

Kapitel I

Medienkonzentration und Sicherung der Meinungsvielfalt

1 Konzentration im privaten Rundfunk und auf medienrelevanten verwandten Märkten

Die KEK ist nach dem Rundfunkstaatsvertrag (RStV) dafür zuständig, die Einhaltung der Vorschriften zur Sicherung der Meinungsvielfalt im bundesweiten privaten Fernsehen zu überprüfen. Es gilt insbesondere, vorherrschende Meinungsmacht eines oder mehrerer Veranstalter zu verhindern. Neben ihrer Funktion als Prüforgang in rundfunkrechtlichen Verfahren zählt es zu den Aufgaben der KEK, regelmäßig einen Bericht über die Entwicklung der Konzentration und Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk zu erstellen. Bevor die relevanten Entwicklungen im Medienbereich untersucht und die Erkenntnisse aus der Anwendungspraxis der medienkonzentrationsrechtlichen Vorschriften dargestellt werden, sollen zunächst die Voraussetzungen von Meinungsvielfalt und im Anschluss daran die rechtlichen Rahmenbedingungen für die medien-spezifische Konzentrationskontrolle erläutert werden.

1.1 Wirtschaftlicher und publizistischer Wettbewerb als Voraussetzung für Meinungsvielfalt

Das Vorliegen von vorherrschender Meinungsmacht kann nicht anhand programminhaltlicher Kriterien bestimmt werden; einem solchen Anknüpfungspunkt würde die verfassungsrechtlich garantierte Meinungsfreiheit als Grundlage der Rundfunkfreiheit der privaten Fernsehveranstalter entgegenstehen. Das Ziel, Meinungsvielfalt zu gewährleisten, kann nur verfolgt werden, indem die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass verschiedene Stimmen die Chance erhalten und behalten, möglichst gleichgewichtig gehört zu werden.

Ein konstituierendes Element der Meinungsvielfalt ist der publizistische Wettbewerb, d. h. die geistig-publizistische Konkurrenz von Meinungen. Sind mehrere Unternehmen zur Veranstaltung von privatem Fernsehen zugelassen, so ist damit die Gefahr vorherrschender Meinungsmacht noch nicht ausgeschlossen. Die Unternehmen stehen nämlich nicht nur in einem „Ideenwettbewerb“¹, sondern agieren immer auch unter den Rahmenbedingungen ökonomischer Konkurrenz. Mit dieser verbunden sind vielfältige Chancen und Risiken. Zu den unter Vielfaltaspekten relevanten Risiken gehört vor allem die gerade in Medienmärkten ausgeprägte Tendenz zur Unternehmenskonzentration und zur Produktion vorwiegend massenattraktiver Inhalte ähnlichen Zuschnitts.² In

1 Vgl. Erhard Kantzenbach, Zum Verhältnis von publizistischem und ökonomischem Wettbewerb aus ökonomischer Sicht, in: W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Rundfunk im Wettbewerbsrecht – der öffentlich-rechtliche Rundfunk zwischen Wirtschaftsrecht und Rundfunkrecht, Baden-Baden 1988.

2 Vgl. Jürgen Heinrich, Medienökonomie, Bd. 2, Opladen 1999, S. 120 ff., und Insa Sjurts, Einfach trotz Vielfalt in den Medienmärkten: Eine ökonomische Erklärung, in: Friedrichsen, M./Seufert, W. (Hrsg.), Effiziente Medienregulierung, Baden-Baden 2004, S. 77 ff.

ihrer Folge gerät auch die Meinungsvielfalt unter Druck. Die Chance für eine unabhängige, auch kontroverse Meinungsbildung ist grundsätzlich größer, wenn Medienunternehmen wirtschaftlich voneinander unabhängig sind und auch Anbieter von Nischenprodukten Markteintrittschancen haben.

1.2 Ansatzpunkte für die Kontrolle von wirtschaftlichem und publizistischem Wettbewerb

Nach dem Rundfunkstaatsvertrag sind Zuschaueranteile ein wesentliches Kriterium für die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht. Sie unterscheiden sich von Marktanteilen, die der wettbewerbsrechtlichen Konzentrationskontrolle zugrunde liegen. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) knüpft an die Begründung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen an. Die hierfür maßgeblichen Marktanteile werden anhand des relevanten Marktes auf der Grundlage von Bedarfsmärkten ermittelt. Nach diesem Konzept sind sämtliche Güter in einen Markt einzubeziehen, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der Konsument sie für die Deckung eines bestimmten Bedarfs als austauschbar ansieht.³ Innerhalb des sachlich-gegenständlichen und räumlich relevanten Markts werden die Marktanteile der Anbieter und die vom Wettbewerb nicht oder nicht ausreichend kontrollierten Verhaltensspielräume ermittelt.

Frei empfangbare Fernsehprogramme weisen – was den Rezipientenmarkt angeht – Merkmale eines öffentlichen Gutes auf:⁴ So haben die Programmanbieter zum Ersten keine Möglichkeit, Zuschauer von der Nutzung ausgestrahlter Programme auszuschließen (Nicht-Ausschluss vom Konsum). Zum Zweiten hat die individuelle Nutzung eines Programms durch einen Zuschauer keine Auswirkungen auf die Verfügbarkeit desselben Gutes für andere Nutzer (Nicht-Rivalität im Konsum). Für den Rezipientenmarkt des Free-TV ist entsprechend Marktversagen zu konstatieren. Fernsehprogramme, bei denen im Rezipientenmarkt das Ausschlussprinzip realisiert wird (Pay-TV), stellen dagegen so genannte Klub- oder Mautgüter dar. Für sie ist von einer eingeschränkten Marktfähigkeit im Rezipientenmarkt auszugehen.

Während also im Rezipientenmarkt Marktversagen bzw. eine eingeschränkte Marktfähigkeit festzustellen ist, sind Fernsehprogramme im Werbemarkt voll marktfähige private Güter. Hier besteht Konsumrivalität unter den Werbetreibenden, da das Angebot an Werberaum aus rechtlichen Gründen limitiert ist; das Ausschlussprinzip wird über Werbespotpreise praktiziert.

Vor dem Hintergrund der unterschiedlich ausgeprägten Marktfähigkeit von Fernsehprogrammen im Rezipienten- und Werbemarkt konzentriert sich das Handeln der privaten Free-TV-Veranstalter – ökonomisch folgerichtig – primär auf den Werbemarkt. Hier trifft das Angebot nicht nur auf eine zahlungsbereite, rivalisierende Nachfrage, sondern auch der Ausschluss nicht zahlungsbereiter Konsumenten vom Konsum ist problemlos praktikierbar. Eine primäre Ausrichtung der Programmproduktion auf den Rezipientenmarkt wäre dagegen ökonomisch weniger attraktiv, da hier wegen der nur unzureichenden Ausschlussmöglichkeiten vom Konsum auch nicht zahlungsbereite Kunden das Gut konsumieren können und somit die Vorleistung des Produzenten nicht entgolten wird. Private Free-TV-Veranstalter setzen deshalb auf ein Monoerlösmodell mit Erlösgenerierung im Werbe- und nicht im Rezipientenmarkt. Angeboten werden dementsprechend vor allem quoten-

3 BKartA, Beschluss vom 10.12.2002, B 6 – 22121 – 98/02 (Holtzbrinck/Berliner Verlag), S. 15, unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung des BGH.

4 Näher dazu Ernst-Joachim Mestmäcker, Über den Einfluss von Ökonomie und Technik auf Recht und Organisation der Telekommunikation und der elektronischen Medien, in: ders. (Hrsg.), Kommunikation ohne Monopole II, 1995, S. 48 ff., und Insa Sjurts, Einfalt trotz Vielfalt in den Medienmärkten: Eine ökonomische Erklärung, in: Friedrichsen, M./Seufert, W. (Hrsg.), Effiziente Medienregulierung, Baden-Baden 2004, S. 72 ff.

starke und als Werbeumfeld attraktive Programminhalte. Die Vielfalt des Angebots ist notwendig begrenzt.

Zu den weiteren ökonomischen Merkmalen von Fernsehprogrammen, die das Handeln der Unternehmen beeinflussen und die Angebotsvielfalt determinieren, gehört der hohe Fixkostenanteil bei der Programmproduktion. Variable Kosten der Produktion – also Kosten, die von der Zahl der Rezipienten abhängen – fallen nur für den Vertrieb an; bei der Fernsehprogrammproduktion tendieren sie Richtung Null. Die Folge dieser Kostenstruktur ist ein erheblicher Kostendegressions-effekt bei der Programmproduktion. Eine Produktion für reichweitenstarke Märkte verursacht entsprechend geringere Stückkosten (Kosten pro Rezipient) als eine reine Nischenproduktion. Für Fernsehveranstalter ist es deshalb auch aus diesem Grund ökonomisch sinnvoll, Massenmärkte zu bedienen. Die Angebotsvielfalt gerät weiter unter Druck.

Im publizistischen Wettbewerb soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk ein Gegengewicht zum privaten Rundfunk bilden. Der Rundfunkstaatsvertrag trägt dem Rechnung, indem die für vorherrschende Meinungsmacht maßgeblichen Zuschaueranteile unter Einbeziehung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu ermitteln sind. Wirtschaftlicher Wettbewerb bestimmt ihr Verhältnis auf rundfunknahen Märkten, insbesondere in der Werbung, in der Produktion sowie in der Nachfrage nach und im Handel mit Programmrechten.

Auch wenn der Rundfunk keineswegs das einzige Massenmedium darstellt, sondern in Konkurrenz steht insbesondere mit Zeitungen, Zeitschriften und Internet-Angeboten, aber auch beispielsweise mit Büchern und Kinofilmen, kommt dem Fernsehen doch weiterhin als „Leitmedium“ eine herausgehobene Funktion im Hinblick auf die Meinungsbildung in einer Gesellschaft zu. Gemeinsam mit den anderen Medienangeboten konkurriert das Fernsehen durch das Angebot von „Meinungen“ um das Zeitbudget der Rezipienten. Meinungen sind in diesem Zusammenhang alle Inhalte informativer und unterhaltender Art, die dem Bürger durch vermittelnde Organisationen angeboten werden. Der intermediäre Wettbewerb ist publizistischer und wirtschaftlicher Wettbewerb zugleich.

Das Nebeneinander von wirtschaftlichem und publizistischem Wettbewerb spiegelt sich in den medienkonzentrationsrechtlichen Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrags wieder: Die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht bezieht neben dem Kriterium des Zuschaueranteils auch die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens auf medienrelevanten verwandten Märkten ein und knüpft damit an einen Begriff an, der aus dem Kartellrecht stammt. Darüber hinaus berücksichtigt der Rundfunkstaatsvertrag aber auch den insgesamt erzielten Meinungseinfluss, den ein Unternehmen mit seinen Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten erzielt.

1.3 Erscheinungsformen und Ursachen der Medienkonzentration

In der Konzentrationsforschung für den Medienbereich unterscheidet man ebenso wie im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen horizontale, vertikale und diagonale Konzentration.

1.3.1 Horizontale Konzentration

Horizontale Konzentration bezeichnet die Verdichtung von Angebots- oder Nachfrageverhältnissen auf derselben Wirtschaftsstufe. Der höchste Grad horizontaler Konzentration ist das Monopol. Im Mittelpunkt der Konzentration im privaten Fernsehen stehen die Programmveranstalter. Konzentrationstendenzen werden hier u. a. durch die folgenden medienspezifischen Umstände begünstigt:⁵

5 Vgl. Jürgen Heinrich, Medienökonomie, Bd. 2, Opladen 1999, S. 122 ff. und S. 282 ff.

Hoher Fixkostenanteil bei der Programmproduktion

Da die Produktion von Fernsehprogrammen durch einen hohen Anteil fixer Kosten gekennzeichnet ist, sinken die Programmkosten pro Zuschauer (Stückkosten) mit steigender Reichweite. Im Vorteil ist derjenige Veranstalter, der mit seinem Programm eine hohe Reichweite erzielt. Eine Folge dieses Fixkostendegressionseffekts ist die Tendenz zur Monopolisierung durch Bildung von Senderfamilien. Der Zusammenschluss mehrerer Sender unter einem Dach ermöglicht es, Programminhalte mehrfach zu verwerten, dadurch eine hohe Reichweite zu generieren und so die Stückkosten zu reduzieren.

Mechanismus der Werbespot-Reichweiten-Spirale

Charakteristisch für den Free-TV-Markt ist ein Erlösverbund von Rezipienten- und Werbemarkt. So führt ein Anstieg der Reichweite im Rezipientenmarkt c. p. zu einem Sinken des Tausendkontaktpreises am Werbemarkt, wodurch die Attraktivität des Mediums als Werbeträger wächst und ein Anstieg der Nachfrage nach Werberaum induziert wird. Veranstalter mit hohen Reichweiten werden zusätzlich dadurch begünstigt, dass Werbekunden dazu neigen, ihre Werbung bei Spitzenanbietern zu konzentrieren. Mittelfristig können reichweitenstarke Veranstalter ihre Werbegrundpreise erhöhen und die erwirtschafteten Gewinne in eine weitere Qualitätsverbesserung des Programms investieren, wodurch – idealtypisch – die nächste Runde der Werbespot-Reichweiten-Spirale ausgelöst wird. Der Mechanismus der Werbespot-Reichweiten-Spirale bevorteilt somit reichweitenstarke und ökonomisch potente Senderfamilien, die in der Lage sind, entsprechend massenattraktive Programminhalte anzubieten.

Neben diesen Spezifika von Medienmärkten und Medienproduktion hat nach verbreiteter Auffassung auch das vor der Änderung im 3. Rundfunkänderungsstaatsvertrag geltende Medienkonzentrationsrecht zur Bildung von Sendergruppierungen beigetragen.⁶

1.3.2 Vertikale Konzentration

Unter vertikaler Konzentration versteht man die Integration aufeinanderfolgender Wirtschaftsstufen innerhalb eines Unternehmensverbundes. Beispiele im Rundfunk sind unternehmerische Verflechtungen eines Fernsehveranstalters mit den Bereichen Programmproduktion, Rechtehandel und Programmverbreitung. Vertikale Integration ist für Fernsehveranstalter aus verschiedenen Gründen attraktiv:

Reduktion des Beschaffungsrisikos

Durch den Zusammenschluss mit einem Programmproduzenten oder Rechthändler sichert sich der Fernsehveranstalter einen kontinuierlichen und exklusiven Zugriff auf Programmware, wodurch eine wettbewerbsvorteilstiftende Differenzierung am Rezipienten- und Werbemarkt möglich wird. Zudem können – mit den gleichen vorteilstiftenden Effekten – Programminhalte maßgeschneidert für die jeweiligen Sender „inhouse“ produziert werden. Ferner werden neue Erlösquellen durch den Verkauf von Programmware erschlossen. Die Verhandlungsmacht der Content-Lieferanten wird reduziert.⁷

6 Vgl. hierzu Konzentrationsbericht der KEK 2000, Fortschreitende Medienkonzentration im Zeichen der Konvergenz, Schriftenreihe der Landesmedienanstalten, Bd. 17, Berlin 2000, S. 52 ff. m. w. N.

7 Vgl. Insa Sjurts, Strategien in der Medienbranche, 3. Aufl., Wiesbaden 2005, S. 424 f.

Sicherung des Zugangs zum Rezipientenmarkt

Die vertikale Integration von Veranstaltern und nachgelagerten Vertriebswegen kann dazu dienen, den direkten Zugang zum Zuschauer zu sichern. Der Zugang zum Kunden ist auch bei der Integration von Unternehmen, die technische oder administrative Dienstleistungen für das Digitalfernsehen und Pay-TV erbringen (z. B. Decodertechnik, Conditional-Access-Systeme), der entscheidende Faktor. Wer über diesen Zugang verfügt, kann – z. B. aufgrund von Kapazitätsengpässen oder Netzwerkeffekten – eine strategische Position als Gatekeeper einnehmen. Als solcher kann er den Zugang zum Markt kontrollieren und dadurch die Chancen von aktuellen und potenziellen Wettbewerbern beeinflussen. Darüber hinaus ist er in einer überlegenen Position für die Entwicklung und das Angebot neuer Dienste. Die Verhandlungsmacht der Abnehmer wird aus Sicht der Veranstalter wirksam reduziert.

Diesen Vorteilen der vertikalen Integration für etablierte Anbieter gegenüber steht allerdings ein manifester Nachteil für neue Anbieter. Für sie wird der Marktzutritt durch vertikale Konzentration deutlich erschwert. So ist ein erfolgreicher Markteintritt ohne Zugriff auf attraktive Programminhalte nur schwer möglich; durch das Fehlen eines direkten Zugangs zu den Rezipienten werden die Erfolgchancen von vornherein stark reduziert.

1.3.3 Diagonale Konzentration

Diagonale oder konglomerate Konzentration liegt vor, wenn ein Unternehmen auf Märkten tätig ist, deren Produkte oder Dienstleistungen weder auf der Produktions- noch auf der Absatzseite in unmittelbarem Wettbewerb zueinander stehen. In der Diskussion über die Medienkonzentration spricht man von Cross-Media-Ownership. Klassisches Beispiel dafür ist ein Unternehmen, das Fernsehen veranstaltet und zugleich einen Zeitungsverlag betreibt. Allgemeine Aussagen darüber, ob ein so integriertes Unternehmen auf den verschiedenen Märkten im Verhältnis zu den weniger integrierten Unternehmen über einen vom Wettbewerb nicht kontrollierten Verhaltensspielraum verfügt, sind nicht möglich. Der wichtigste Bestimmungsgrund für überlegene Positionen im Wettbewerb ist der Grad der horizontalen Konzentration auf den betroffenen Einzelmärkten. Für die Beurteilung der Medienkonzentration ist zu fragen, ob sich der publizistische Einfluss eines diversifizierten Medienunternehmens bündeln lässt.

Als Hauptvorteil der diagonalen Konzentration gelten Verbundvorteile, d. h. die Erzielung von Synergieeffekten. Diese können im Medienbereich z. B. durch crossmediale Mehrfachnutzung von Inhalten und medienübergreifende Werbung (Cross-Promotion)⁸ entstehen. Ein weiterer Vorteil ist die Risikominderung durch geringere Abhängigkeit von Schwankungen innerhalb eines Marktes durch Ausgleichsmöglichkeiten auf anderen Märkten. Zudem können Produkte, die (noch) unrentabel sind, weil sie sich z. B. in der Anfangsphase der Markteinführung befinden, durch Gewinne aus dem jeweils anderen Tätigkeitsbereich intern subventioniert werden. Die Verflechtung der Unternehmen bietet darüber hinaus eine bessere Ausgangslage für die weitere Expansion und die Erschließung neuer Märkte. Ein häufiges Motiv für diagonale Konzentration im Medienbereich ist auch die Abwehr von Substitutionskonkurrenz auf dem Rezipienten- und Werbemarkt.⁹ Insbesondere auf regionaler Ebene beteiligten sich nach der Zulassung von privaten Rundfunkveranstaltern im Jahr 1984 Zeitungsverlage an Hörfunk- und TV-Sendern, um potentieller Konkurrenz in den regionalen Werbemärkten zu begegnen. Ein ähnliches Strategiemuster zeigte sich Ende der 90er

⁸ Als Cross-Promotion wird die redaktionelle Überkreuzwerbung für unterschiedliche Medienprodukte eines Medienkonzerns in eigenen Werbeträgern bezeichnet. Vgl. Insa Sjurts (Hrsg.), Lexikon der Medienwirtschaft, Wiesbaden 2004, S. 93 f.

⁹ Vgl. Insa Sjurts, Strategien in der Medienbranche, 3. Aufl., Wiesbaden 2005, S. 423 ff.

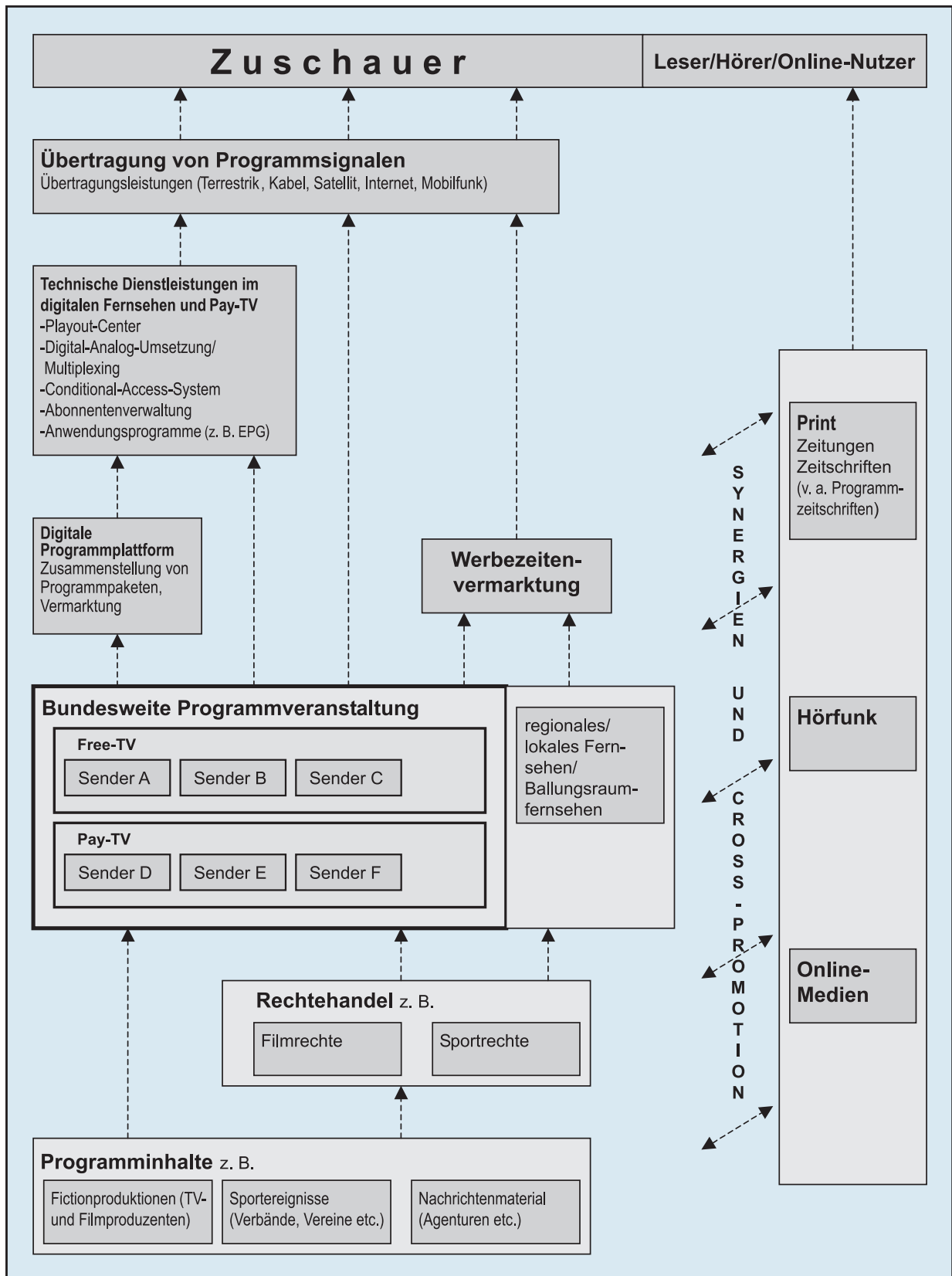


Abbildung I – 1: Horizontale, vertikale und diagonale Verflechtungen im Bereich der Fernsehveranstaltung

Jahre, als die klassischen Medienunternehmen aus den Bereichen Print und Rundfunk im neuen Medienmarkt Internet tätig wurden. Diese konvergenzinduzierte Cross-Media-Strategie sollte ebenfalls der vermuteten Substitutionskonkurrenz in den Internet-Teilmärkten vorbeugen. Mittlerweile versuchen sich die Medienunternehmen auch im Hinblick auf den neuen Medienteilmarkt der mobilen Kommunikation strategisch zu positionieren. Mit eigenen Angeboten oder im Zusammenwirken mit Mobilfunkbetreibern werden aktuelle Programminhalte aus Unternehmen im Fernsehen, im Hörfunk oder im Verlagswesen für eine mobile Verbreitung aufbereitet.¹⁰

Durch Cross-Media-Strategien können sich Wettbewerbskonstellationen ergeben, bei denen Unternehmen in dem einen Medienmarkt konkurrieren, in einem anderen dagegen kooperieren. So konkurrieren beispielsweise die Axel Springer AG und der Heinrich Bauer Verlag im Markt der Programmzeitschriften (vgl. Kapitel II 2.5), sie kooperieren aber zugleich als Gesellschafter von Radio Hamburg.¹¹ Derartige Wettbewerbskonstellationen (Coopetition) können Gefahren für den ökonomischen Wettbewerb nach sich ziehen, wenn Marktteilnehmer aus Rücksichtnahme auf den Kooperationspartner in einem Markt von Wettbewerbsvorstößen in einem anderen Markt absehen.¹²

Die Möglichkeit, über verschiedene Mediengattungen auf die Meinungsbildung Einfluss zu nehmen, führt zu crossmedialer Meinungsmacht und damit zu einer Vervielfältigung des publizistischen Einflusses einzelner Anbieter. Gefahren für die Meinungsvielfalt können sich u. a. aus einer Homogenisierung der Medieninhalte durch Mehrfachverwertung von Inhalten oder durch Zusammenlegung von Redaktionen ergeben.

Einen schematischen Überblick über horizontale, vertikale und diagonale Verflechtungen im Bereich der Fernsehveranstaltung gibt die Abbildung I–1.

2 Medienspezifische Konzentrationskontrolle im Rundfunk

2.1 Die verfassungsrechtlichen Grundlagen

Mit den Bestimmungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk, wie sie nunmehr in §§ 25 ff. RStV verankert sind, haben die Länder den vom Bundesverfassungsgericht betonten Auftrag, der Entstehung vorherrschender Meinungsmacht entgegenzuwirken,¹³ Rechnung getragen. Insoweit ist unter Bezugnahme auf den ersten¹⁴ und zweiten Konzentrationsbericht¹⁵ nochmals auf Folgendes hinzuweisen. Gerade die Rundfunkfreiheit, die den Rahmen für das Medienkonzentrationsrecht absteckt, ist wie kaum ein anderes Grundrecht durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägt. Das Bundesverfassungsgericht hat als authentischer Interpret des Grundgesetzes aus der knappen Bestimmung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG differenzierte und weitgehende Anforderungen an die Rundfunkordnung in der Bundesrepublik Deutschland entwickelt.

Auf der Grundlage einer von ihm als dienende Freiheit verstandenen Rundfunkfreiheit betont das Bundesverfassungsgericht, dass gesetzliche Regelungen notwendig sind, die sicherstellen,

10 Vgl. Insa Sjurts, Strategien in der Medienbranche, 3. Aufl., Wiesbaden 2005, S. 426.

11 Vgl. Insa Sjurts, Strategien in der Medienbranche, 3. Aufl., Wiesbaden 2005, S. 429.

12 Vgl. Insa Sjurts, Kollektive Unternehmensstrategie, Wiesbaden 2000, S. 154 ff.

13 Vgl. BVerfGE 73, 118, 172 und 175.

14 Vgl. Konzentrationsbericht der KEK 2000, Fortschreitende Medienkonzentration im Zeichen der Konvergenz, Schriftenreihe der Landesmedienanstalten, Bd. 17, Berlin 2000, S. 47 ff.

15 Vgl. Konzentrationsbericht der KEK 2004, Sicherung der Meinungsvielfalt in Zeiten des Umbruchs, Schriftenreihe der Landesmedienanstalten, Bd. 29, Berlin 2004, S. 41 ff.

dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in größtmöglicher Breite und Vollständigkeit bzw. unverkürzt zum Ausdruck gelangen.¹⁶ Dabei ist zunächst auf das Gesamtangebot der elektronischen Medien abzustellen, also das Angebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in die Ermittlung des Vielfaltbefundes einzubeziehen. Aber auch die privaten Programme unterliegen für sich allein einem entsprechenden Gebot in freilich abgesenkter Weise: Sie haben lediglich einem „Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt“ zu genügen.¹⁷ Zudem hat das Bundesverfassungsgericht unmissverständlich darauf hingewiesen, dass ein ausgewogenes und vielfältiges Angebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten allein nicht genügt, um eventuelle Defizite im privaten Bereich auszugleichen. Deshalb ist nach dieser Rechtsprechung die Vielfalt der Anbieter und damit der Meinungen von Verfassungen wegen auch im Bereich der privaten Veranstalter durch den Rundfunkgesetzgeber zu sichern.¹⁸ Dabei handelt es sich nicht um eine bloße Zuständigkeit der Länder, sondern um eine Pflichtaufgabe von hoher Bedeutung, da Fehlentwicklungen in diesem Bereich besonders schwer rückgängig gemacht werden können.¹⁹

Die Länder haben in ihren Landesmediengesetzen auf unterschiedliche Weise den Versuch unternommen, diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben gerecht zu werden. Tendenziell gelten wegen des Problems der Doppelmonopole von Rundfunk und örtlicher Presse im regionalen und lokalen Bereich besonders strenge organisatorische Anforderungen zur Vielfaltsicherung, um den dort sehr stark ausgeprägten Tendenzen zur Monopolisierung entgegenzuwirken, von denen aber einzelne Länder, etwa Hamburg, neuerdings abweichen. Dagegen legt der RStV für bundesweit verbreitete Fernsehprogramme einheitliche Anforderungen fest. Diese Regelungen sind praktisch von hoher Bedeutung, da das bundesweite Fernsehen wirtschaftlich und im Hinblick auf die öffentliche Meinungsbildung eine herausragende Rolle einnimmt. Dabei sind die Regelungen so auszugestalten, dass der Gefahr einer Entstehung vorherrschender Meinungsmacht vorbeugend und wirksam entgegengetreten wird. Diese verfassungsrechtliche Vorgabe ist bei allen gegenwärtig diskutierten Änderungen des Rundfunkstaatsvertrages ebenso wie bei der Auslegung des geltenden § 26 Abs. 1 RStV zu beachten. Schon dies schließt es aus, § 26 Abs. 1 RStV dahingehend zu verstehen, dass die KEK eine Beteiligungsveränderung oder eine Neuzulassung trotz des Vorliegens vorherrschender Meinungsmacht als unbedenklich bestätigen muss, weil die Vermutungsregelungen des § 26 Abs. 2 RStV mit ihren Grenzwerten von 30 % bzw. 25 % Zuschaueranteil nicht eingreifen.

2.2 Die Sicherung der Meinungsvielfalt im bundesweiten Fernsehen nach dem Rundfunkstaatsvertrag

Im Bereich des bundesweiten privaten Fernsehens gilt der Grundsatz, dass ein Unternehmen in jeder Rechtsform eine beliebige Anzahl von Programmen veranstalten darf. Diese „Veranstalterfreiheit“ wird durch einen Eingriffstatbestand begrenzt: Hat ein Unternehmen mit den ihm zurechenbaren Programmen „vorherrschende Meinungsmacht“ erlangt, so darf für weitere diesem Unternehmen zurechenbare Programme keine Zulassung erteilt oder der Erwerb weiterer zurechenbarer Beteiligungen nicht als unbedenklich bestätigt werden.²⁰

16 Vgl. BVerfGE 57, 295, 320 und 323.

17 Vgl. BVerfGE 73, 118, 159; 83, 238, 297.

18 Vgl. BVerfGE 83, 238, 296 f.; 57, 295, 324.

19 So eindringlich BVerfGE 57, 295, 323; 73, 118, 160; vgl. zum Ganzen auch Dieter Dörr, Konzentrationskontrolle im Rundfunk, in: Schiwy/Schütz/Dörr (Hrsg.), Medienrecht, Lexikon für Praxis und Wissenschaft, Köln, Berlin u. München 2006, S. 272 ff.; ders., Die Vorschriften im Rundfunkstaatsvertrag zur Sicherung der Meinungsvielfalt, *ZweR* 2004, 159 ff.

20 Vgl. hierzu grundlegend Konzentrationsbericht der KEK 2000, S. 52 ff., und Konzentrationsbericht der KEK 2004, 43 ff. jeweils m. w. N.

Die Regeln des insoweit zur Sicherung der Meinungsvielfalt mit dem Dritten Rundfunkänderungsstaatsvertrag am 01.01.1997 eingeführten Zuschaueranteilsmodells wurden mehrfach modifiziert.²¹ Seit den mit dem Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag im Jahre 2002 in Kraft getretenen Neuregelungen gilt für Regional- und Drittfensterprogramme im Rahmen bundesweiter privater Fernsehvollprogramme eine medienkonzentrationsrechtliche „Bonusregelung“:²² Sind im reichweitenstärksten Vollprogramm einer Veranstaltergruppe Fensterprogramme eingerichtet, die den staatsvertraglichen Vorgaben entsprechen, so sind gemäß § 26 Abs.2 Satz 3 RStV auf den bundesweiten Zuschaueranteil dieser Gruppe für die Regionalfenster zwei Prozentpunkte und für die Drittsendezeiten drei weitere Prozentpunkte in Abzug zu bringen. Voraussetzung der Anrechenbarkeit der Regionalfenster war nach Maßgabe des Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrags, dass sie „in angemessenem, mindestens im bisherigen Umfang aufgenommen“ waren. Für die Bestimmung des „angemessenen Umfangs“ hatte die KEK die Kriterien herangezogen, die auch für die Anrechnung von Regionalfenstern auf den Mindestumfang der Drittsendezeiten galten: Die Regionalfenster mussten einen bestimmten zeitlichen Umfang haben, insgesamt mindestens 50 % der bundesweiten Fernsehhaushalte erreichen und redaktionell unabhängig vom Hauptprogrammveranstalter veranstaltet werden.

2.2.1 Die Neuregelungen im Siebten Rundfunkänderungsstaatsvertrag

Nachdem insbesondere die Überprüfung der bundesweiten Mindestreichweite der Regionalfenster durch die KEK von einzelnen Landesmedienanstalten kritisiert worden war, reagierte der Gesetzgeber, indem er durch den 7. RÄndStV Zuständigkeit und Kriterien für die Anrechnung von Regionalfenstern bei der Bonuspunktevergabe aus dem Zusammenhang des Medienkonzentrationsrechts löste: Die Zuständigkeit für die Feststellung der Anrechnungsvoraussetzungen wurde der KEK entzogen und den Landesmedienanstalten zur Feststellung mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit zugewiesen (§ 36 Abs.2 Satz 2 i.V.m. § 25 Abs.4 Satz 1 RStV). Voraussetzung der Bonifikation war nunmehr gemäß § 26 Abs.2 Satz 3 RStV i.V.m. § 25 Abs.4 Satz 1 RStV, dass die Regionalfenster „mindestens im zeitlichen und regional differenzierten Umfang der Programmaktivitäten zum 1. Juli 2002“ aufgenommen waren. Damit waren die aktuelle bundesweite Reichweite und die redaktionelle Unabhängigkeit der Fensterprogramme keine gesetzlichen Anrechnungskriterien mehr.

Allerdings ist die Festschreibung des „zeitlichen und regional differenzierten Umfangs der Programmaktivitäten zum 1. Juli 2002“ problematisch. Sie ist, weil sie sich auf einen vergangenen Zustand bezieht, in beiden Richtungen statisch, was bei einem dynamischen Medium wie dem Fernsehen fragwürdig ist. Schwer verständlich erscheint dabei, dass die mit dem Bonus auf den Zuschaueranteil begünstigten Regionalfensterprogramme nicht länger dynamisch an den jeweiligen Umständen orientiert und von aktuellem „angemessenem Umfang“ sein sollen. Bei der Festschreibung des status quo ante „im Umfang der Programmaktivitäten zum 1. Juli 2002“ wird auch nicht berücksichtigt, dass zu diesem Stichtag in keinem der neuen Bundesländer ein Regionalfensterprogramm (Kleinstausnahme RTL mit TV Angermünde in Brandenburg) veranstaltet wurde und die Programmveranstalter mit einer solchen Festschreibung auch schon von allen Planungen, diesem Defizit abzuhelpen, abgehalten werden. Selbst eine wünschenswerte Anpassung etwa in der Richtung, dass die Parallelveranstaltung von RTL- und Sat.1-Regionalfenstern in den alten Bundesländern zugunsten einer flächenweiten Abdeckung mit Regionalfensterprogrammen des einen oder des anderen Veranstalters abgewandelt wird, wird durch die neue Regelung verhindert.

21 Vgl. hierzu Konzentrationsbericht der KEK 2004, S.43 ff.

22 Vgl. Konzentrationsbericht der KEK 2004, S.44 ff.

Der zuvor in § 26 Abs. 2 Satz 3 festgeschriebene „angemessene Umfang“ verbürgte Dynamik und Anpassungsfähigkeit. Die KEK hatte bis dato die Angemessenheit aus den weiteren vielfaltsichernden Bestimmungen abgeleitet. An diese Stelle trat nun eine festgeschriebene, rückwärts gerichtete Betrachtung.

Hinzu kommt der ebenfalls neu eingeführte § 31 Abs. 2 Satz 4 RStV, der eine Unterschreitung der Reichweite der Regionalfenster im Zuge der Digitalisierung der Übertragungswege für zulässig erklärt. Da für die Regionalfenster die terrestrische Ausstrahlung nach wie vor eine wichtige Verbreitungsform darstellt, ist erkennbar, dass es im Zuge des Analog-Digital-Switch-Off zu Reichweitenverlusten kommen wird. Zum einen ist weder eine bundesweit flächendeckende Versorgung mit terrestrischen Signalen vorgesehen, zum anderen stellt sich die Frage, ob und wie lange sich private Veranstalter aus Kostengründen überhaupt daran beteiligen und inwieweit die Zuschauer bei der Konkurrenz durch Kabel, Satellit und ggf. IPTV bereit sind, sich zusätzliche digitale Endgeräte für den terrestrischen Empfang zu kaufen.

Als weitere Neuerung wurde in den Siebten Rundfunkänderungsstaatsvertrag § 39 a eingefügt, der die Zusammenarbeit der Landesmedienanstalten im Rahmen ihrer Aufgaben mit der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und mit dem Bundeskartellamt regelt. Die KEK begrüßt ausdrücklich die Aufnahme dieser Vorschrift in den Rundfunkstaatsvertrag. Sie entspricht einem von ihr seit Jahren gemachten Reformvorschlag.²³ Im Verfahren der geplanten Übernahme der ProSiebenSat.1 Media AG durch die Axel Springer AG erfuhr diese Vorschrift ihren ersten Praxistest. Angesichts der immer wieder auftretenden Bestrebungen ausländischer Unternehmen, sich an bundesweiten Fernsehveranstaltern zu beteiligen, erscheint es darüber hinaus aber auch sinnvoll, eine Zusammenarbeit und den gegenseitigen Informationsaustausch mit den für die Medienkonzentration zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörden sicherzustellen. Zu diesem Zweck sollte die Bundesregierung nach kartellrechtlichem Vorbild mit den entsprechenden Regierungen Verwaltungsabkommen abschließen.

2.2.2 Die Neuregelungen im Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag

Mit dem Ziel der weiteren Stärkung der Regionalfensterprogramme als Instrument zur Sicherung der regionalen Vielfalt und der Meinungsvielfalt hat der Gesetzgeber mit dem Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag zum 01.04.2005 die Anforderungen an regionale Fenster in den beiden reichweitenstärksten bundesweiten Vollprogrammen durch eine Neuregelung in § 25 Abs. 4 RStV verändert.

Danach erhalten die Regionalfensterveranstalter eigene Zulassungen. Im Rahmen der Bonuspunktevergabe treffen weiterhin die Landesmedienanstalten mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit die Feststellung, ob die inhaltlich konkretisierten Voraussetzungen des § 25 Abs. 4 Satz 1 RStV vorliegen (§ 36 Abs. 2 Satz 2 RStV); sie können sich diesbezüglich auf Grundlage von § 33 RStV durch eine Regionalfensterrichtlinie abstimmen. Dagegen ist es im Rahmen der Bonusprüfung Aufgabe der KEK, festzustellen, ob die Fensterprogramme den neu eingeführten weiteren vielfaltsichernden Kriterien des § 25 Abs. 4 Satz 2 bis 5 RStV (redaktionelle und rechtliche Unabhängigkeit, eigene Zulassung und Sicherstellung der Finanzierung durch den Hauptprogrammveranstalter) entsprechen. Insofern hat die KEK darauf hingewiesen, dass für eine Anrechnung der Regionalfenster auf den Zuschaueranteil sämtliche Voraussetzungen des § 25 Abs. 4 RStV vorliegen müssen.²⁴ Seit dem 8. RÄndStV bestehen demnach parallele Prüfzuständigkeiten für die Voraussetzungen des § 25 Abs. 4 RStV:

²³ Vgl. nur Konzentrationsbericht der KEK 2000, S. 356 f.

²⁴ Vgl. Mitteilung der KEK 02/05 zur Anrechnung der Bonuspunkte für Regionalfenster nach dem 8. RÄndStV, abrufbar unter http://www.kek-online.de/kek/information/publikation/kek_mitteilung_2.pdf.

Während die jeweils regional zuständige Landesmedienanstalt diese Vorgaben im Rahmen ihrer Zulassungsentscheidung für das einzelne Regionalfensterprogramm zu beachten hat, prüft die KEK sie im Rahmen medienkonzentrationsrechtlicher Verfahren als Anrechnungsvoraussetzungen. Ausgenommen hiervon sind die Voraussetzungen des § 25 Abs. 4 Satz 1 RStV, die wiederum von den Landesmedienanstalten mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit festzustellen sind und an die die KEK gemäß § 36 Abs. 2 Satz 2 RStV bis zu der durch das Willkürverbot gesetzten Grenze gebunden ist.²⁵

Grundsätzlich können Regionalfenster einen effektiven Beitrag zur Sicherung der regionalen Vielfalt in reichweiten starken Programmen leisten. Dies setzt aber voraus, dass die gesetzlichen Mindestvoraussetzungen erfüllt werden und die Regionalfenster auch den inhaltlichen Anforderungen nach aktueller und authentischer Darstellung der Ereignisse des politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Lebens in dem jeweiligen Land entsprechen. Inhaltliche Analysen, die von den Landesmedienanstalten in Auftrag gegeben werden, lassen daran jedoch Zweifel entstehen.²⁶

Aber selbst wenn die inhaltlichen Vorgaben eingehalten würden, ist die Bedeutung der Regionalfenster im Rahmen der Vielfaltsicherung begrenzt. Ihre Bedeutung könnte weiter abnehmen, wenn die neuerlichen Bestrebungen, die Regionalfenster völlig aus dem massenattraktiven Hauptprogramm zu lösen und in einen eigenen digitalen Spartenkanal auszulagern,²⁷ Erfolg hätten. Die Idee der Fensterregelung, Informationsdefizite im Hauptprogramm auszugleichen und durch diskursorientierte und anspruchsvollere Beiträge dem Zuschauer einen Zuwachs unabhängig gestalteter Qualität zu verschaffen, wird durch diese Absicht konterkariert; die gesetzgeberische Intention, durch diese Fenster einen Beitrag zur Meinungsvielfalt zu leisten, ad absurdum geführt.

Es bleibt die grundsätzliche Frage, wie sich ein Bonus von zwei Prozentpunkten für die Aufnahme von Regionalfenstern rechtfertigen lässt. Dieser Bonus erscheint jedenfalls im Hinblick auf die eher geringe vielfaltverstärkende Wirkung von Regionalfenstern überhöht. Man sollte daher von dieser starren und überhöhten Bonusregel Abschied nehmen.

2.2.3 Änderungen im Neunten Rundfunkänderungsstaatsvertrag

Für das Medienkonzentrationsrecht bedeutsame Änderungen sieht der Neunte Rundfunkänderungsstaatsvertrag lediglich indirekt im Rahmen der Mitwirkung bei der Zuteilung von Sendezeit für unabhängige Dritte vor. Grundsätzlich erfolgt die Auswahl der Drittprogrammveranstalter nach Ausschreibung der jeweiligen Sendezeit durch ein dreistufiges Auswahlverfahren, bei welchem die zuständige Landesmedienanstalt jeweils das Benehmen mit der KEK herstellen muss. Verfügte bislang der Hauptveranstalter bei der Auswahl der Bewerber über die für ihn komfortable Möglichkeit, aus den vorliegenden Anträgen drei nach seiner Beurteilung akzeptable Bewerber auszuwählen, so ändert dies § 31 Abs. 4 RStV. Die Regelung sieht vor, dass die Landesmedienanstalt bei mehr als drei vorliegenden zulassungsfähigen Anträgen dem bisherigen Dreivorschlag unter Vielfaltgesichtspunkten bis zu zwei weitere Vorschläge hinzufügen kann. Wird eine einvernehmliche Einigung zwischen dem Hauptprogrammveranstalter und Landesmedienanstalt nicht erreicht, so wählt nunmehr die Landesmedienanstalt aus den Vorschlägen den Bewerber aus, dessen Programm den größtmöglichen Beitrag zur Vielfalt im Programm des Hauptprogrammveranstalters

25 Vgl. hierzu Kapitel III 2.1.1.4, mit Nachweis der Spruchpraxis der KEK, u. a. zum Problem des Vertrauensschutzes.

26 So kommt nach epd medien vom 25. 11. 2006 die neue Inhaltsanalyse, die im Auftrag der Landesmedienanstalten entstand, zu dem Schluss, dass sich die RTL-Regionalfenster „in einem Grenzbereich“ dessen bewegen, was die Fenster-Richtlinie (FFR) verlange. Die Politikberichterstattung bewege sich „auf niedrigem Niveau“ und sei in einigen Fenstern noch erheblich reduziert worden. „Hard-news-Themenfelder“ würden „zumeist äußerst knapp behandelt“, heißt es in der Studie des Instituts für Medienforschung (IMGÖ, Göttingen und Köln).

27 Vgl. epd medien vom 25. 11. 2006, S. 10 f.

erwarten lässt, und erteilt ihm die Zulassung. Diese Neuregelung ist zu begrüßen, da sie darauf ausgerichtet ist, die Meinungsvielfalt zu stärken.

2.3 Der europarechtliche Rahmen

Für den Rundfunk spielt auch das Gemeinschaftsrecht eine immer wichtigere Rolle.²⁸ Dies liegt auch und vor allem an der wirtschaftlichen Bedeutung der Massenmedien. Da aber die Europäische Gemeinschaft längst nicht mehr nur eine Wirtschafts-, sondern auch eine Rechts- und Wertegemeinschaft geworden ist, wird die publizistisch-demokratische Funktion der Medien für Europa ständig bedeutsamer. Der Grund erschließt sich gerade für den Rundfunk schon auf den ersten Blick, denn Rundfunkwellen machen naturgemäß an den Staatsgrenzen nicht Halt, oder – wie es das Bundesverfassungsgericht²⁹ formuliert hat – Funkwellen halten sich nicht an Ländergrenzen. Die Grenzüberschreitung war bei Hörfunk und Fernsehen zwar schon immer systemimmanent. Eine neue Dimension erhielt dieser Tatbestand bereits mit dem gerade in Europa weiterhin ungebrochenen Siegeszug der Satellitentechnik. Über moderne Medium-Power-Satelliten ist es heute technisch möglich, mit einer Rundfunksendung allein in Europa etwa 400 Mio. Menschen zu erreichen. Das marktbeherrschende luxemburgische Astra-Satellitensystem versorgt gegenwärtig rund 16,2 Mio. Haushalte und damit ca. 44 Prozent der deutschen Fernsehzuschauer.³⁰

Hinzu kommen weitere Entwicklungen, nämlich die Digitalisierung und die Konvergenz der Medien. So muss die Frage, wie die Kommunikationswege in Zukunft offengehalten werden können, aufgrund veränderter technischer und ökonomischer Rahmenbedingungen neu gestellt und beantwortet werden. Aus Sicht der Zugangsregulierung ist ein Paradigmenwechsel eingetreten, für den zwei Entwicklungen maßgeblich waren: erstens die Digitalisierung der Kommunikationsinfrastrukturen und zweitens deren Privatisierung. Die Verbindung dieser beiden Faktoren wird durch die Begleiterscheinung der sich rasch entwickelnden Digitaltechnik begünstigt: die Konvergenz der Medien. Denn erst die Möglichkeit, digitalisierte Kommunikationsinhalte auf verschiedenen Übertragungswegen zu verbreiten und somit die Empfänger auf beliebigen Endgeräten mit einem umfassenden Informations- und Unterhaltungsangebot zu versorgen, macht private Investitionen in digitale Kommunikationsnetze auch ökonomisch attraktiv.

Zudem versucht der europäische Gesetzgeber auch Regelungen über die neuen Angebote zu treffen, die als Neue Dienste oder Neue Medien bezeichnet werden. Die Regelungsbedürftigkeit der Materie Neue Medien wird zwar vielfältig noch bestritten, überwiegend aber mit dem auch

28 Vgl. etwa Schiwy/Schütz/Dörr, Medienrecht, 4. Aufl., S. 114 ff.; Blechschmidt, Das Instrumentarium audiovisueller Politik der Europäischen Gemeinschaft aus kompetenz-rechtlicher Sicht, Frankfurt a.M. 2005; Dörr, Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Europa, 1997; Dörr, Die Spartenkanäle von ARD/ZDF und das Europarecht, München 1999; Dörr, Möglichkeiten und Grenzen europäischer Medienpolitik: Konvergenz und Kompetenz, K&R 1999, S. 97; Dörr, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk unter dem Druck des Gemeinschaftsrechts, K&R 2001, S. 233; Dörr, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und die Vorgaben des Europarechts – Public-Service-Idee, Dienstleistungsfreiheit und Beihilfenkontrolle – zum Spannungsverhältnis zwischen nationalen und europäischem Recht, MediaPerspektiven 2005, S. 333; Eberle, Das europäische Recht und die Medien am Beispiel des Rundfunks, AfP 1993, S. 422; Engel, Privater Rundfunk vor der Europäischen Menschenrechtskonvention, Baden-Baden 1993; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, Stand: 25. Ergänzungslieferung 2005, Bd. I, B 4; Herrmann/Lausen, Rundfunkrecht, 2. Aufl., München 2004, S. 199 ff.; Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl., München 2003, S. 311 ff.; Jury, Die Maßgeblichkeit von Art. 49 EG für nationale rundfunkpolitische Ordnungsentscheidungen unter besonderer Berücksichtigung von Art. 151 EG, Frankfurt a.M. 2005; Kugelmann, Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages, Berlin 1991; Martin-Pérez de Nanclares, Die EG-Fernsehrichtlinie, Frankfurt a.M. u. a. 1995; Oppermann, Deutsche Rundfunkgebühren und europäisches Beihilfenrecht, Berlin 1997; Petersen, Rundfunkfreiheit und EG-Vertrag, Baden-Baden 1994; Roßnagel/Scheuer, Das europäische Medienrecht, MMR 2005, S. 271; Thaenert, Der Einfluss der EU-Medienpolitik auf die nationale Rundfunkordnung, MMR 2005, S. 279.

29 BVerfGE 12, 205, 251.

30 Vgl. epd, Medien 25/2006, S. 16.

in diesem Bereich tätigen Gesetzgeber die Notwendigkeit gesehen, rechtlich verbindliche Regelungen zu schaffen und damit Rechts- und Planungssicherheit herzustellen. Wenn schon das klassische Fernsehen und der klassische Hörfunk wegen der durch die Satellitentechnik zunehmenden Grenzüberschreitung transnationale Herangehensweisen erfordern, ist es gerade das Internet mit seinen vielfältigen Möglichkeiten, das als Prototyp Grenzen ignorierender Technik die nationale Regulierung zumindest in Frage stellt. Nicht zuletzt deshalb ist auf europäischer Ebene in jüngster Zeit eine erhebliche Zunahme politischer und rechtlicher Initiativen im Zusammenhang mit den Neuen Medien zu beobachten. Dies gilt insbesondere für den Sektor der audiovisuellen Politik.³¹

2.3.1 Das Sekundärrecht der Gemeinschaft

Die Gemeinschaft hat die europäische Medienordnung und damit auch die Kommunikationsfreiheiten durch Sekundärrecht in einem erheblichen Umfang ausgestaltet,³² um die audiovisuellen Dienstleistungen zu harmonisieren, aber dabei auch der Freiheit der Medien und ihrer Pluralität Rechnung zu tragen.

2.3.1.1 Die Fernsehrichtlinie

Von grundlegender Bedeutung für das Fernsehen ist die Richtlinie des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, die als EG-Fernsehrichtlinie bezeichnet wird.³³ Nach langen Verhandlungen gelang es 1997, die ursprüngliche Richtlinie aus dem Jahr 1989 durch eine Änderungsrichtlinie³⁴ zu modifizieren. Die Richtlinie gilt nur für Fernsehsendungen; Hörfunkprogramme werden nicht erfasst. Allerdings regelt sie sowohl grenzüberschreitende als auch rein inländische Sendungen.

Die bedeutsamste Grundregel bildet das Sendestaatsprinzip. Dies besagt, dass sich die Zulässigkeit des Programms stets nach dem Recht des Sitzstaates des Veranstalters richtet. Nach der sehr verschachtelt ausgefallenen Vorschrift des Art. 2 hat ein Fernsehveranstalter grundsätzlich in dem Mitgliedstaat seinen Sitz, in dem sich seine Hauptniederlassung befindet und in dem die redaktionellen Entscheidungen getroffen werden. Die Weiterverbreitung von Sendungen kann folgerichtig von den anderen Mitgliedstaaten nur bei besonders schwerwiegenden Verstößen beschränkt werden. Dabei ist der Empfangsstaat gemäß Art. 2 a zudem an ein bestimmtes Verfahren gebunden.

Von erheblicher praktischer Bedeutung sind auch die in Kapitel IV (Art. 10 bis 20) enthaltenen Werberegelungen. So statuieren etwa Art. 13, 14 und 15 Werbeverbote und Werbebeschränkungen im Hinblick auf Tabakerzeugnisse, Arzneimittel und Alkohol. Die Dauer von Spotwerbung wird gemäß Art. 18 auf 15 % der täglichen Sendezeit begrenzt. Allerdings kann die tägliche Gesamtwerbezeit unter Einbeziehung von Teleshoppingspots auf 20 % erhöht werden. Pro Stunde dürfen nicht mehr als 20 %, also 12 Minuten, der Sendezeit für Werbung genutzt werden. Sponsoring von Sendungen wird in Art. 17 grundsätzlich zugelassen. Allerdings darf der Sponsor keinen Einfluss auf den Inhalt und den Programmplatz der Sendung nehmen, und die Verantwortung einschließlich der redaktionellen Unabhängigkeit des Fernsehveranstalters muss unangetastet bleiben. Die

31 Vgl. die umfassenden Übersichten bei Schmittmann/de Vries, Blick nach Brüssel, Die europäische audiovisuelle Politik, Ein Überblick zur Jahreswende 1998/99, AfP 1998, S. 584 ff.; Schmittmann/de Vries/von Loesch, Blick nach Brüssel, Die europäische audiovisuelle Politik, Ein Überblick zur Jahresbeginn 2000, AfP 2000, S. 37 ff.

32 Vgl. dazu etwa Roßnagel/Scheuer, Das europäische Medienrecht, MMR 2005, S. 271.

33 Vgl. ABl. EG Nr. L 298 vom 17.10.1989, S. 23 ff., i. d. F. der Berichtigung gemäß ABl. EG Nr. L 331 vom 16.11.1989, S. 51.

34 RL 97/36/EG, ABl. EG Nr. L 202 vom 30.07.1997, S. 60 ff.

Sendung muss durch den Namen und/oder das Firmenemblem des Sponsors am Anfang und/oder am Ende des Programms eindeutig gekennzeichnet werden.

Der Jugendschutz ist in Kapitel V geregelt. Hier ist vorgeschrieben, dass Programme, die die Entwicklung Minderjähriger schwer schädigen können, verboten sind. Bei Programmen, die für Minderjährige lediglich schädlich sein können, muss – sofern sie nicht verschlüsselt sind – eine akustische Warnung vorangestellt werden, oder sie müssen während ihrer gesamten Dauer anhand eines visuellen Symbols eindeutig erkennbar sein. Innerhalb eines Jahres hatte die EG-Kommission eine Studie der Vor- und Nachteile anderer Maßnahmen vorzulegen. Insgesamt bleibt die Ausgestaltung des Minderjährigenschutzes im Einzelnen aber Aufgabe des nationalen Gesetzgebers. Kapitel VI enthält in Art. 23 eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, ein Gegendarstellungsrecht oder ein diesem Recht vergleichbares Institut zu effektivem Persönlichkeitsschutz einzuführen.

Schon bei ihrer Entstehung heftig umstritten waren die Quotenregelungen für europäische Werke in Kapitel III der Richtlinie. Nach Art. 6 sind europäische Werke alle Werke, an deren Herstellung überwiegend Autoren und Arbeitnehmer beteiligt waren, die in den Mitgliedstaaten der EG oder in einem Land, das Vertragspartei der Europaratskonvention ist, ansässig sind. Den Umfang der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Ausstrahlung europäischer Werke und unabhängiger Produktionen zu gewährleisten, regeln Art. 4 und 5. Danach tragen die Mitgliedstaaten „im Rahmen des praktisch Durchführbaren und mit angemessenen Mitteln dafür Sorge, dass die Fernsehveranstalter den Hauptteil ihrer Sendezeit ... europäischen Werken vorbehalten“. Nach Art. 5 sollen die Mitgliedstaaten unter den gleichen Voraussetzungen wie bei den europäischen Werken dafür Sorge tragen, dass 10 % der Sendezeiten oder 10 % der Haushaltsmittel der einzelnen Fernsehveranstalter für die Programmgestaltung der Sendung europäischer Werke solchen Herstellern vorbehalten sind, die von den Veranstaltern unabhängig sind. Dieser angestrebte Anteil der unabhängigen Produktionen soll schrittweise erreicht werden. Zur Überwachung der von den Mitgliedstaaten getroffenen Maßnahmen zur Umsetzung der in Art. 4, 5 EG-Fernsehrichtlinie enthaltenen Quotenverpflichtungen sieht Art. 4 Abs. 2 bis 4 umfangreiche Berichtspflichten vor.

Schließlich ist im Zusammenhang mit der EG-Fernsehrichtlinie die Problematik der so genannten Inländerdiskriminierung besonders wichtig. Dazu hat der EuGH mit Urteil vom 09.02.1995³⁵ klargestellt, dass die Mitgliedstaaten für Fernsehveranstalter, die ihrer Rechtshoheit unterstehen, strengere und ausführlichere Werbebestimmungen vorsehen können, als sie in der EG-Fernsehrichtlinie enthalten sind. Diesen Grundsatz hat der EuGH mit seinem Urteil vom 12.12.1996³⁶ in einem Vorabentscheidungsverfahren zu italienischen Werbungs- und Sponsoringbestimmungen in seinem Urteil vom 28.10.1999³⁷ nochmals bestätigt, indem er feststellte, dass gemäß Art. 3 EG-Fernsehrichtlinie die Mitgliedstaaten zu Lasten der ihrer Jurisdiktionshoheit unterliegenden nationalen Veranstalter strengere Bestimmungen vorsehen dürfen.

2.3.1.2 Der Vorschlag zur Änderung der Fernsehrichtlinie

Die EG-Kommission hat nach langen Vorarbeiten und Konsultationen am 15.12.2005 einen Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der EG-Fernsehrichtlinie vorgelegt. Zwischen Parlament, EG-Kommission und Rat herrscht Übereinstimmung, dass der geltende Rechtsrahmen reformbedürftig ist. Insbesondere die Digitalisierung und die Konvergenz der Medien machen es aus deren Sicht notwendig, ihn an die neuen Herausforderungen anzupassen.

35 Slg. 1995, I-179; siehe auch iris, Rechtliche Rundschau der Europäischen audiovisuellen Informationsstelle. 1995, Nr. 3, S. 5.

36 Slg. 1996, I-6471.

37 Slg. 1999, I 7599.

Ein Schwerpunkt des von der EG-Kommission vorgelegten Vorschlags besteht darin, dass der Geltungsbereich der Richtlinie ein Stück erweitert werden soll. So soll die neue Richtlinie alle „audiovisuellen Mediendienste“ erfassen. Dies kommt auch in dem neuen Namen „Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste“ zum Ausdruck. Dabei differenziert der Vorschlag zwischen „linearen audiovisuellen Mediendiensten“ (Fernsehsendungen) und „nicht linearen Diensten“. Fernsehsendungen, also lineare audiovisuelle Mediendienste, sind solche, bei denen der Anbieter den Zeitpunkt, zu dem ein bestimmtes Programm übertragen wird, und den Programmplan festlegt. Dagegen legt bei einem nicht linearen Dienst der Nutzer aufgrund eines vom Anbieter ausgewählten Inhalteangebots den Zeitpunkt selber fest, zu dem ein bestimmtes Programm übertragen wird. Entscheidend für die Anwendung der neuen Richtlinie ist aber, dass der Dienst „audiovisuell“ ist. Es muss sich nach dem Vorschlag um Angebote handeln, bei denen bewegte Bilder mit oder ohne Ton den Hauptzweck darstellen. Diese Art Dienstleistungen müssen nach Art. 1 lit. a des Vorschlags der Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit dienen und über elektronische Kommunikationsnetze verbreitet werden. Damit sind aber Audioübertragungen und Radiosendungen sowie elektronische Presse weiterhin aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeklammert. Dies gilt auch für zahlreiche Online-Angebote, bei denen das bewegte Bild häufig gerade nicht im Vordergrund steht, sondern gleichgewichtiger Bestandteil neben Text und Ton ist, wie z.B. bei den Portalen der Internet Service Provider oder die Startseiten von Mailanbietern.

Der Vorschlag bekennt sich zu abgestuften Regelungen und entspricht damit dem deutschen Recht. Die nicht linearen Dienste sollen nur bestimmten Grundvorschriften (Art. 3 c–h) unterliegen. Dagegen werden Fernsehsendungen, also lineare audiovisuelle Mediendienste, auch allen übrigen Vorschriften unterworfen. Dies wird damit gerechtfertigt, dass der Nutzer bei den nicht linearen Diensten sehr viel mehr Auswahl- und Steuerungsmöglichkeiten hat. Hinsichtlich des territorialen Anwendungsbereichs hält der Vorschlag am Sendestaatsprinzip fest. Allerdings erkennt Art. 2 Abs. 7–10 des Vorschlags in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH bestimmte Ausnahmen an, wenn ein Veranstalter, der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist, seine Aktivitäten ausschließlich auf einen Empfangsstaat ausrichtet und den Sitz im Sendestaat nur deshalb gewählt hat, um die Rechtsvorschriften des Empfangsstaats zu umgehen.

Der Vorschlag begrüßt das Mittel der Koregulierung. Voraussetzung für eine fördernde Regelung in den Mitgliedstaaten ist dabei, dass die Koregulierung von den hauptsächlich Beteiligten allgemein anerkannt wird und eine wirksame Durchsetzung gewährleistet ist. Von inhaltlichen Vorgaben für die Selbstkontrollmechanismen in den Mitgliedstaaten sieht der Vorschlag ab.

Durch Art. 3 b des Vorschlags soll das Recht auf grenzüberschreitende nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung verankert und mit dem neuen Art. 3 d–e für alle audiovisuellen Mediendienste inhaltliche Mindeststandards eingeführt werden. Nach den letztgenannten Regelungen dürfen Mediendienste nicht in einer Art und Weise verbreitet werden, die die körperliche, geistige und sittliche Entwicklung von Minderjährigen ernsthaft beeinträchtigen kann. Zudem dürfen sie nicht zu Hass aufgrund von Geschlecht, Rasse oder ethnischer Herkunft, Religion oder Glauben, Behinderung, Alter oder sexueller Ausrichtung aufstacheln.

Neben den für das Fernsehen unveränderten Quotenregelungen der Art. 4–6 sieht der Vorschlag der EG-Kommission eine Förderung europäischer Werke in allen audiovisuellen Mediendiensten vor. Allerdings sind anders als für das Fernsehen in dem diesbezüglichen Art. 3 f. keine konkreten Quoten festgeschrieben. Dies ist bei nicht linearen Diensten schon aus technischen Gründen kaum möglich.

Die qualitativen Werberegulungen werden durch die Vorschriften der Art. 3 g–h „vor die Klammer“ gezogen. Dabei bezeichnet der Vorschlag diese Angebote als „audiovisuelle kommerzielle Kommunikation“. Als Grundsatz wird die klare Erkennbarkeit kommerzieller Kommunikation fest-

geschrieben. Schleichwerbung und der Einsatz subliminaler Techniken bleiben verboten. Neben dem Sponsoring werden Produktplatzierungen unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erklärt. Sie dürfen allerdings nur außerhalb von Kindersendungen, Dokumentarfilmen, Nachrichtensendungen und Sendungen zum aktuellen Zeitgeschehen stattfinden. Voraussetzung für Produktplatzierungen ist, dass zu Programmbeginn auf deren Existenz hingewiesen und der Inhalt des Mediendienstes nicht in einer Weise beeinflusst wird, dass die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit beeinträchtigt werden. Zudem dürfen Produktplatzierungen – wie das Sponsoring – nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Waren oder Dienstleistungen auffordern. Genauere Vorgaben für die Kennzeichnung der Produktplatzierungen enthält der vorgeschlagene Art. 3 h allerdings nicht. Die vorgesehenen weitreichenden Lockerungen bei den durch den Richtlinienentwurf erstmals zugelassenen Produktplatzierungen werden teilweise heftig kritisiert.³⁸ Bemerkenswert ist, dass die quantitativen Regelungen der Fernsehwerbung nur eine moderate Liberalisierung erfahren sollen. So hält Art. 10 Abs. 2 des Vorschlags an dem Grundsatz fest, dass einzeln gesendete Spots die Ausnahme bleiben müssen. Eine Ausnahme von dieser Grundregel wird lediglich für Sportprogramme anerkannt. Nach Art. 11 Abs. 2 des Vorschlags dürfen Fernsehfilme, Kinospiele, Kinderprogramme und Nachrichtensendungen für jeden Zeitraum von 35 Minuten nur einmal für Werbung und/oder Teleshopping unterbrochen werden. In Art. 18 soll zwar die bisherige Regelung zur täglichen Höchstdauer von Werbung aufgehoben werden, aber die stündliche Beschränkung der Werbezeit auf 20 %, also 12 Minuten, erhalten bleiben.

Schließlich wird mit Art. 23 b die Aufnahme einer gänzlich neuen Vorschrift vorgeschlagen. Nach diesem Vorschlag müssen die Mitgliedstaaten die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden gewährleisten und dafür sorgen, dass diese ihre Befugnisse unparteiisch und transparent ausüben. Zudem müssen die nationalen Regulierungsbehörden der EG-Kommission und sich gegenseitig alle Informationen übermitteln, die für die Anwendung der gesamten Richtlinie notwendig sind.

Es bleibt abzuwarten, ob und mit welchen Änderungen der von der EG-Kommission eingebrachte Vorschlag der geänderten Fernsehrichtlinie, die dann Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste heißen wird, von Rat und Parlament verabschiedet wird.

2.3.1.3 Der gemeinsame Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste

Auf der Grundlage der Ergebnisse eines Konsultationsprozesses und der Vorschläge der EG-Kommission wurde am 14.02.2002 ein Paket von Regelungen für einen neuen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste erlassen. Es stellt das Telekommunikationsrecht auf eine neue Grundlage und ersetzt eine Vielzahl verschiedener Richtlinien durch eine Rahmenrichtlinie³⁹, die durch vier weitere Richtlinien, nämlich die Zugangsrichtlinie⁴⁰, die Universaldienstrichtlinie⁴¹, die Genehmigungsrichtlinie⁴² und die Datenschutzrichtlinie⁴³ ergänzt wird. Nachdem sich bereits bei der Diskussion über das Grünbuch zur Konvergenz auf europäischer Ebene die Erkenntnis abgezeichnet hatte, dass die Regulierung der technischen Infrastruktur von der Inhaltsregulierung strikt zu trennen sei, erfasst der neue Rechtsrahmen daher auch nur die Seite der

38 Vgl. dazu etwa Gounalakis/Wege, Product Placement und Schleichwerbungsverbot – Widersprüche im Fernsehrichtlinien-Entwurf, K&R 2006, S. 97 (100 f.).

39 ABl. EG Nr. L 108 vom 14.2.2002, S. 33, abgedruckt bei Ring, Medienrecht, Bd. IV, B III 2.2.

40 ABl. EG Nr. L 108 vom 14.2.2002, S. 7, abgedruckt bei Ring, Medienrecht, Bd. IV, B III 2.3.

41 ABl. EG Nr. L 108 vom 14.2.2002, S. 51, abgedruckt bei Ring, Medienrecht, Bd. IV, B III 2.5.

42 ABl. EG Nr. L 108 vom 14.2.2002, S. 21, abgedruckt bei Ring, Medienrecht, Bd. IV, B III 2.4.

43 ABl. EG Nr. L 201 vom 16.9.2002, S. 37, abgedruckt bei Ring, Medienrecht, Bd. IV, B V 2.2.

technischen Infrastruktur.⁴⁴ Mit den neuen Regelungen sollen die bisher getrennten rechtlichen Rahmenbedingungen an die sich aus der technischen Konvergenz ergebenden Veränderungen des Marktes angepasst werden. Daher erfasst das Richtlinienpaket alle Übertragungsstrukturen, nicht jedoch die auf ihnen transportierten Inhalte. Auf der anderen Seite trägt es der Verbindung zwischen Transportwegen und Inhalten in der Erkenntnis Rechnung, dass Inhalte auf Transportwege angewiesen sind.

Im Grundsatz setzen die neuen Vorschriften auf den Wettbewerb. Nur wenn der Wettbewerb nicht ausreicht, dürfen oder müssen die nationalen Regulierungsbehörden eingreifen. Ein Einschreiten ist nach Art. 14 der Rahmenrichtlinie möglich, wenn eine beträchtliche Marktmacht gegeben ist. Bedeutsam sind auch die Bestimmungen der Art. 17 und 18 der Rahmenrichtlinie, die im Interesse des freien Informationsflusses und der kulturellen Vielfalt die Mitgliedstaaten zur Förderung offener APIs verpflichten und die EG-Kommission ermächtigen, bei Nichterreichung von Interoperabilität verbindliche Spezifikationen vorzuschreiben. Diese Vorschrift wird durch Art. 6 der Zugangsrichtlinie ergänzt, wonach in Verbindung mit Anhang 1 Teil 1 Inhalteanbieter Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu Conditional-Access-Systemen und vergleichbaren Vorrichtungen wie APIs und elektronischen Programmführern haben. Zudem schreibt Art. 20 der Universaldienstrichtlinie (UDLR) vor, dass auch die Endgeräte interoperabel sein müssen. Schließlich ist Art. 31 der Universaldienstrichtlinie für das Fernsehen von erheblicher Bedeutung. Die Vorschrift lässt es zu, dass die Mitgliedstaaten Netzbetreibern begrenzte Must-Carry-Verpflichtungen auferlegen. Sie müssen dabei allerdings die Verhältnismäßigkeit berücksichtigen. Eine Entgeltspflicht besteht entgegen dem Vorschlag der EG-Kommission nicht. Vielmehr obliegt den Mitgliedstaaten die Entscheidung darüber, ob die Netzbetreiber ein Entgelt für die Must-Carry-Verpflichtung erhalten oder nicht. Damit soll auch den Besonderheiten des Rundfunks Rechnung getragen werden.⁴⁵ Gemäß Art. 38 Abs. 1 UDRL waren die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten bis zum 24.07.2003 den Zielsetzungen der Richtlinie anzupassen. Damit ist die Umsetzungsfrist seit dem 24.07.2003 abgelaufen. Obwohl die Richtlinie nur noch begrenzte Kabelbelegungspflichten zulässt, haben einzelne Länder, etwa Hessen, das umfassende Belegungsregime für analoge Kabelnetze beibehalten und missachten damit die Vorgaben des Art. 31 UDLR.⁴⁶ Im Übrigen wurde der neue Rechtsrahmen durch das Telekommunikationsgesetz in der Fassung vom 25.04.2004⁴⁷ in deutsches Recht umgesetzt.

2.3.2 Die Bedeutung des Europäischen Wettbewerbsrechts

Im Zusammenhang mit dem Medienkonzentrationsrecht haben vor allem die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages (Art. 81 ff. EG) besondere Bedeutung. Zwar enthalten diese keine medien-spezifischen Bestimmungen, nehmen aber über die Kompetenzen der EG-Kommission zur Sicherung des ökonomischen Wettbewerbs innerhalb des EG-Binnenmarktes Einfluss auf die Gestaltung der Medienlandschaft. Ziel der europäischen Wettbewerbspolitik ist es, die Einheit des Binnenmarktes zu garantieren, die Monopolisierung bestimmter Märkte zu unterbinden und Unternehmen daran zu hindern, den Markt durch Absprachen unter sich aufzuteilen. Für den Medienbereich wird

44 Schulz/Leopoldt, Horizontale Regulierung?, K&R 2000, S.439.

45 Vgl. zum neuen Rechtsrahmen Scherer, Die Umgestaltung des europäischen und deutschen Telekommunikationsrechts durch das EU-Richtlinienpaket, K&R 2002, S. 273 ff., 329 ff. und 385 ff., sowie Bartosch, Europäisches Telekommunikationsrecht in den Jahren 2000 und 2001, EuZW 2002, S. 389 ff.

46 Dazu eingehend Dörr/Volkmann, Die Kabelbelegungsregelungen im Hessischen Privatrundfunkgesetz unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben, München 2005.

47 BGBl 2004 I, 1190.

dadurch zwar nicht automatisch Meinungspluralismus gewährleistet, ein funktionierender Wettbewerb schafft dafür aber eine wichtige Voraussetzung.

Mechanismen des EG-Wettbewerbsrechts sind in erster Linie das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 82 EG sowie das an die Mitgliedstaaten gerichtete Verbot unzulässiger Beihilfen gemäß Art. 87 EG. Die beiden grundlegenden Verbote des EG-Kartellrechts (Art. 81, 82 EG) gelten unmittelbar und direkt in allen Mitgliedstaaten, so dass sich grundsätzlich jedes Unternehmen darauf berufen und ggf. Rechte daraus herleiten kann. Unbeschadet dieser Direktwirkung ist aber vor allem die EG-Kommission dafür zuständig, für die Sicherung des ökonomischen Wettbewerbs im Binnenmarkt und die Einhaltung dieser Verbote zu sorgen.⁴⁸

Art. 81 EG verbietet alle Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die geeignet sind, „den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken“. Dieses Verbot gilt sowohl für horizontale als auch für vertikale Vereinbarungen. In vielen Fällen ermöglichen jedoch gerade erst bestimmte Kooperationsformen den beteiligten Unternehmen den Marktzutritt, deshalb sieht Art. 81 Abs. 3 EG unter bestimmten Voraussetzungen eine Freistellungsmöglichkeit vom Kartellverbot vor. Nach der neuen Kartellverfahrensordnung⁴⁹, die am 1. Mai 2004 in Kraft trat, ist Art. 81 Abs. 3 als Legalausnahme zu verstehen. Daneben ist die Durchsetzung der Art. 81 und 82 EG nicht mehr ausschließlich Sache der EG-Kommission. Ist eine Vereinbarung geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, müssen die nationalen Wettbewerbsbehörden Art. 81 anwenden (Art. 3 der neuen Verordnung), d. h. es gilt ein erweiterter Vorrang des Gemeinschaftsrechts.⁵⁰

Der Schwerpunkt des europäischen Wettbewerbsrechts und der Entscheidungspraxis der EG-Kommission liegt bei der Fusionskontrolle. Hier bleibt es auch nach der neuen Regelung bei dem alternativen Nebeneinander von Fusionskontrollverordnung und nationaler Fusionskontrolle. Für Unternehmenszusammenschlüsse begründet die Fusionskontrollverordnung (FKVO)⁵¹ gem. Art. 1 Abs. 2 und 3 eine Kontrollbefugnis der EG-Kommission, wenn der geplante Zusammenschluss gemeinschaftsweite Bedeutung hat. Im Übrigen bleiben die nationalen Wettbewerbsbehörden zuständig. Die Verordnung legt fest, dass „Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung, die eine Stellung begründen oder verstärken, durch welche ein wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben in erheblichem Ausmaß behindert wird“, für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären sind. Ein Unternehmenszusammenschluss ist gegeben, wenn ein Unternehmen die absolute Kontrolle über ein anderes Unternehmen oder ein Unternehmen, das es gemeinsam mit einem anderen Unternehmen kontrolliert hat, gewinnt oder wenn mehrere Unternehmen die Kontrolle über ein Unternehmen übernehmen bzw. ein neues Unternehmen gründen. Während die Grundfreiheiten die Märkte öffnen sollen, liegt die Zielsetzung der Wettbewerbsregeln darin, diese anschließend auch weiterhin für alle Unternehmen offenzuhalten.⁵² Nach Auffassung der EG-Kommission sind diese Regelungen generell auch auf wirtschaftliches Verhalten im Medienbereich anwendbar. Die Sicherung des

48 Ausführlich zu den Befugnissen der EG-Kommission Wiedemann, in: Handbuch des Kartellrechts, München 1999, § 2 Rn. 22 ff.

49 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 16.12.2002, ABIEG Nr. L 1 vom 04.01.2003, S. 1, abgedruckt als Beilage zu NJW 8/2003 und EuZW 3/2003.

50 Ausführlich zu den Neuerungen Weitbrecht, Das neue Kartellverfahrensrecht, EuZW 2003, S. 69.

51 Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG Nr. L 395 vom 30.12.1989, S. 1, berichtigt in ABl. EG Nr. L 257 vom 21.09.1990, S. 13, heute gültig mit Änderung durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30.06.1997, ABl. EG Nr. L 180 vom 30.07.1997, S. 1.

52 So auch Klotz, Auf dem Weg zu einem europäischen Multimediarecht, ZUM 1999, S. 443, 450.

ökonomischen Wettbewerbs ist gerade in der Medienbranche, die sich durch ein hohes Maß an Konzentrationsprozessen auszeichnet, von besonderer Bedeutung.

Nicht erfasst werden von der Fusionskontrolle allerdings Fälle von internem Unternehmenswachstum (z. B. durch Gründung von Tochterunternehmen oder dem Erwerb einer Rundfunklizenz).⁵³ Auch eine mögliche publizistische Beeinflussung von Rundfunkveranstaltern bleibt bei der Prüfung der Fusionskontrolle unberücksichtigt, denn der Kontrollbegriff des Art. 3 FKVO umfasst, entsprechend der wettbewerbsrechtlichen Ausrichtung, nur gesellschafts- und wirtschaftsrechtliche Beherrschungsmöglichkeiten. Die Kompetenz der Gemeinschaft, einen nach ökonomischen Kriterien zu bewertenden Wirtschaftswettbewerb zu errichten und dessen Funktionieren sicherzustellen, ist daher nicht gleichzusetzen mit der Kompetenz zur Sicherung der Medienvielfalt und des Meinungspluralismus. Daher erkennt Art. 21 Abs. 3 FKVO ausdrücklich an, dass die Mitgliedstaaten Maßnahmen zum Schutz der Medienvielfalt treffen dürfen.⁵⁴ Diese können also, wie durch §§ 25 ff. RStV geschehen, zusätzliche Anforderungen an Rundfunkunternehmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt verankern und nach Gemeinschaftsrecht unbedenkliche Zusammenhänge untersagen, die diesen zusätzlichen Anforderungen nicht entsprechen.

2.3.3 Die Sicherung der Meinungsvielfalt und das Europarecht

Auch im Bereich der elektronischen Massenmedien, der ehemals national dominiert war, bestimmen inzwischen internationale Konzerne Entwicklung und Bedingungen. Rundfunk ist nicht mehr national begrenzt. Pluralismus im nationalen Bereich reicht daher bei den heutigen internationalen Fusionen großer Medienunternehmen nicht aus, denn gerade im Zeitalter der großen Medienriesen besteht eine Tendenz zur vertikalen Integration, bei der große Konzerne und Unternehmensverbände versuchen, die Wertschöpfungskette zu beherrschen. Dies war nicht zuletzt bei der geplanten Übernahme der Telekom-Kabelnetze durch Liberty zu sehen. Eine solche Marktunabhängigkeit bedeutet jedoch nicht nur eine Gefahr für die Meinungsvielfalt, sondern auch für die Verbraucherfreundlichkeit von Angebot und Preisen. Hier ist das Wettbewerbsrecht gefragt, um marktfeindliche Beherrschungsstrukturen zu verhindern. Erforderlich ist somit sowohl die Verhinderung von Medienkonzentration als auch die Sicherung von Meinungsvielfalt. Aber auch wenn die Meinungsvielfalt als legitimes Ziel und Grundlage der Demokratie von der Europäischen Gemeinschaft anerkannt und gefördert wird, ist dennoch eigentliches Ziel der Gemeinschaft nicht die Meinungsvielfalt, sondern lediglich der freie Wettbewerb, der durch Konzentration beschränkt würde. Fraglich ist, ob die Gemeinschaft für beides zuständig ist oder sein sollte.

Bei der EG-Kommission gab es zumindest Bestrebungen, sich auch der Frage der Vielfaltsicherung anzunehmen. Bereits 1984 legte sie ein Grünbuch über die Errichtung des Gemeinsamen Marktes für den Rundfunk vor.⁵⁵ Seit dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Ausübung der Rundfunktätigkeit von 1986⁵⁶ spricht man von einer „Politik der Gemeinschaft im audiovisuellen Bereich“. Den Anstoß zur Diskussion über eine europäische Medienkonzentrationskontrolle gab die EG-Kommission mit ihrem im Dezember 1992 veröffentlichten Grünbuch „Pluralismus und die

53 Vgl. zu dieser Problematik Tschon, *Cross Ownership und publizistische Gewaltenteilung*, Berlin 2002, S. 249 ff., 291 ff.

54 Dies entspricht den in Deutschland von den §§ 25 bis 34 RStV vorgesehenen Möglichkeiten des Medienkonzentrationsrechts, die sich aus den verfassungsrechtlichen Vielfaltsanforderungen herleiten. Vgl. BVerfGE 57, 295, 320 und 323; 73, 118, 159; 83, 238, 296 ff.; vgl. dazu eingehend Kübler, *Die verfassungsrechtliche Verbürgung der Vielfalt in der Bundesrepublik Deutschland* in: Kohl (Hrsg.), *Vielfalt im Rundfunk*, Konstanz 1997, S. 21 ff.

55 KOM(84) 300 endg.

56 KOM(86) 146 endg.

Medienkonzentration – Bewertung der Notwendigkeit einer Gemeinschaftsaktion“.⁵⁷ Hierin wurden verschiedene Optionen für einen europäischen Regulierungsansatz erörtert. Im Anschluss an die Publikation des Grünbuchs folgte ein langer Konsultationsprozess mit verschiedenen Vorschlägen, zu einer Einigung kam es allerdings nicht. Die Mehrzahl der Staaten äußerte sich ablehnend gegenüber einer gemeinschaftsrechtlichen Aktion, für die keine Kompetenz ersichtlich ist. Auch über den Richtlinienentwurf „Medieneigentum im Binnenmarkt“ wurde letztlich kein Konsens erreicht,⁵⁸ so dass es bis heute zu keinem Ergebnis auf diesem Gebiet kam.

In der „Entschließung des Europäischen Parlaments zur Medienkonzentration“⁵⁹ hat sich das Europäische Parlament besorgt über die Entwicklung im Mediensektor geäußert und die EG-Kommission aufgefordert, auf die Konzentrationstendenzen zu reagieren und für Meinungsfreiheit und -vielfalt zu sorgen. Die fraktionsübergreifende Aufforderung hat das Parlament am 20.11.2002 in Brüssel verabschiedet.⁶⁰ Im Einzelnen forderten die EU-Parlamentarier von der EG-Kommission, bis Ende 2003 ein überarbeitetes Grünbuch über den Pluralismus in den Medien vorzulegen. Konzentrationstendenzen gefährdeten Meinungsvielfalt und kulturellen Pluralismus. In dem neuen Grünbuch sollten insbesondere die Auswirkungen von Fusionen und Joint Ventures auf den Binnenmarkt, den Medienpluralismus und den Zugang der Verbraucher zu den neuen Kommunikationsdiensten untersucht werden. Außerdem sollte die Notwendigkeit einer neuen diesbezüglichen Richtlinie untersucht werden. Die EG-Kommission wird aufgefordert, den Pluralismus in den Medien zu bewahren und dafür zu sorgen, dass die Medien frei und vielfältig sind. Es solle ein europäischer Medienmarkt geschaffen werden, der dem „zunehmenden Auseinanderdriften der nationalen Regelungen“ über das Verbot von Zusammenschlüssen entgegenwirke.

Ausdrücklich genannt wird der Gedanke der Pluralismussicherung auch in der 2001 neu erlassenen EU-Charta der Grundrechte, die nun als Teil II Bestandteil des Vertrages über eine Verfassung für Europa geworden ist. Der Verfassungsvertrag, der am 29.10.2004 in Rom unterzeichnet wurde, soll das gesamte Gemeinschaftsrecht auf eine neue Basis stellen. Nach dem negativen Ausgang der Referenden in Frankreich und den Niederlanden ist aber nicht damit zu rechnen, dass der Verfassungsvertrag in der unterzeichneten Fassung demnächst in Kraft treten wird. Die für die Medien relevante Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit ist in Art. II-11 des Verfassungsvertrages geregelt und lautet in der Endfassung:

Abs. 1: Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben.

Abs. 2: Die Freiheit der Medien und ihre Pluralität werden geachtet.

Die Garantie des Absatzes 1 ist sehr allgemein gehalten und geht nicht über die Mindestgarantie des schon wesentlich älteren Art. 10 EMRK hinaus. Auf deutsches Drängen nahm der Konvent schließlich in Abs. 2 noch ein Mediengrundrecht in den Textvorschlag auf. Gegenüber der Formulierung in der ersten Fassung, „die Medien und die Informationsfreiheit werden ... gewährleistet“,⁶¹ wurde jedoch die Befürchtung geäußert, dass sich hier neue EU-Kompetenzen „einschleichen“

57 KOM(92) 480 endg. vom 23.12.1992; hierzu und zu dem nachfolgenden Prozess ausführlich: Konzentrationsbericht der KEK 2000, Fortschreitende Medienkonzentration im Zeichen der Konvergenz, Schriftenreihe der Landesmedienanstalten, Bd. 17, S. 79 ff.; Mailänder, Konzentrationskontrolle zur Sicherung von Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk, S. 327 ff.

58 Ausführlich hierzu Mailänder, (vgl. Fn. 57), S. 328 ff.

59 <http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PDF&TYPE=PV2&FILE=p0021120DE.pdf&LANGUE=DE>.

60 Vgl. Meldungen in FK 48/2002, S. 7; epd medien 93/2002, S. 24; MMR 1/2003, XV.

61 Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 07.08.2000, S. 12.

könnten, so dass dies in „werden geachtet“ abgeändert wurde. Interessant ist jedoch, dass ausdrücklich die „Pluralität“ der Medien Erwähnung findet.

Die Gemeinschaft hat keine Kompetenz, die Meinungsvielfalt zu regulieren, dennoch nimmt sie Einfluss über andere Regelungsbereiche des Binnenmarktes. Grundsätzliches Anliegen der EG-Kommission ist allerdings nicht die Gewährleistung der Meinungsvielfalt, sondern die Sicherung des Wettbewerbs und der wirtschaftlichen Vielfalt. Damit gehen teilweise positive, teilweise negative Einflüsse auf den Meinungspluralismus einher. Sowohl im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit als auch des Wettbewerbsrechts muss die Gemeinschaft allerdings die Grenzen ihrer Kompetenzen beachten. Diese ergeben sich u. a. aus den zwingenden Gründen des Allgemeinwohls. Der *EuGH* hat ein pluralistisches und kulturell vielfältiges Medienwesen als Allgemeinwohlinteresse anerkannt, so dass pluralismussichernde Maßnahmen der Mitgliedstaaten, soweit sie verhältnismäßig sind, nicht nur zulässig, sondern auch geboten sind. Damit wird indirekt auch die Arbeit der KEK zur Sicherung der Meinungsvielfalt bestätigt.⁶²

62 Vgl. auch Gounalakis in ZUM 10/2006, S.716 ff., der selbst bei aus seiner Sicht überlegenswerter Einführung eines europäischen Rechtsrahmens für die Beibehaltung einer vom Kartellrecht getrennten unabhängigen bundeseinheitlichen Konzentrationskontrolle plädiert.