hilfe von repräsentativen Erhebungen bei Zuschauern ab Vollendung des dritten Lebensjahres nach allgemein anerkannten wissenschaftlichen Methoden zu ermitteln.⁸²⁵ Die aktuelle Anwendungspraxis der KEK weist folgende Schwerpunkte auf:

2.2.1 Anwendung der Übergangsbestimmung des § 34 RStV

Nachdem die gemäß § 27 Abs. 2 Satz 1 RStV vorgesehene Beauftragung eines Unternehmens zur Ermittlung der Zuschaueranteile im Juni 2000 auf Druck der Länder von den Landesmedienanstalten zurückgestellt wurde,⁸²⁶ legt die KEK noch immer gemäß der „Übergangsbestimmung“ des § 34 Satz 1 RStV für die medienkonzentrationsrechtliche Beurteilung die vorhandenen Daten über Zuschaueranteile zugrunde. Dementsprechend verwendet sie die laufend von der Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft Fernsehforschung (AGF) erhobenen monatlichen Daten über Zuschaueranteile.⁸²⁷ Die AGF veröffentlicht die Monatszahlen zu den Zuschauern ab drei Jahren ihrer Mitgliedsender und der meisten anderen Fernsehveranstalter, die eine Lizenz zum Bezug der Daten der AGF/GfK-Fernsehforschung erworben haben.⁸²⁸ Die KEK

⁸²³ DCTP, Spiegel TV und Focus TV verständigten sich darauf, dass künftig Focus TV im (ab dem 01.07.2005 monatlichen, ab dem 01.01.2006 bis zum Ablauf der Lizenz 2008 wöchentlichen) Wechsel mit Spiegel TV das von DCTP auf der 3. Sendezeitschiene bei Sat.1 gesendete Magazin zuliefert und DCTP im Rahmen der Gestaltung von Sendezeiten im Programm VOX als Zulieferer Focus TV beteiligt.

⁸²⁴ Die zweite im 9. Rundfunkänderungsstaatsvertrag vorgesehene Gesetzesänderung betrifft das Auswahlverfahren gemäß dem neuen § 31 Abs. 4 RStV, s. o. Kapitel I 2.2.3.

⁸²⁵ Ausführlich sind die Regelungen und weitere wichtige Aspekte der Bestimmung der Zuschaueranteile im ersten Konzentrationsbericht der KEK dargestellt; siehe hierzu Konzentrationsbericht 2000, a. a. O., S. 368–375.

⁸²⁶ Beschluss der DLM vom 26./27.06.2000, die von der KEK vorbereitete Ausschreibung zurückzustellen; vgl. dazu Jahresbericht der KEK 1999/2000, Kapitel 3.2, S. 88 f.

⁸²⁷ Siehe hierzu auch Schriftenreihe der Landesmedienanstalten, Bd. 13, Zuschaueranteile als Maßstab vorherrschender Meinungsmacht, Dokumentation des Symposiums der KEK am 24. November 1998 in Potsdam, Berlin 1999.

⁸²⁸ Zur Organisation und zum Erhebungssystem der AGF/GfK-Fernsehforschung siehe AGF, Fernsehzuschauerforschung in Deutschland, Frankfurt/Main, September 2002.

ist kein Mitglied der AGF und verfügt auch über keine Lizenz zur Nutzung der Daten. Die von der Kommission zugrunde gelegten Zuschaueranteilsdaten basieren allein auf der Auswertung von Sekundärquellen.

Die AGF/GfK-Fernsehforschung veröffentlicht die Angaben zu den monatlichen Zuschaueranteilen der Programme ARD, ARD III (gesamter Anteil der 9 Dritten), arte, KI.KA, Phoenix, 3sat, ZDF, RTL, RTL II, Super RTL, VOX, n-tv, Sat.1, ProSieben, kabel eins, N 24, 9Live, Das Vierte, DMAX, DSF, EuroNews, Eurosport, MTV, Nick, Tele 5, TV5, TV Bayern, TV Sachsen, VIVA, VIVA plus und weist einen „TV-Rest“ aus, in dem z. B. Einkaufsfernsehen, privates Regionalfernsehen, fremdsprachige Fernsehprogramme, Offene Kanäle und digitale Pay-TV-Programme enthalten sind. Dadurch werden der KEK ca. 95 % der gemessenen Zuschaueranteile bekannt.

2.2.2 Berücksichtigung der EU-Ausländer in den Zuschaueranteilen

Seit dem 01.01.2001 weist die AGF die Fernsehnutzung der EU-Ausländer, die in Deutschland leben, in den Gesamtquoten aus. Erreicht wurde dies durch die zusätzliche Aufnahme von 140 Panelhaushalten, in denen der Haushaltsvorstand nicht deutscher Staatsbürger ist. Die durch die Daten über Zuschaueranteile repräsentierte Grundgesamtheit stieg durch die Einbeziehung der EU-Ausländer von ca. 33,6 Mio. deutschen Fernsehhaushalten (Dezember 2000) auf 34,37 Mio. Fernsehhaushalte (Januar 2001). Zuvor wurde im AGF/GfK-Fernsehpanel nur die Fernsehnutzung der deutschen Staatsbürger erfasst. Durch die Berücksichtigung der EU-Ausländer hat sich die Repräsentativität der Zuschaueranteile gemäß § 27 RStV verbessert.

Seit dem 01.01.2005 ist das AGF/GfK-Fernsehpanel „D+EU“ die Standardberichtsbasis.⁸²⁹ Das Panel besteht aus 5.500 Haushalten, deren Haushaltsvorstand bzw. Haupteinkommensbezieher die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, und 140 Haushalten mit einem Haushaltsvorstand bzw. Haupteinkommensbezieher der Staatsangehörigkeit eines anderen EU-Staates. Damit sind die Zuschaueranteilsdaten repräsentativ für 73,42 Mio. Personen ab drei Jahren in 34,99 Mio. Fernsehhaushalten in Deutschland. Das Panel D+EU berücksichtigt auch die zehn im Jahr 2004 der EU beigetretenen Länder. Unberücksichtigt bleibt weiterhin die Fernsehnutzung in den Nicht-EU-Haushalten, wie z. B. der beiden größten Ausländergruppen in Deutschland – Menschen aus der Türkei und dem ehemaligen Jugoslawien.

2.2.3 Außer-Haus-Nutzung/Gästenutzung

Die AGF/GfK-Fernsehforschung misst die Fernsehnutzung von Zuschauern ab drei Jahren, die in Privathaushalten leben. Erfasst werden auch die in den Panel-Haushalten mitsehenden Gäste.⁸³⁰ Diese Gäste repräsentieren auch diejenigen Panel-Mitglieder, die Fernsehen außer Haus, also als Gäste in anderen Haushalten, nutzen. Das heißt, die gemessene Gästennutzung in privaten Haushalten steht repräsentativ für die nicht gemessene Außer-Haus-Nutzung. Nicht abgebildet wird allerdings die Außer-Haus-Nutzung in öffentlichen Einrichtungen, wie Hotels, Krankenhäuser, Altenheime oder Gefängnisse.

Eine Form der Außer-Haus-Nutzung ist auch das „Public Viewing“ auf öffentlichen Plätzen, das in besonderem Maße bei der Fußballweltmeisterschaft 2006 das öffentliche Interesse gefunden

⁸²⁹ Vgl. Arbeitsgemeinschaft Fernsehforschung (AGF) unter <http://www.agf.de/fsforschung/methoden/fernsehpanel/index.phtml?druck=1>.

⁸³⁰ Geplant ist die gleichzeitige Erfassung von 16 Gästen mit Alter- und Geschlecht-Abfrage; vgl. Karin Hollerbach-Zenz, SevenOne Media GmbH, Gut – Besser – Neu, AGF-Forum 2006.

hat.⁸³¹ Nach einer Untersuchung (Online-Befragung) der Carat Expert GmbH, Forschungsgesellschaft der Aegis Media GmbH & Co. KG Central in Deutschland, war die Nutzung der Live-Übertragungen zur Fußball-WM deutlich höher, als die AGF/GfK-Fernsehforschung ausgewiesen hat.⁸³² Allein das Halbfinale Deutschland – Italien haben demnach 11,7 Mio. Zuschauer nicht zu Hause, sondern in der Öffentlichkeit, z. B. auf Großbildleinwänden oder in Gaststätten, sowie als Gäste in anderen Haushalten verfolgt. Für dieses Fußballspiel hatte die AGF/GfK-Fernsehforschung eine Sehbeteiligung von 27,66 Mio. Zuschauern ab 3 Jahren (84,1 % Zuschaueranteil) ermittelt.⁸³³ Für die Spiele ab dem Viertelfinale ergab die Public-Viewing-Studie durchschnittlich weitere 6,1 Mio. Zuschauer, also gegenüber der Fernsehnutzung in den privaten Haushalten ein Plus von 32 %. Public Viewing wird von der AGF/GfK-Fernsehforschung nicht erfasst.

2.2.4 Messung der digitalen Fernsehnutzung

Die AGF/GfK-Fernsehforschung erfasst seit 2001 die Nutzung von digitalem Fernsehen und weist seit dem 01.01.2003 die Digitalprogramme sendergenau aus. Das Messverfahren ermöglicht die vollständige Erfassung aller digitalen Sender, unabhängig davon, ob es sich um Mitglied- und Lizenzsender handelt oder nicht.⁸³⁴ Veröffentlicht werden jedoch nur die Zuschaueranteile der von Mitgliedern und Lizenznehmern der AGF ausgestrahlten Programme, so dass die Datenbasis für die Arbeit der KEK lückenhaft ist.

Im Mai 2006 hat die AGF die GfK-Fernsehforschung damit beauftragt, ein flexibles Messsystem zu entwickeln, mit dem auch zukünftige Entwicklungen in der digitalen Fernsehnutzung abgebildet werden können. Ab dem dritten Quartal 2007 sollen die neuen Messgeräte sukzessive im Fernsehpanel eingesetzt werden, die Umrüstung aller Panelhaushalte soll Ende 2008 abgeschlossen sein. Die neue Technik ermöglicht es, neben der bisherigen analogen auch die digitale Fernsehnutzung über DVB-C, DVB-S und DVB-T sowie die zeitversetzte Nutzung von Programmen zu messen. Somit fließt die Fernsehnutzung über DVD-Recorder (analog und digital), DVD-Recorder mit Festplatte und digitalen Festplattenrecorder (Personal Videorecorder, PVR) in die Messung der Zuschaueranteile mit ein.

Von der AGF derzeit nicht vorgesehen ist die Messung der Fernsehnutzung über das Internet (IPTV) und mobile Endgeräte (Handy-TV). Erst ab 5 % Marktpenetration sollen diese neuen Nutzungsformen in das Messsystem integriert werden.⁸³⁵

2.2.5 Zuschaueranteile der Pay-TV-Programmplattformen

Obwohl die AGF/GfK-Fernsehforschung die senderbezogene Nutzung aller Digitalprogramme vollständig abbildet, werden nur die Zuschaueranteile der Sender, die Mitglied oder Lizenznehmer der AGF sind, veröffentlicht. Bei Programmveranstaltern, die nicht Mitglied bzw. Lizenznehmer der AGF sind, steht die KEK vor der Schwierigkeit, hinsichtlich der Programmnutzung Aussagen zu treffen. Bei Programmen, die Bestandteil von Paketangeboten von Plattformbetreibern sind, legt die KEK deshalb Abonnentenzahlen und andere Nutzungsdaten, wie personenbezogene Reichweitenangaben, zugrunde.

⁸³¹ Dazu siehe auch oben Kapitel II 2.2.1.3.

⁸³² Die Nutzungsstudie ist abrufbar unter <http://www.presseportal.de/story.htx?firmid=58133>.

⁸³³ Vgl. auch Funkkorrespondenz 27/2006, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 06.07.2006.

⁸³⁴ Vgl. Pressemitteilung der AGF vom 08.10.2002.

⁸³⁵ Vgl. Karin Hollerbach-Zenz, SevenOne Media GmbH, Gut – Besser – Neu, AGF-Forum 2006.

Auch für die von der Premiere Fernsehen GmbH & Co. KG veranstalteten Programme und die über die Programmplattform von Premiere verbreiteten Drittprogramme, z. B. Discovery Channel, weist die AGF/GfK-Fernsehforschung keine Zuschaueranteile aus. Seit 2003 hat Premiere jedoch ein eigenes System zur Messung von Einschaltquoten installiert, wobei bei der Erhebung der Zuschaueranteile eine Grundgesamtheit von 71,3 Mio. Personen ab drei Jahren zugrundegelegt wird. Die von Premiere ermittelten Daten lassen sich somit zu den Zuschaueranteilsdaten der AGF/GfK-Fernsehforschung in Beziehung setzen. Damit besteht für die KEK eine Berechnungsgrundlage, die es ermöglicht, den Zuschaueranteil von Premiere auf die gesamte Fernsehnutzung hochzurechnen. Danach erreichten die Programme der Premiere-Plattform im Jahr 2005 einen Zuschaueranteil von 2,3 %.

2.2.6 Einbeziehung fremdsprachiger Programme

Nach § 27 Abs. 1 Satz 1 RStV sind in die Ermittlung des für die Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 RStV maßgeblichen Zuschaueranteils nur deutschsprachige Programme einzubeziehen. Der Gesetzgeber begründet die Ausklammerung fremdsprachiger Programme damit, dass ihr Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung in der Bundesrepublik Deutschland gering sei.⁸³⁶

Die KEK berücksichtigt in ständiger Spruchpraxis bei der Gesamtbeurteilung der Meinungsmacht von Unternehmen gemäß § 26 Abs. 1 RStV auch die bundesweit empfangbaren fremdsprachigen Programme.⁸³⁷ Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch sie für die Meinungsvielfalt bedeutsam sein können. Die sich aus dem Grundrecht der Rundfunkfreiheit ergebenden Anforderungen an die Sicherung der Meinungsvielfalt beziehen sich nicht ausschließlich auf deutschsprachige Sendungen. Auch z. B. eine einseitige Beeinflussung eines bestimmten Bevölkerungsanteils in Deutschland, wie der türkisch-, oder der russischsprachigen Bevölkerungsgruppe, könnte unter besonderen Umständen Relevanz erlangen, wenn es dafür auch in konkreten Fällen noch keine Anhaltspunkte gab.

Im Berichtszeitraum wurde eine ganze Reihe von fremdsprachigen (überwiegend türkisch-, aber auch z. B. russisch- und persischsprachigen) Programmen in Deutschland zugelassen.⁸³⁸ Darüber hinaus ist eine wachsende Zahl von fremdsprachigen, in anderen Ländern lizenzierten Fernsehprogrammen bundesweit über Satellit oder im Rahmen der Angebote von Kabelnetzbetreibern⁸³⁹ zu empfangen. Die fremdsprachigen Programme gewinnen demnach an Gewicht für die Meinungsbildung; die Feststellung, sie seien für die öffentliche Meinungsbildung ohne Bedeutung, trifft so pauschal nicht mehr zu. Fremdsprachige Programme sollten daher auch bei der Zuschaueranteilsermittlung einbezogen werden.

Die KEK schlägt daher folgende Gesetzesänderung vor:

Streichung des Worts „deutschsprachigen“ in § 27 Abs. 1 Satz 1 RStV.

⁸³⁶ Vgl. amtliche Begründung zum 3. RÄndStV, § 27, 2. Absatz.

⁸³⁷ Vgl. zuletzt Beschluss vom 07.11.2006 i. S. Mohajer International Television, Az.: KEK 366.

⁸³⁸ Vgl. zuletzt Beschlüsse der KEK i. S. TGRT, Az.: KEK 205, Kanal Avrupa, Az.: KEK 242, TürkShow, Az.: KEK 259, TD 1, Az.: KEK 273, Body in Balance, Az.: KEK 312, DTTV, Az.: KEK 318, Iran Music, Az.: KEK 333, und Mohajer Television International, Az.: KEK 366. Vgl. auch Kapitel II 1.1, Tabelle II-1.

⁸³⁹ Siehe z. B. die Fremdsprachenpakete Kabel Digital International, primatv International, tividi International, visAvision International.

2.2.7 Zuschaueranteile von Drittfenstern und des DCTP-Programms auf VOX

Über die monatlichen Zuschaueranteile von Drittfensterprogrammen und für den von der DCTP Entwicklungsgesellschaft für TV Programm mbH („DCTP“) verantworteten Programmteil von VOX⁸⁴⁰ liegen der KEK keine Zuschaueranteilsdaten vor. Detaillierte Angaben über die Zuschaueranteile einzelner Sendungen werden von der AGF/GfK-Fernsehforschung zwar gemessen (und der KEK von der Veranstalterin im Rahmen konkreter Prüfverfahren mitgeteilt), aber nicht regelmäßig veröffentlicht.

Von einem Veranstalter aufgrund einer eigenen Lizenz eigenständig konzipierte und veranstaltete Teile eines Gesamtprogramms sind trotz ihrer zeitlichen Begrenzung Rundfunkprogramme i. S. d. § 2 Abs. 1 und 2 RStV (vgl. z. B. § 2 Abs. 2 Nr. 3 RStV), die bei der Ermittlung von Zuschaueranteilen gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 RStV zu berücksichtigen sind. Das Gleiche gilt für die von DCTP, der AZ Media TV GmbH und der News & Pictures GmbH als „unabhängige Dritte“ veranstalteten Fensterprogramme im Rahmen der bundesweiten Vollprogramme Sat.1 und RTL.⁸⁴¹

Der KEK liegen bezüglich der von DCTP veranstalteten Programmteile von VOX keine in monatliche Durchschnittswerte umgerechneten Anteile bei den Zuschauern ab 3 Jahren vor. Eine Differenzierung nach einzelnen Sendungen, die es ermöglicht, die durchschnittlichen monatlichen Zuschaueranteile einzelner Programmteile zu berechnen, steht nur den Mitgliedern oder den Lizenznehmern der AGF/GfK zur Verfügung. Die Programme der DCTP (wöchentlich 16 $\frac{3}{4}$ Programmstunden eigenes Programm und 2 Stunden zugeliefertes Programm (SPIEGEL TV Thema/Themenabend und BBC)) tragen zu einem Teil zu den der KEK verfügbaren Zuschaueranteilen von VOX bei.

DCTP veranstaltet zudem Fensterprogramme von insgesamt 2 Stunden brutto pro Woche im bundesweit verbreiteten Fernsehprogramm von RTL und von insgesamt 1 $\frac{1}{4}$ Stunden brutto pro Woche im bundesweit verbreiteten Fernsehprogramm von Sat.1. Zwar wird nur ein Teil der insoweit von DCTP als „unabhängigem Dritten“ veranstalteten Programmteile auf RTL und Sat.1 zu relativ zuschauerintensiven Sendezeiten ausgestrahlt. Dies betrifft zum Beispiel sonntags die Sendung Spiegel TV und mittwochs das Magazin Stern TV auf RTL, die am späten Abend zwischen 22:15 Uhr und 23:30 Uhr gesendet werden. Die meisten anderen Programmteile werden eher zu einer noch ungünstigeren Sendezeit verbreitet. Wie viel der Anteil z. B. der DCTP am monatlichen Zuschaueranteil von RTL oder Sat.1 ausmacht, ist der KEK aufgrund der restriktiven Veröffentlichungspraxis der AGF/GfK-Fernsehforschung nicht bekannt. Im Zulassungsverfahren VOX/DCTP, Az.: KEK 342, hat die KEK errechnet, dass sich für diese programmbezogenen Anteile ein Zuschaueranteil von weniger als 1 % ergibt.⁸⁴²

⁸⁴⁰ Das Vollprogramm VOX wird auf Grundlage einer gemeinsamen Zulassung der VOX Film- und Fernseh GmbH & Co. KG und der DCTP Entwicklungsgesellschaft für TV-Programm mbH gemäß Artikel 6 des Staatsvertrags über die Veranstaltung von Fernsehen über Satellit zwischen Bremen, Hessen, Nordrhein-Westfalen und dem Saarland vom 29.06./20.07.1989 („Satellitenfernsehstaatsvertrag“) veranstaltet, die im Jahr 2006 von der LfM als Vertreterin des Länderausschusses gemäß der Übergangsvorschrift des § 129 Abs. 2 Landesmediengesetz Nordrhein-Westfalen (LMG NRW) verlängert worden ist (vgl. Beschluss der KEK i. S. VOX/DCTP, Az.: KEK 342). Demnach gilt für nach dem Satellitenfernsehstaatsvertrag zugelassene Veranstalter weiterhin § 6 Abs. 2 und 3 LMG NRW in der Fassung vom 25.04.1998, wonach zwei Veranstaltern die Zulassung für ein gemeinsames Vollprogramm, getrennt für einzelne Programmteile, erteilt werden kann (§ 6 Abs. 2 LMG a. F.).

⁸⁴¹ Vgl. zu den Drittfensterprogrammen oben Kapitel III 2.1.3.

⁸⁴² Vgl. Beschluss der KEK i. S. VOX/DCTP vom 12.09.2006, Az.: KEK 342, III 2.2.3.

2.2.8 Fazit

Gemäß der Übergangsbestimmung des § 34 Satz 1 RStV verwendet die KEK weiterhin die laufend von der AGF/GfK-Fernsehforschung erhobenen monatlichen Daten über Zuschaueranteile. Die AGF veröffentlicht ausschließlich die Zuschaueranteilsdaten ihrer Mitgliedsender und zum Teil der Veranstalter, die Lizenznehmer sind, das entspricht etwa 95 % der gemessenen Zuschaueranteile. Da die KEK kein Mitglied der AGF ist und auch über keine Lizenz der AGF zur Nutzung unveröffentlichter Daten verfügt, ist für die Arbeit der Kommission die Datenbasis entsprechend unvollständig. Zudem basieren die von der Kommission zugrunde gelegten Zuschaueranteilsdaten allein auf der Auswertung von Sekundärquellen.

Seit dem 01.01.2005 ist das Fernsehpanel „D+EU“ die Standardberichtsbasis. Zwar berücksichtigt das Panel bereits die zehn im Jahr 2004 der EU beigetretenen Länder, nicht jedoch die Fernsehnutzung von ausländischen Mitbürgern aus Nicht-EU-Ländern, z. B. der beiden größten Ausländergruppen in Deutschland – Menschen aus der Türkei und dem ehemaligen Jugoslawien.

Die AGF/GfK-Fernsehforschung misst die Fernsehnutzung von Zuschauern ab drei Jahren, die in Privathaushalten leben. Erfasst wird auch die Gästenutzung in privaten Haushalten, die wiederum repräsentativ für die nicht gemessene Außer-Haus-Nutzung steht. Nicht abgebildet wird allerdings die Außer-Haus-Nutzung in öffentlichen Einrichtungen (Hotels, Krankenhäuser, Altenheime, Gefängnisse etc.). Auch das Public Viewing, das bei der Fußballweltmeisterschaft 2006 eine beachtliche Größenordnung erreicht hat, wird von der AGF/GfK-Fernsehforschung nicht erfasst. Nach einer Public-Viewing-Studie von Carat Expert (Aegis Media) haben durchschnittlich 6,1 Mio. Zuschauer die Spiele ab dem Viertelfinale nicht zu Hause, sondern in der Öffentlichkeit gesehen, was gegenüber der Fernsehnutzung in den privaten Haushalten einem Plus von 32 % entspricht.

Die AGF/GfK-Fernsehforschung plant die Einführung eines flexiblen Messsystems, mit dem auch zukünftige Entwicklungen in der digitalen Fernsehnutzung abgebildet werden können. Mit Hilfe der neuen Messtechnik soll ab Januar 2009 auch die zeitversetzte Nutzung von Programmen über DVD-Recorder oder digitale Festplattenrecorder (Personal Videorecorder, PVR) in die Messung der Zuschaueranteile mit einfließen. Erst ab einer Marktpenetration von 5 % ist die Messung der Fernsehnutzung über das Internet (IPTV) und mobile Endgeräte (Handy-TV) geplant.

Obwohl die AGF/GfK-Messtechnik bereits die Nutzung aller Digitalprogramme senderbezogen abbildet, steht die KEK häufig vor der Schwierigkeit, die Nutzung von Programmen, die Bestandteil von Paketangeboten von Plattformbetreibern sind, zu beurteilen. Mangels öffentlich zugänglicher Zuschaueranteile legt die KEK dort Abonentenzahlen und andere Nutzungsdaten, wie personenbezogene Reichweitenangaben, zugrunde.

Auch über die monatlichen Zuschaueranteile von Drittfensterprogrammen und für das DCTP-Programm auf VOX liegen der KEK keine Zuschaueranteilsdaten vor. Detaillierte Angaben über die Zuschaueranteile einzelner Sendungen werden von der AGF/GfK-Fernsehforschung zwar gemessen, aber nicht regelmäßig veröffentlicht.

Auch fremdsprachige Programme werden von der AGF/GfK-Fernsehforschung erfasst, aber nicht ausgewiesen (Ausnahme: TV 5 Europe). Sie sollten in die Zuschaueranteilermittlung gemäß § 27 RStV einbezogen werden.

2.3 § 28 RStV: Zurechnung von Programmen

Welche Fernsehprogramme einem Unternehmen zuzurechnen sind, wird in § 28 RStV geregelt. Die Vorschrift dient in ihren einzelnen Tatbeständen insbesondere der Ermittlung der Zuschaueranteile für die Zwecke des § 26 RStV. Zurechnungsmaßstab ist auf der ersten Beteiligungsstufe ein Stimmrechts- oder Kapitalanteil von 25 %; auf den höheren Beteiligungsstufen sind es die aktienkonzern-

rechtlichen Verbundtatbestände (§ 15 AktG). Darüber hinaus enthält § 28 Abs. 2 RStV mit der Einbeziehung vergleichbarer Einflüsse rundfunkspezifische Zurechnungstatbestände.

2.3.1 Zurechnung nach § 28 Abs. 1 Satz 1 RStV

Gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 RStV werden Fernsehprogramme ihren jeweiligen Veranstaltern und den an ihnen mit mindestens 25 % der Kapital- oder Stimmrechtsanteile beteiligten Unternehmen zugerechnet. Ob der Veranstalterbegriff in diesem Sinne ausschließlich formal zu verstehen ist (im Sinne des Zulassungsnehmers bzw. Antragstellers) oder die KEK darüber hinaus im Rahmen der Zurechnung eine eigene materielle Prüfung der Veranstaltereigenschaft durchzuführen hat, konnte bislang offen bleiben.

Die Frage der Veranstaltereigenschaft wurde aktuell bei der Prüfung der rechtlichen Unabhängigkeit des Drittfensterveranstalters DCTP Entwicklungsgesellschaft für TV Programm mbH (DCTP) vom Hauptveranstalter RTL Television GmbH gemäß §§ 31 i. V. m. 28 RStV: Der Mitbewerber Focus TV GmbH machte geltend, dass „eigentlicher“ Drittfensterveranstalter bei RTL anstelle von DCTP die Spiegel TV GmbH sei. Diese Frage konnte für die medienkonzentrationsrechtliche Prüfung im Ergebnis offen bleiben, da auch in diesem Fall kein Zurechnungszusammenhang zwischen der RTL Group und DCTP bestanden hätte.⁸⁴³ Des Weiteren hat die KEK Zweifel an der Veranstaltereigenschaft der Premiere Fernsehen GmbH & Co. KG im Hinblick auf das auf der IPTV-Plattform der Deutsche Telekom AG „T-Home“ verbreitete Programm „Bundesliga auf Premiere powered by T-Com“ geäußert; auch hier konnte diese Frage letztlich dahinstehen, da das Programm in jedem Fall sowohl Premiere (ggf. gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 RStV aufgrund der Zulieferung des gesamten Programms) als auch der Deutsche Telekom AG (ggf. gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 RStV aufgrund programmbezogener Einflussmöglichkeiten) zugerechnet wird.⁸⁴⁴

Unmittelbar beteiligten Unternehmen wird das Fernsehprogramm ab einem Kapital- oder Stimmrechtsanteil von 25 % zugerechnet. Hintergrund ist, dass ein Unternehmen grundsätzlich unterhalb dieser Grenze einer Sperrminorität die Geschäftspolitik eines anderen Unternehmens rechtlich nicht maßgeblich beeinflussen kann.⁸⁴⁵ Allerdings kommt für den Fall, dass ein Gesellschafter über eine geringere Beteiligung als 25 % verfügt, gleichwohl die Zurechnung des Programms zu ihm aufgrund eines „vergleichbaren Einflusses“ gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 RStV in Betracht.⁸⁴⁶

2.3.2 Zurechnung nach § 28 Abs. 1 Satz 2 RStV

Auf der zweiten und allen weiteren Beteiligungsstufen gelten gemäß der Verweisung in § 28 Abs. 1 Satz 2 RStV die Vorschriften der §§ 15 ff. AktG, die nicht auf die durch eine 25 %ige Beteiligung vermittelte Vetoposition, sondern auf aktienrechtliche Verbundtatbestände, d. h. vor allem auf die Mehrheitsbeteiligung oder die Beziehung der Beherrschung und Abhängigkeit abstellen.

Die Beherrschung einer Aktiengesellschaft durch ihren größten Aktionär oder durch mehrere Aktionäre gemeinsam kann auch im Falle von Minderheitsbeteiligungen anzunehmen sein, wenn sich die übrigen Anteile in Streubesitz befinden. Angesichts der erfahrungsgemäß geringen Präsenz

⁸⁴³ Vgl. Beschluss i. S. Benehmensherstellung zur Auswahl von DCTP, Az.: KEK 159-2, III 4.1.1.1.

⁸⁴⁴ Vgl. Beschluss der KEK vom 07.11.2006 i. S. Premiere, Az.: KEK 348/350/359, III 2.2.

⁸⁴⁵ Vgl. hierzu bereits grundlegend und zu den einzelnen Zurechnungstatbeständen Konzentrationsbericht der KEK 2000, S. 62 ff., 375 ff.

⁸⁴⁶ Vgl. dazu sogleich unten Abschnitt III 2.3.4.

des Streubesitzes in der Hauptversammlung kann eine faktische Stimmenmehrheit und damit ein Beherrschungstatbestand vorliegen.⁸⁴⁷

Nicht selten wird ein beteiligtes Unternehmen durch zwei oder mehr Mutterunternehmen gemeinsam beherrscht. Nach der im Rahmen von § 17 AktG ebenso wie im Kartellrecht (§ 36 Abs. 2 Satz 2 GWB) anerkannten „Mehrmütterklausel“, die sich ausdrücklich auch in § 28 Abs. 1 Satz 4 RStV findet, gilt jedes von mehreren Unternehmen als herrschendes Unternehmen, wenn sie aufgrund einer Vereinbarung oder in sonstiger Weise derart zusammenwirken, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf ein Tochterunternehmen ausüben können (vgl. z.B. Beschlüsse i.S. DSF, Az.: KEK 179/183, und i.S. The History Channel, Az.: KEK 235, jeweils III 2.1.3). Die Feststellung gemeinsamer Beherrschung setzt zunächst voraus, dass die Gesellschafter in der Summe über ausreichende Stimmrechte verfügen, um Gesellschafterbeschlüsse herbeizuführen; ferner, dass über ihre für eine solche Gesellschaft typische gemeinsame Interessenlage und Leitungsmacht hinaus weitere Umstände vorliegen, die eine gesicherte einheitliche Einflussnahme auf der Grundlage einer auf Dauer angelegten Interessengleichheit erwarten lassen. Das ist insbesondere aufgrund von Regelungen in Konsortialverträgen anzunehmen, die eine Abstimmung über die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte, etwa in Form von Einstimmigkeitserfordernissen oder Zustimmungsvorbehalten, vorsehen.

So sind z.B. an der A & E Television Networks („AETN“), der Obergesellschaft der Veranstalterin The History Channel (Germany) GmbH & Co. KG, die Gesellschafter Hearst Communications, Inc. und Disney/ABC International Television, Inc. jeweils mit 37,5 % der Anteile und NBC – AE Holding, Inc. mit 25 % beteiligt. Die drei Gesellschafter beherrschen AETN auf Grundlage der Regelungen eines Konsortialvertrags gemeinsam.⁸⁴⁸ Ebenso wurde die gemeinsame Beherrschung der an dem Veranstalter DSF Deutsches SportFernsehen GmbH beteiligten Sport Media Holding GmbH durch ihre beiden Gesellschafter EM-Sport Sportmarketing GmbH (50,1 %) und KarstadtQuelle New Media AG (49,9 %) bejaht.⁸⁴⁹

2.3.3 Zurechnung nach § 28 Abs. 1 Satz 3 RStV

Aus § 28 Abs. 1 Satz 3 RStV ergibt sich, dass innerhalb einer Gruppe von Veranstaltern und an ihnen im Sinne von § 28 RStV beteiligten Unternehmen die gegenseitige Zurechnung von Programmen stattfindet – d.h. eine Zurechnung nicht nur von „unten nach oben“, sondern auch in der umgekehrten Richtung, was insbesondere zur Folge hat, dass den einzelnen Veranstaltern sämtliche Zuschaueranteile der Gruppe zuzurechnen sind.⁸⁵⁰

Die gegenseitige Zurechnung zwischen zwei Unternehmensgruppen folgt dagegen nicht bereits aus § 28 Abs. 1 Satz 3 RStV, sondern ist nur bei einem gegebenen Verbundtatbestand zu bejahen. So findet zum Beispiel keine Zusammenrechnung der jeweils mit der Veranstalterin von Super RTL, der RTL Disney GmbH & Co. KG, verbundenen Unternehmensgruppen RTL Group (mit den weiteren Programmen RTL, RTL II, VOX, n-tv, K1010 und Traumpartner TV) einerseits und Walt Disney (mit den weiteren Programmen Disney Channel, Toon Disney, Playhouse Disney, The History Channel und Jetix) andererseits statt; mangels Anhaltspunkten dafür, dass im Verhältnis der Obergesell-

⁸⁴⁷ So im Fall der Beherrschung der Deutsche Telekom AG durch den Bund vermittelt der beiden Hauptaktionäre Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) und Bundesanstalt für Post und Telekommunikation; vgl. dazu: Beschluss der KEK vom 11.04.2006 i.S. Deluxe TV, Az.: KEK 319/321, III 2.1.3.

⁸⁴⁸ Vgl. Beschluss der KEK vom 12.10.2004 i.S. History Channel, Az.: KEK 235, III 2.1.3.

⁸⁴⁹ Vgl. Beschluss der KEK i.S. DSF, Az.: KEK 179/183, III 2.1.3. Ebenso: Gemeinsame Beherrschung der MGM Holdings, Inc. durch drei der fünf Gesellschafter, und zwar Sony Corporation of America, TPG IV (Texas Pacific Group) und mehrere Fondsgesellschaften der Providence Equity Partners, Inc.; vgl. Beschluss i.S. MGM Channel, Az.: KEK 277, III 2.1.2.

⁸⁵⁰ Ständige Spruchpraxis; vgl. beispielhaft Beschluss der KEK vom 08.05.2006 i.S. n-tv, Az.: KEK 309, III 2.1.

schaften über ihre Kooperation bei RTL Disney hinaus ein Verbundtatbestand im Sinne von § 28 RStV erfüllt wäre.⁸⁵¹

Auch findet auf Grundlage von § 28 Abs. 1 Satz 3 RStV keine reziproke Zurechnung von Programmen statt, die jeweils einem Unternehmen aufgrund von vergleichbaren Einflüssen i. S. v. § 28 Abs. 2 RStV zugerechnet werden. So wurde die Zurechnung des VOX-Programmteils zur Mitveranstalterin DCTP nicht bejaht. DCTP und VOX sind nicht durch Beteiligungsbeziehungen miteinander verbundene Unternehmen. Die über § 28 Abs. 2 RStV gebotene Zurechnung des DCTP-Programmteils an VOX aufgrund von programmbezogenen Einflussmöglichkeiten führt nicht zu einem Verbund, sondern entspringt allein dem einseitigen Einfluss der VOX KG. Für einen gemeinsame Interessenverfolgung anstrebenden Verbund bleibt bei einer nur einseitig möglichen Ausübung eines Einflusses kein Raum.⁸⁵² Ebenso wenig wird z. B. der zur ProSiebenSat.1-Gruppe gehörigen Veranstalterin N24 Gesellschaft für Nachrichtenfernsehen GmbH das Programm DMB 2 zugerechnet, das ihrer Muttergesellschaft ProSiebenSat.1 Media AG aufgrund der Programmzulieferung gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 RStV zuzurechnen ist.⁸⁵³

2.3.4 Zurechnung nach § 28 Abs. 2 RStV

Nach § 28 Abs. 2 Satz 1 RStV erfolgt eine Programmzurechnung auch dann, wenn ein Unternehmen – allein oder gemeinsam mit anderen oder mittelbar durch ein anderes Unternehmen – auf einen Veranstalter einen „vergleichbaren“ Einfluss ausüben kann, der seinem rechtlichen oder wirtschaftlichen Gewicht nach einer Sperrminorität beim Veranstalter gleichzustellen ist.

Für § 28 Abs. 2 Satz 1 RStV ist mithin das Maß der Interessenberücksichtigung erforderlich, das ein Gesellschafter des Veranstalters kraft der Veto-Position erwarten kann, die ihm die Sperrminorität für grundlegende Änderungen des Gesellschaftsverhältnisses einräumt.⁸⁵⁴ Dabei kommt es nicht nur auf gesellschaftsrechtliche Beteiligungen an. Nach der Begründung zu § 28 RStV sind „sämtliche satzungsmäßigen, vertraglichen oder sonstigen Einflussmöglichkeiten eines Unternehmens auf ein anderes Unternehmen bzw. einen Veranstalter“ zu berücksichtigen. Dafür sind alle maßgeblichen Umstände in eine Gesamtbeurteilung einzubeziehen.

In mehreren Verfahren hat die KEK wieder einen derartigen vergleichbaren Einfluss bejaht, sofern ein Gesellschafter eines Veranstalters, vor allem auf Grundlage von Satzungsregelungen oder sonstigen Gesellschaftervereinbarungen, über eine Stellung verfügt, die der eines Gesellschafters mit einer Sperrminorität gleichkommt. Unter anderem wurde der RTL interactive GmbH, die sich mit einem Anteil von 19,87 % an der K1010 Entertainment GmbH beteiligt hat, und folglich auch der RTL Group das Fernsehprogramm K1010 zugerechnet.⁸⁵⁵ Die Wahrnehmung von Geschäftsführungsfunktionen durch einen mit weniger als 25 % beteiligten Gesellschafter reicht dagegen für die Annahme eines vergleichbaren Einflusses nicht aus.⁸⁵⁶

Auch eine Minderheitsbeteiligung auf einer höheren Beteiligungsstufe kann unter besonderen Umständen einen vergleichbaren Einfluss auf den Veranstalter vermitteln. So wurden die Premiere-

851 Vgl. Beschluss der KEK vom 18.02.2005 i.S. Super RTL, Az.: KEK 216, III 2.1.1.

852 Vgl. Beschluss der KEK vom 12.09.2006 i.S. VOX/DCTP, Az.: KEK 342, III 2.1.1 c).

853 Vgl. Beschluss der KEK vom 12.12.2006 i.S. N24, Az.: KEK 374, III 2.

854 Vgl. bereits grundlegend Beschlüsse der KEK i.S. ProSieben, Az.: KEK 007/029, I 3.2.3, und i.S. Premiere, Az.: KEK 070, III 2.1.3.2 a).

855 Vgl. Beschluss der KEK vom 15.03.2005 i.S. K1010, Az.: KEK 262, III 2.1.2 (Zurechnung zur RTL interactive GmbH und damit zur RTL-Gruppe bei einer Beteiligung von 19,87 %). Ein weiteres Beispiel war die Zurechnung der Deluxe-Programme wegen einer geplanten Beteiligung des T-Online Venture Fund in Höhe von 24,91 % an der Deluxe Television GmbH; vgl. Beschluss der KEK vom 11.04.2006 i.S. Deluxe, Az.: KEK 319/321, III 2.1.2.

856 Vgl. z. B. Beschluss der KEK vom 11.04.2006 i.S. GIGA Digital, Az.: KEK 310-2, III 2.1.2 und 2.1.3.

Programme den an der Muttergesellschaft Premiere AG mittelbar beteiligten Permira-Fondsgesellschaften auch dann noch zugerechnet, als sie, nach einer Umstrukturierung der Premiere-Gruppe und dem Börsengang der Premiere AG, nur noch in Höhe von 33,8 % beteiligt waren. Insofern ergab die Gesamtbeurteilung aller Umstände – auch der außerordentlich engen Beziehungen zwischen der Veranstalterin und ihrer Muttergesellschaft Premiere AG –, dass der mit einem Stimmenanteil von 33,8 % verbundene Einfluss der Fernseh Holding III als größter Aktionärin der Premiere AG auf die Geschäftspolitik von Premiere mit dem Einfluss eines Minderheitsgesellschafters bei Premiere im Sinne von § 28 Abs. 2 Satz 1 RStV vergleichbar war.⁸⁵⁷

Eine vergleichbare Einflussmöglichkeit wird ferner dadurch vermittelt, dass ein Unternehmen regelmäßig einen wesentlichen Teil der Sendezeit des Veranstalters mit von ihm zugelieferten Programmteilen gestaltet (§ 28 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 RStV). Dies hat die KEK in Fällen bejaht, wo das gesamte Programm zugeliefert wird und aufgrund der Ausgestaltung der zugrunde liegenden Verträge der Zulieferer wesentliche Einflussmöglichkeiten auf die Programmgestaltung hat.⁸⁵⁸ Dagegen hatte die KEK noch keinen Anlass, darüber zu befinden, unter welchen Voraussetzungen eine nur anteilige Programmlieferung einen „wesentlichen Teil der Sendezeit“ ausmacht.⁸⁵⁹

Zunehmende Bedeutung gewinnt die Frage der Programmzurechnung zu Plattformbetreibern, da sowohl die Zahl der Pay-TV-Programmplattformen (so bieten u. a. neben Premiere nunmehr auch Kabel Deutschland, ish/iesy, Decimus/PrimaCom sowie Eutelsat/visAvision solche Plattformen an) als auch die Zahl der dort verbreiteten Programme stark zugenommen hat.⁸⁶⁰

Die KEK rechnet mittlerweile eine ganze Reihe von Drittprogrammen auf den Pay-TV-Plattformen von Premiere und Kabel Deutschland diesen Plattformbetreibern gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 RStV zu; ebenso einzelne Programme auf der PrimaCom/Decimus- und der ish/iesy-Plattform.⁸⁶¹ Die Zurechnung erfolgt insbesondere dann, wenn der jeweilige Plattformvertrag dem Veranstalter wesentliche Abweichungen des Programms von einem vertraglich vereinbarten Sendekonzept ohne Zustimmung des Plattformbetreibers untersagt.⁸⁶²

Sofern dagegen der Plattformvertrag keinen solchen Zustimmungsvorbehalt vorsieht und keine inhaltlichen Vorgaben für die Programmgestaltung enthält, die über eine allgemein gehaltene Bezeichnung des Genres, ggf. die Pflicht des Veranstalters zur Qualitätssicherung und gewisse quantitative Mindestanforderungen hinausgehen (insbesondere: weder ein vertraglich vereinbartes Sendeschema, das den zeitlichen Ablauf des Programms vorgibt, noch sonstige konkrete Regelun-

857 Vgl. Beschluss der KEK vom 26.10.2005 i.S. Premiere, Az.: KEK 271, III 2.1.2. Die Permira-Gruppe hat mittlerweile ihre Beteiligung an Premiere weiter reduziert (Beschluss Az.: KEK 348/350/359) und schließlich ganz veräußert (Beschluss Az.: KEK 379).

858 Vgl. Beschluss der KEK vom 11.04.2006 i.S. DMB 2 und DMB 3, Az.: KEK 324, III 2.1.2 (Zurechnung des Programms unter dem Arbeitstitel „DMB 2“ zur MTV Networks GmbH & Co. OHG und des Programms „DMB 3“ zur ProSiebenSat.1 Media AG).

859 Dies konnte insbesondere im Fall der Programmlieferungen der Spiegel TV GmbH zu DCTP im Verfahren Az: KEK 159-2 dahinstehen (Beschluss i.S. Drittsendezeiten bei RTL – Auswahl von DCTP, Az.: KEK 159-2, III 4.1.1.1). Keine Zurechnung wurde dagegen angenommen im Hinblick auf die Programmlieferungen der Spiegel TV GmbH zum DCTP-Programmteil auf VOX, die schon quantitativ keinen wesentlichen Umfang der Sendezeit ausmachen; vgl. Beschluss der KEK vom 12.09.2006 i.S. VOX/DCTP, Az.: KEK 342, III 2.1.3.

860 Vgl. zu den Pay-TV-Plattformen und den dort angebotenen Programmen Kapitel II 2.2.2.

861 Vgl. zur Zurechnung zu den Plattformbetreibern ish/iesy, Premiere und Kabel Deutschland die Schaubilder im 9. Jahresbericht der KEK 2005/2006, Anhang, Schaubilder 1, 4 und 7 (Stand: 30.06.2006), sowie zu Premiere und Kabel Deutschland jeweils aktuell unter www.kek-online.de/Beteiligungsverhaeltnisse/Sendergruppierungen.

862 Vgl. Beschluss i.S. Kinowelt TV, Az.: KEK 204, III 2.2 mit weiteren Nachweisen unter III 2.2.2, sowie die Beschlüsse i.S. Gusto, Az.: KEK 222, und Wein TV, Az.: KEK 233, jeweils III 2.2, The History Channel, Az.: KEK 235, III 2.1.7, Games TV, Az.: KEK 223 und 208-1, III 2.1.2, Focus TV, Az.: KEK 236, III 2.1.3, Spiegel TV – xxp digital, Az.: KEK 254, III 2.1.4, SevenSenses (Programme Sat.1 Comedy und kabel eins classics), Az.: KEK 291, III 2.1.2, beate-uhse.tv, Az.: KEK 338, III 2.1.2, e.clips, Az.: KEK 340, III 2.2.4, Junior/DSF, Az.: KEK 344/345, III 2.1.2, Bibel TV, Az.: KEK 347, III 2.2.2, sowie Crime & Investigation Networks und The Biography Channel, Az.: KEK 368, III 2.7.1.2.

gen zu Inhalt und Ablauf des Programms), wird das Drittprogramm dem Plattformbetreiber nicht zugerechnet.⁸⁶³

2.4 § 29 RStV: Veränderung von Beteiligungsverhältnissen

Veränderungen von Beteiligungsverhältnissen oder sonstigen Einflüssen beim Veranstalter oder bei beteiligten Unternehmen sind vor ihrem Vollzug nach § 29 RStV schriftlich anzumelden und von der KEK als unbedenklich zu bestätigen. Die Vorschrift des § 29 RStV ist seit ihrer Einführung im Jahr 1997 unverändert geblieben. Auf die Darstellung im 1. Konzentrationsbericht kann daher erneut verwiesen werden.⁸⁶⁴ Die Prüfkriterien sind die gleichen wie bei Zulassungsanträgen (vgl. § 29 Abs. 1 Satz 3 RStV), d. h., die KEK prüft nach Maßgabe des § 26 RStV, ob der Veranstalter oder ein beteiligtes Unternehmen vorherrschende Meinungsmacht erlangt.

2.4.1 Umfang der Anmeldepflicht

Anzumelden ist jede geplante Veränderung von Beteiligungsverhältnissen oder sonstigen Einflüssen beim Veranstalter oder bei den an ihm im Sinne von § 28 RStV beteiligten Unternehmen. Das „Ob“ des Beteiligungserwerbs und seine konkreten Modalitäten müssen bereits feststehen. Eine „Vorratsbestätigung“ von Veränderungen, deren Durchführung noch ungewiss ist oder die noch nicht näher konkretisierbar sind, ist nicht vorgesehen. Daraus ergeben sich bisweilen Schwierigkeiten, eine Beteiligungsveränderung vor ihrem Vollzug als unbedenklich zu bestätigen.

So hatten die Veranstalter DSF Deutsches SportFernsehen GmbH, Junior.TV GmbH & Co. KG und TM-TV GmbH & Co. KG geplante Beteiligungsveränderungen angemeldet, die sich u. a. daraus ergaben, dass sich diverse Wandelanleihegläubiger durch den Umtausch ihrer Anleihen u. a. in Aktien an EM.TV beteiligen konnten; die Identität aller künftigen Gesellschafter und die jeweils genaue Beteiligungshöhe standen erst nach Vollzug des Umtauschangebots fest. Das Angebot an die Wandelschuldgläubiger war jedoch unter die aufschiebende Bedingung der medienkonzentrationsrechtlichen Unbedenklichkeitsbestätigung gestellt, und die Veranstalter beantragten, bereits vorab die Unbedenklichkeit der Beteiligungsveränderungen zu bestätigen. Die KEK legte ihrer Entscheidung die – aufgrund verschiedener Anhaltspunkte – wahrscheinlichen künftigen Beteiligungsverhältnisse zugrunde. Von dem angemeldeten Sachverhalt nicht nur ganz geringfügig abweichende Beteiligungsverhältnisse waren nicht Beschlussgegenstand und hätten ggf. gesondert angezeigt werden müssen.⁸⁶⁵

In ähnlicher Weise konnten die konkreten Beteiligungsveränderungen bei der Premiere AG im Zuge ihres Börsengangs nicht im Vorhinein mit Gewissheit vorausgesagt werden. Zwar wurde die neue Beteiligungsstruktur der Premiere AG schließlich exakt so umgesetzt, wie dies im Vorfeld angegeben worden war. Dies stand aber zum Zeitpunkt des Vollzugs nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit fest; vielmehr hing die prozentuale Verteilung der Anteile an der Premiere AG bis zum Abschluss des Börsengangs von mehreren Unwägbarkeiten ab, vor allem dem Ausgabepreis der Aktien und dem ungewissen Umstand, ob sämtliche an der Börse veräußerten Aktien in den

⁸⁶³ Vgl. die Nachweise im Beschluss i.S. Kinowelt TV, a.a.O., sowie die Beschlüsse i.S. Disney Channel, Playhouse Disney und Toon Disney, Az.: KEK 240, III 2.1.2 und 2.1.3, i.S. Discovery HD, Az.: KEK 300, III 2.1.2.3, Body in Balance, Az.: KEK 312, III 2.2, e.clips, Az.: KEK 340, III 2.2.3 und 2.2.5, i.S. DSF/Junior, Az.: KEK 344/345, III 2.2, und i.S. Crime & Investigation Network/The Biography Channel, Az.: KEK 367/368, III 2.7.2.

⁸⁶⁴ Vgl. Konzentrationsbericht der KEK 2000, Kapitel I 4.2.7, S.69 f., und Kapitel IV 2.5, S.380 ff.

⁸⁶⁵ Vgl. Beschlüsse vom 22.03.2004 i.S. DSF, Az.: KEK 210, i.S. Junior.TV, Az.: KEK 211, und i.S. TM-TV, Az.: KEK 212, jeweils III 1.2.

Streubesitz fallen würden. Die Unbedenklichkeitsbestätigung wurde in diesem Fall erst nach dem Vollzug erteilt.⁸⁶⁶

Ebenso anmeldepflichtig wie Veränderungen von Beteiligungsverhältnissen durch Anteilsübertragungen sind Verträge über die Ausübung von Stimmrechten, z.B. Stimmbindungs- oder Treuhandvereinbarungen, und sonstige Veränderungen von Einflussmöglichkeiten, wie sie vor allem durch den Abschluss von Pay-TV-Plattform- und Vermarktungsverträgen bewirkt werden können.⁸⁶⁷

2.4.2 Konzerninterne Umstrukturierung und Wechsel des Zulassungsnehmers

Auch durch konzerninterne Umstrukturierungen innerhalb von beteiligten Medienkonzernen ändert sich die Beteiligungsstruktur; schon deshalb sind sie als „Veränderungen von Beteiligungsverhältnissen“ anmeldepflichtig. Sofern sich durch die Umstrukturierung weder die materiellen Beteiligungsverhältnisse noch die sonstigen Einflussmöglichkeiten der Beteiligten verändern, ist sie medienkonzentrationsrechtlich ohne Relevanz und bedarf keiner Unbedenklichkeitsbestätigung. Zum Zweck dieser Feststellung führt die KEK ein vereinfachtes und unbürokratisches Verfahren durch.⁸⁶⁸

Ob es sich tatsächlich um eine rein konzerninterne Transaktion handelt, hängt von den jeweiligen Gesamtumständen ab, insbesondere von der Funktion der beteiligten Unternehmen und der Frage, ob mit den Transaktionen Veränderungen sonstiger Einflussmöglichkeiten der Beteiligten verbunden sind. Die Entscheidungskompetenz darüber liegt bei der KEK. Zudem dient die Vorschrift des § 29 RStV der Herstellung von Transparenz.

Sofern Umstrukturierungen die Rechtsperson des Veranstalters ändern, etwa indem der Veranstalter zur Vereinfachung der Konzernstruktur auf ein Mutter- oder Schwesterunternehmen verschmolzen wird,⁸⁶⁹ handelt es sich um keinen rein konzerninternen Vorgang: Der neue Veranstalter bedarf der Erteilung einer rundfunkrechtlichen Zulassung,⁸⁷⁰ denn diese kann weder aufgrund Vertrags noch durch Gesamtrechtsnachfolge auf einen neuen Rechtsträger übergehen.⁸⁷¹ Das gilt unabhängig von der durch die zuständige Landesmedienanstalt zu entscheidenden Frage, in welcher Form sie den Wechsel des Zulassungsnehmers genehmigt (ggf. in einem vom jeweiligen Landesmediengesetz dafür vorgesehenen vereinfachten Verfahren). Nach vereinzelt Auseinandersetzungen um die Vorlagepflichtigkeit solcher Vorgänge werden sie mittlerweile von allen Landesmedienanstalten, wenn auch zum Teil nur „informationshalber und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“, der KEK zur Prüfung vorgelegt.⁸⁷²

⁸⁶⁶ Vgl. Beschluss vom 26.10.2005 i.S. Premiere, Az.: KEK 271, III 1.2.

⁸⁶⁷ Vgl. z.B. Beschluss vom 07.12.2004 i.S. Contento, Az.: KEK 223 und 208-1, I 2 (Abschluss eines Plattformvertrags mit Kabel Deutschland für das Programm Games TV).

⁸⁶⁸ Vgl. beispielhaft für zahlreiche Fälle Beschluss i.S. arena, Az.: KEK 339, und i.S. Playboy TV, Az.: KEK 226.

⁸⁶⁹ Vgl. z.B. Beschluss i.S. Das Vierte und NBC Europe, Az.: KEK 302, und i. S. 13th Street, Sci-Fi Channel und Studio Universal, Az.: KEK 303. Zur Verschmelzung eines Veranstalters auf einen anderen Veranstalter vgl. Beschluss i.S. Zulassungsanträge der VIVA Plus GmbH für die Fernsehprogramme MTV, Nick, Nickelodeon und VH-1 Classic, Az.: KEK 363.

⁸⁷⁰ Vgl. dazu bereits Konzentrationsbericht der KEK 2004, Kapitel IV 2.4.1.2, und Mitteilung der KEK 1/03 zur Behandlung von Anträgen bundesweiter Fernsehveranstalter auf Zulassungsverlängerung und auf Zulassung anderer Konzernunternehmen.

⁸⁷¹ Ein Absehen vom Erfordernis der Zulassung im Wege einer „großzügigen“ Auslegung des Veranstalterbegriffs wäre nur vertretbar, wenn stets sichergestellt wäre, dass sich bis auf den Wechsel der Identität der Rechtssubjekte keinerlei Änderungen, die die Zulassungsvoraussetzungen betreffen könnten, ergeben haben. Dies kann aber ohne Prüfung des Einzelfalls nicht vorausgesetzt werden.

⁸⁷² Zur früheren Verfahrenspraxis einer einzelnen Landesmedienanstalt, solche Anträge als „konzernintern“ der KEK nicht zur medienkonzentrationsrechtlichen Prüfung vorzulegen; vgl. Konzentrationsbericht der KEK 2004, Kapitel IV 1.2.1.2.

2.4.3 Ausnahmen von der Anmeldepflicht für börsennotierte Aktiengesellschaften und Fondsgesellschaften

Mehrere börsennotierte Aktiengesellschaften sind als Gesellschafter an Fernsehveranstaltern beteiligt,⁸⁷³ und auf den höheren Beteiligungsstufen treten zahlreiche ausländische börsennotierte Gesellschaften auf. Beteiligungsveränderungen bei diesen Beteiligten, auch über den Börsenhandel, sind ebenfalls nach § 29 RStV anmeldepflichtig; jedoch gelten davon Ausnahmen gemäß der Richtlinie der KEK nach § 29 Satz 5 RStV, sofern die Veränderungen durch Erwerb, Veräußerung oder einen anderen Übertragungstatbestand von weniger als 5 % des Kapitals oder der Stimmrechte bewirkt werden und durch sie nicht Beteiligungen von 25 %, 50 % oder 75 % erreicht, überschritten oder unterschritten werden.⁸⁷⁴ In diesem Rahmen der Richtlinie gemäß § 29 Satz 5 RStV, die sich an den Schwellenwerten des Wertpapierhandelsgesetzes orientiert, sind die Anmeldepflichten den Beteiligten zumutbar, weil sie ihrerseits aufgrund der Meldepflichten des Wertpapierhandelsgesetzes von anzeigepflichtigen Veränderungen zeitnah erfahren.⁸⁷⁵ Bisweilen machen Veranstalter geltend, sie hätten keinen Einfluss auf die Beachtung der Anmeldepflichten durch die an ihnen beteiligten Unternehmen; jedoch müssen Gesellschaften, die eine rundfunkrechtliche Zulassung innehaben oder denen Programmveranstalter zuzurechnen sind, sicherstellen, dass den Anmeldevorschriften des § 29 RStV genügt werden kann, z. B. durch Offenlegungsvorschriften in den Gesellschaftsverträgen.

Die Anmeldepflichten gelten gleichermaßen für Beteiligungen durch Private-Equity-Fondsgesellschaften an Veranstaltern oder beteiligten Unternehmen. Solche Beteiligungen sind mittlerweile zahlreich.⁸⁷⁶ Fondsgesellschaften sind zumeist in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft – oder einer vergleichbaren ausländischen Rechtsform – organisiert. Auch an ihnen sind alle Kapital- und Stimmrechtsbeteiligungen offen zu legen, und, sofern sie „beteiligte Unternehmen“ im Sinne von § 28 RStV sind, jegliche Beteiligungsveränderungen anzumelden. In der Praxis verlangt die KEK in entsprechender Anwendung der Richtlinie nach § 29 Satz 5 RStV die Offenlegung der Beteiligungen an Fondsgesellschaften von 5 % oder mehr des Kapitals oder der Stimmrechte; entsprechend sind auch nur solche Veränderungen bei Fondsgesellschaften anzumelden. Diesbezügliche Vertraulichkeitsabreden der Fondsverwalter mit den Kapitalgebern können gegenüber Behörden keine Wirksamkeit entfalten. Diese Auskünfte sind bislang auf entsprechende Nachfragen der KEK schließlich immer erteilt worden.

2.4.4 Vollzugsdefizite; Vollzugsverbot

Gemäß § 29 Satz 1 und Satz 2 RStV muss jede geplante Veränderung von Beteiligungsverhältnissen an Veranstaltern von bundesweiten Fernsehprogrammen und an ihnen im Sinne von § 28 RStV Beteiligten bei der zuständigen Landesmedienanstalt vor ihrem Vollzug angemeldet werden. Darüber hinaus folgt aus § 29 Satz 4 RStV unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Gebots der präventiven und effektiven Kontrolle von Beteiligungsveränderungen, dass der Vollzug von Beteiligungsveränderungen vor ihrer Unbedenklichkeitsbestätigung rechtswidrig ist. Der Rundfunkstaatsvertrag enthält jedoch, anders als das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§ 41

⁸⁷³ Beispiele: Premiere AG, EM.TV AG, Beate Uhse AG.

⁸⁷⁴ Vgl. Richtlinie der KEK nach § 29 Satz 5 RStV zur Ausnahme von der Anmeldepflicht bei Veränderung von Beteiligungsverhältnissen, Ziff. 1.2., abrufbar unter www.kek-online.de/Verfahren/Rechtsgrundlagen.

⁸⁷⁵ Nach einem Gesetzentwurf der Bundesregierung ist die Verschärfung der Offenlegungspflichten des WpHG auf Beteiligungen ab 3 % vorgesehen; vgl. Süddeutsche Zeitung vom 12.09.2006.

⁸⁷⁶ S. o. Kapitel I 1.3.

GWB), kein ausdrückliches Vollzugsverbot für die kontrollpflichtigen Beteiligungsveränderungen bis zu ihrer Unbedenklichkeitsbestätigung.⁸⁷⁷

Erfreulicherweise stellen inzwischen insbesondere die an größeren Fernsehveranstaltern beteiligten Unternehmen regelmäßig die rechtliche Wirksamkeit des Vollzugs einer Anteilsübertragung unter die aufschiebende Bedingung der medienrechtlichen Freigabe.

Andere Veranstalter und Beteiligte beachten dagegen ihre Pflichten nach § 29 RStV nur unzureichend und zeigen Beteiligungsveränderungen erst nachträglich an, zum Teil geraume Zeit nach ihrem Vollzug und nur auf Nachfrage der KEK, die durch Pressemeldungen, eigene Recherchen oder im Rahmen der Erstellung der Programmliste von einer gesellschaftsrechtlichen Veränderung erfahren hat. In einem Einzelfall war es sogar einer Veranstalterin mangels hinreichender Dokumentation bei ihrer Muttergesellschaft nicht mehr möglich anzugeben, welche Beteiligungsveränderungen im Laufe eines längeren Zeitraums im Einzelnen erfolgt waren.

Für den Fall, dass eine bereits vollzogene Beteiligungsveränderung nicht als unbedenklich bestätigt werden kann, ist zwingend die Zulassung des betroffenen Programmveranstalters zu widerrufen, § 29 Satz 4 RStV. Dieses „scharfe Schwert“ kommt für kleine Veranstalter, deren Zuschaueranteile gering sind, als Sanktion für die Missachtung der Anmeldepflichten nicht in Betracht. Im Übrigen erfüllt die Unterlassung der Anmeldung geplanter Beteiligungsveränderungen zwar den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 RStV, es liegt aber in der Zuständigkeit der aufsichtführenden Landesmedienanstalt, im Falle von Verstößen ein Bußgeldverfahren einzuleiten. Dies ist trotz entsprechender Hinweise seitens der KEK bislang erst in einem einzigen Fall geschehen. Es bleibt somit der Befund eines wenig zufriedenstellenden Verfahrensinstrumentariums, von dem in der Praxis überdies nur unzureichend Gebrauch gemacht wird.

Sofern die rechtzeitige Anmeldung unterbleibt, weichen die tatsächlichen Beteiligungsverhältnisse z.T. über einen längeren Zeitraum von der rundfunkrechtlich genehmigten Beteiligungsstruktur ab. Gegen diesen rechtswidrigen Zustand stehen keine Sanktionsmittel zur Verfügung. Es besteht die Gefahr, dass in der Zeitspanne zwischen dem Vollzug der Beteiligungsveränderung und einer negativen Entscheidung über ihre Unbedenklichkeit vorherrschende Meinungsmacht als Faktum eintritt; diese faktische Wirkung könnte auch durch einen späteren Widerruf der Zulassung (§ 29 Satz 4 RStV) nicht mehr aus der Welt geschafft werden. Der nachträgliche Widerruf der Zulassung ist kein geeignetes Mittel, um Konzentrationen im Vorfeld zu verhindern. Mangels einer wirksamen Sanktion erfüllt § 29 RStV nicht das verfassungsrechtliche Gebot, eine effektive präventive Konzentrationskontrolle sicherzustellen.⁸⁷⁸

Die KEK erneuert daher ihre Forderung, nach dem Vorbild des Kartellverfahrens (§ 41 Abs. 1 Satz 1 GWB und Art. 7 Abs. 1 der europäischen FusionskontrollVO) ein gesetzliches Vollzugsverbot für die Zeit vor der Bestätigung der Unbedenklichkeit einzuführen.

⁸⁷⁷ Vgl. dazu bereits Konzentrationsbericht der KEK 2000, Kapitel IV 2.5.2.3, S.382, und Bericht der Arbeitsgruppe „Medienkonzentration“ der Rundfunkreferenten zu der Fragestellung im Rahmen der von der Ministerpräsidentenkonferenz von Schwerin im Oktober 2000 erteilten Prüfaufträge, in: Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Bd. 1, IV 2.2 (Rn. 203), S. 184.

⁸⁷⁸ BVerfGE 73, 118, 173; 95, 163, 173.

Dafür sollte **§ 29 RStV** um folgende **Absätze 2 und 3** ergänzt werden:

- „(2) Anmeldepflichtige participationsveränderungen dürfen bis zur Entscheidung der KEK über ihre Unbedenklichkeit oder bis zum Ablauf der Frist gemäß Absatz 3 nicht vollzogen werden. Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind unwirksam.*
- (3) Die KEK trifft ihre Entscheidung zu participationsveränderungen innerhalb einer Frist von vier Monaten. Die Frist beginnt mit dem Eingang der vollständigen Anmeldung bei der KEK. Der Fristenlauf wird gehemmt, solange erforderliche Auskünfte nicht erteilt sind. Im Einvernehmen mit dem Veranstalter kann die Frist verlängert werden. Hat die KEK innerhalb der vorstehend geregelten Frist keine Entscheidung getroffen, so gilt die Veränderung der participationsverhältnisse oder sonstigen Einflüsse als unbedenklich.“*