

**Zulassungsantrag der PREMIERE Medien GmbH & Co. KG
für digitale Pay-TV-Programme**

Aktenzeichen: KEK 026

Beschluß

In der Rundfunkangelegenheit

der PREMIERE Medien GmbH & Co. KG, vertreten durch den Geschäftsführer Ferdinand Kayser

- Antragstellerin -

w e g e n Zulassung zur bundesweiten Veranstaltung von digitalen Pay-TV-Programmangeboten

hat die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) in der Sitzung am 26. Januar 1999 unter Mitwirkung ihrer Mitglieder Prof. Dr. Dr. h.c. Jochimsen (Vorsitzender), Prof. Dr. Kübler, Prof. Dr. Lerche, Prof. Dr. Mailänder, Prof. Dr. Dr. h.c. Mestmäcker und ihres stellvertretenden Mitgliedes Dipl.-Kfm. Eiber entschieden:

Den von der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM) mit Schreiben vom 11.06.1998 und von der Hamburgischen Anstalt für neue Medien (HAM) mit Schreiben vom 11.06.1998 zur Beurteilung durch die KEK vorgelegten Anträgen auf Zulassung zur bundesweiten Veranstaltung von digitalen Pay-TV-Programmen durch die PREMIERE Medien GmbH & Co. KG stehen Gründe der Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen nicht entgegen. Unberührt bleibt die Verpflichtung zur Überprüfung der Einhaltung der Vorschriften zur Sicherung der Meinungsvielfalt bei künftigen Entwicklungen gemäß § 35 Rundfunkstaatsvertrag (RStV).

Begründung

I Verfahren und Beteiligungsverhältnisse

- 1 Die BLM und HAM - im folgenden die Landesmedienanstalten - haben der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) mit übereinstimmenden Schreiben vom 11.06.1998 die Anträge der PREMIERE Medien GmbH & Co. KG (im folgenden PREMIERE) auf Zulassung zum Angebot bundesweit verbreiteter digitaler Pay-TV-Programme übermittelt. Es wurden bei der BLM die Zulassung von 7 Pay-TV-Programmen und bei der HAM die Zulassung von 8 Pay-TV-Programmen beantragt.

Die persönlich haftende Gesellschafterin der Antragstellerin PREMIERE Medien GmbH & Co. KG ist die Beteiligungsgesellschaft PREMIERE Medien GmbH. Die Antragstellerin und die Komplementär GmbH haben ihren Sitz in Hamburg.

Nach den Anträgen sind an der Komplementär GmbH der Antragstellerin die gleichen Unternehmen mit den gleichen prozentualen Anteilen am Geschäftskapital wie bei der Antragstellerin selbst beteiligt. Die Kapitalanteile an den beiden Gesellschaften werden direkt und indirekt gehalten von:

- CLT-UFA über die UFA Film und Fernseh GmbH Service-Gesellschaft & Co. oHG (UFA oHG), Hamburg 37,5%,
- Canal+ über die Canal+ Beteiligungs- und Verwaltungsgesellschaft mbH, Frankfurt 37,5%,
- Teleclub GmbH, München (KirchGruppe) 25%.

Durch diese Beteiligungsverhältnisse sind die Gesellschafter von PREMIERE und ihre durchgerechneten Kapitalanteile: CLT-UFA mit 37,5%, Canal+ mit 37,5% und KirchGruppe mit 25%.

CLT-UFA S.A. ist aus einem Zusammenschluß von Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion, Luxemburg (CLT) und UFA Film und Fernseh GmbH & Co. KG hervorgegangen. Durch diesen Zusammenschluß wurden die Beteiligungsinteressen am bundesweiten Fernsehen der Compagnie Luxembourgeoise pour l'Audio-Visuel et la Finance S.A., Luxemburg (Audiofina) - CLT und der Bertelsmann AG, Gütersloh vereinigt.

Die Teleclub GmbH, Unterföhring (Teleclub) ist ein Unternehmen der KirchGruppe. Unternehmenszweck ist u.a. der Betrieb eines Pay-TV-Dienstes sowie der Handel mit Film- und anderen Bild- und Tonprogrammrechten. Teleclub ist durch Beherrschungs- und Ge-

winnabführungsvertrag der PayCo Holding GmbH & Co. KG unterstellt. Alleinige persönlich haftende Gesellschafterin der PayCo Holding GmbH & Co. KG ist die PayCo Holding Verwaltungs GmbH, München. Deren alleiniger Gesellschafter ist Dr. Leo Kirch, der auch alleiniger Kommanditist der PayCo Holding GmbH & Co. KG ist. Nach Angaben der HAM soll die PayCo Holding GmbH & Co. KG in die Kirch Pay-TV GmbH & Co. KG a.A. eingebracht werden. Deren persönlich haftende Gesellschafterin sei die Pay Beteiligungs GmbH & Co. KG, die auch sämtliche Kommanditaktien halte. Einzige Komplementärin der Pay Beteiligungs GmbH & Co. KG wiederum sei die Pay Verwaltungs GmbH, die ihrerseits durch Dr. Leo Kirch kontrolliert werde, der wiederum auch den einzigen Kommanditanteil halte. Die KirchGruppe ist über eine Vielzahl von Beteiligungen im Free- und Pay-TV im In- und Ausland sowie auf verschiedenen fernsehnahen Märkten - darunter die Bereiche Film- und Fernsehproduktion, Rechtehandel, technische Dienstleistungen für Pay-TV und Printmedien - tätig.

Die Canal+ Beteiligungs- und Verwaltungsgesellschaft mbH, Frankfurt/Main ist eine 100%ige Tochter der Canal+ S.A., Paris. Die Canal+-Gruppe ist mit zahlreichen Beteiligungen u.a. in Frankreich, Spanien, Italien, Belgien, den Niederlanden und in Skandinavien nach eigenen Angaben Europas führender Pay-TV-Anbieter. Canal+ ist darüber hinaus in den Bereichen Fernseh- und Filmproduktion, Rechtehandel und technische Dienstleistungen für Pay-TV tätig. Im bundesweiten Fernsehen ist Canal+ neben der Beteiligung an PREMIERE vertreten über eine Beteiligung an VOX (24,9%) sowie über die Beteiligungen an Multi-Thématiques und Cyber TV, deren Pay-TV-Programme in Deutschland über die DF1-Plattform verbreitet werden.

In den PREMIERE-Gesellschaftsverträgen ist für alle wichtigen Entscheidungen des Aufsichtsrats Einstimmigkeit vereinbart. Es bestehen jedoch Sonderrechte. Gemäß § 4 Abs. 3 (Gesellschaftsvertrag der Beteiligungsgesellschaft PREMIERE Medien mbH vom 27.04.1995) ist der Aufsichtsrat der GmbH zuständig für die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern sowie für den Abschluß, die Änderung, Kündigung und Aufhebung der Anstellungsverträge mit den Geschäftsführern. Bei diesen Beschlüssen wird Einstimmigkeit unterstellt, wenn die von der UFA Film und Fernseh GmbH Service-Gesellschaft & Co. oHG (UFA oHG) entsandten Aufsichtsratsmitglieder für den Beschluß gestimmt haben und solange die UFA oHG im Aufsichtsrat vertreten ist. Demgemäß kann die UFA oHG durch ihre Stimme gegen die Stimmen der anderen Aufsichtsratsmitglieder den Geschäftsführer bestellen.

Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß PREMIERE seine Funktion als Plattform für digitales Pay-TV erfüllen konnte. In Aussicht genommen war ferner die später konkretisierte Beteiligung von Deutsche Telekom AG an BetaResearch, um so die kabelgebundene Verbreitung von Pay-TV-Programmen durch die Deutsche Telekom unter Benutzung der von der KirchGruppe entwickelten Technik (im folgenden: Beta-Technik) zu sichern.

- 2.1 Diese Zusammenschlußvorhaben wurden von der EG-Kommission mit zwei Entscheidungen vom 27.05.1998 untersagt (K(1998), 1439, endg. Sache Nr. IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere; 27.05.1998, K(1998),1441, endg. Sache Nr. IV/M.1027 — Deutsche Telekom/BetaResearch). Die Untersagung des Zusammenschlußvorhabens Bertelsmann/Kirch/Premiere hat die KirchGruppe mit einer Nichtigkeitsklage beim Europäischen Gericht (EuG) angefochten.
- 2.2 Die parallele Anwendbarkeit der europarechtlichen wettbewerblichen Fusionskontrolle neben der mitgliedstaatlichen rundfunkspezifischen Konzentrationskontrolle folgt aus der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 21. Dezember 1989 (Abl. Nr. L 257/13, in Kraft getreten am 21. September 1990; im folgenden FKVO). Der Grundsatz der ausschließlichen und vorrangigen Geltung der FKVO vor der Fusionskontrolle der Mitgliedstaaten für Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung wird in Art. 21 Abs. 3 FKVO für die medienpolitische Fusionskontrolle modifiziert. Die Vorschrift lautet:

„Unbeschadet der Absätze 1 und 2 können die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zum Schutz anderer berechtigter Interessen als derjenigen treffen, welche in dieser Verordnung berücksichtigt werden, sofern diese Interessen mit den allgemeinen Grundsätzen und den übrigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vereinbar sind.

Im Sinne des Unterabsatzes 1 gelten als berechtigte Interessen die öffentliche Sicherheit, die Medienvielfalt und die Aufsichtsregeln.“

Danach steht das Gemeinschaftsrecht der Anwendung der staatsvertraglichen rundfunkspezifischen Konzentrationskontrolle grundsätzlich nicht entgegen. Das gilt insbesondere dann, wenn die EG-Kommission ein Zusammenschlußvorhaben gebilligt hat, das mitgliedstaatliche Medienrecht aber strengere Maßstäbe vorsieht (dazu Immenga, in Immenga/Mestmäcker: EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Bd. I 1997, D. FKVO Art. 21 Rdnr. 15). Und es gilt unabhängig davon, ob die deutsche rundfunkspezifische Konzentrationskontrolle an einen Zusammenschlußtatbestand oder an eine Programmzulassung anknüpft.

- 2.3 Die Fusionskontrolle nach dem GWB ist neben der Konzentrationskontrolle nach dem Rundfunkstaatsvertrag verfassungsrechtlich zulässig (BVerfGE 73, 118, 173, 174), steht jedoch im Falle der Nichtuntersagung einer abweichenden Beurteilung nach dem Rundfunkstaatsvertrag nicht entgegen.
- 2.4 Die staatsvertragliche Konzentrationskontrolle dient anderen Zwecken als die wettbewerbsrechtliche Fusionskontrolle, und sie knüpft an andere Maßstäbe an. Gleichwohl können sich daraus Überschneidungen ergeben, wenn übereinstimmende Sachverhalte unter verschiedenen rechtlichen Kriterien zu beurteilen sind. Sie ergeben sich insbesondere bei Beteiligungsveränderungen und Unternehmenszusammenschlüssen, weil die Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden Tatbestandswirkung für die rundfunkrechtliche Konzentrationskontrolle haben.

Die im „Fall Premiere“ ergangenen Fusionskontrollentscheidungen sind angefochten und nicht rechtsbeständig. Es ist deshalb notwendig, Sachverhalt und Verfahren unter Berücksichtigung der fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen darzustellen.

- 3 Gegenstand der Untersagung der EG-Kommission im Fall Bertelsmann/Kirch/Premiere war das Vorhaben von KirchGruppe und CLT-UFA, gemeinsam die paritätische Kontrolle über drei Unternehmen zu erwerben, nämlich über PREMIERE, BetaDigital und BetaResearch. Für die drei Transaktionen stellt die Kommission fest, daß es sich jeweils um konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen handelt, weil jedes Unternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen Wirtschaftseinheit erfüllen werde, und daß es darüber hinaus nicht zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens von CLT-UFA und Kirch kommen werde (Bertelsmann/Kirch/Premiere Rdnr. 13-15). Art. 3 Abs. 1b FKVO sieht vor, daß der gemeinschaftliche Erwerb der Kontrolle über mehrere Unternehmen als ein Zusammenschluß zu beurteilen ist. Das gilt unabhängig davon, auf welche Weise die beteiligten Unternehmen den gemeinschaftlichen Erwerb in ihrem Verhältnis zueinander geregelt haben. Infolge der Annahme der EG-Kommission, es handle sich bei den Vorhaben um parallele konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen, ist die Vereinbarung vom 08.11.1997, die den gesellschaftsrechtlichen Zusammenhang für die Gesamtheit der geplanten Aktivitäten herstellt, als solche nicht Gegenstand der Untersagungsentscheidung geworden. Untersagt wurde „der Zusammenschluß“ mit der Begründung, daß er zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von PREMIERE auf dem deutschsprachigen Markt für Pay-TV führe. PREMIERE sei die einzige Programmplattform für digitales Pay-TV und sie allein ha-

be Zugang zu den attraktiven Programmressourcen ihrer Gesellschafter. Dieser wettbewerbliche Verhaltensspielraum werde durch öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter nicht wesentlich begrenzt. Die Wechselbeziehung zwischen Pay-TV und Free-TV wird von der EG-Kommission unter dem Gesichtspunkt gewürdigt, daß Bertelsmann und Kirch in der Lage seien, über ihre Free-TV-Sender Programmstrategien zu verfolgen, um Pay-TV-Abonnenten für PREMIERE digital zu gewinnen.

Das geplante Gemeinschaftsunternehmen BetaDigital werde eine beherrschende Stellung auf dem gesonderten relevanten Markt für technische Dienstleistungen im Satellitenbereich erlangen. Die Grundlage dieser Stellung bildet hier, ebenso wie im Kabelbereich, die von der KirchGruppe durch BetaDigital entwickelte Verschlüsselungs- und Entschlüsselungstechnologie für Pay-TV.

Gegenstand der Entscheidung Deutsche Telekom/BetaResearch war das Vorhaben, die gemeinsame Kontrolle von CLT-UFA, BetaDigital und Deutsche Telekom AG bei BetaResearch zu begründen. Auf diese Weise sollte die Verfügung über die bei BetaResearch liegende, für den Betrieb des Pay-TV-Systems grundlegende Entschlüsselungs- und Verschlüsselungstechnologie auf der Basis des d-Box-Decoders vergemeinschaftet werden. Die Deutsche Telekom AG übernahm es, die technische Plattform für die digitale Verbreitung von Pay-TV-Programmen über ihre Breitbandnetze zu schaffen. Auf dem Dienstleistungsmarkt für die Verbreitung von Pay-TV über Breitbandnetze werde das Gemeinschaftsunternehmen eine beherrschende Stellung erlangen. Sie ergebe sich aus der beherrschenden Stellung der Deutsche Telekom AG auf der Ebene 3 des Kabelnetzes (Verbindung zwischen Kabelkopf-Station und Grundstücksgrenze) und kraft der ausschließlichen Lizenz zugunsten von Deutsche Telekom an der Beta-Zugangstechnik. Im Zusammenwirken mit der Alleinstellung von PREMIERE als Programmplattform und der Einspeisung der Programme in das Kabelnetz der Telekom auf der Grundlage der d-Box-Technologie werde die Einführung einer konkurrierenden Technologie auf Dauer verhindert. Zugleich werde die beherrschende Stellung der Deutsche Telekom AG im Kabelbereich verstärkt.

- 4 Nach Erlaß der genannten Untersagungsentscheidungen haben CLT-UFA und die KirchGruppe das Vorhaben weiter verfolgt, ihre Beteiligung an PREMIERE auf je 50 % zu erhöhen. Die CLT-UFA hat mit Schreiben vom 08.06.1998 beim Bundeskartellamt die Aufstokkung der von CLT-UFA indirekt gehaltenen 75 %-Anteile an der UFA oHG auf 100 % im Rahmen der präventiven Fusionskontrolle vorsorglich angemeldet. Die Erhöhung des Anteils folgt aus einem Kauf- und Abtretungsvertrag zwischen der KirchGruppe, CLT-UFA und

Canal+ vom 08.11.97, wodurch Canal+ die indirekt gehaltene 25 %-Beteiligung an der UFA oHG an die CLT-UFA verkauft und unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des Kaufpreises und der fusionskontroll- und medienrechtlichen Zulässigkeit abtritt. CLT-UFA hielt diese Transaktion nicht für kontrollpflichtig, weil sich an der ohnehin begründeten 50 %-Beteiligung der UFA oHG an PREMIERE nichts ändere. Ein Zusammenhang mit der Vereinbarung zwischen der KirchGruppe und CLT-UFA vom 08.11.1997 bestehe nicht, insbesondere bestehe kein Zusammenhang mit dem Erwerb des Canal+-Anteils von 25 % an PREMIERE durch die KirchGruppe.

Die KirchGruppe hat ihrerseits mit Schreiben vom 16.06.1998 beim Bundeskartellamt den Erwerb der von Canal+ unmittelbar an PREMIERE gehaltenen Beteiligung von 25 % im Rahmen der präventiven Fusionskontrolle angezeigt. Die KirchGruppe sieht diesen Erwerb — im Gegensatz zu CLT-UFA — als eine Einheit mit dem zuvor erwähnten Erwerb des 25 %-Anteils von Canal+ an der UFA oHG durch CLT-UFA. Dieser Erwerb entspreche dem Erwerb einer unmittelbaren Beteiligung von 12,5 % an PREMIERE. Die KirchGruppe begründet den Zusammenhang zwischen den genannten Transaktionen unter Hinweis auf die Verträge der KirchGruppe mit CLT-UFA vom 08.11.1997. Die KirchGruppe hat diese Interpretation mit Schreiben an die HAM vom 21.07.1998 bestätigt. Wörtlich heißt es:

„Die Grundlagen für die Ausübung der Gesellschaftsrechte in dem nach wie vor angestrebten neuen paritätischen Gemeinschaftsunternehmen sind in den Gesellschafterverträgen der Premiere sowie in der der KEK bereits vorgelegten notariellen Urkunde Nr. 661/1997 vom 8. November 1997 (Konsortialvereinbarung sowie Vereinbarung über das Halten von Beteiligungen) niedergelegt. Einschlägig sind hier insbesondere § 3 in Verbindung mit § 4 Abs. 2. Weitergehende und detaillierte Vereinbarungen oder Verständigungen bestehen nicht.“

CLT-UFA hat sich diese Auffassung mit Schreiben an die HAM vom 22.07.1998 zu eigen gemacht. Der Widerspruch zu den Erklärungen, die im Verfahren vor dem Bundeskartellamt abgegeben wurden, bleibt ungeklärt.

Das Bundeskartellamt hat die beiden angemeldeten Zusammenschlußvorhaben durch im wesentlichen übereinstimmende Beschlüsse vom 01.10.1998 untersagt (Bundeskartellamt 6. Beschlußabteilung B6-92201-U 78/98 sowie 72/98). Das Bundeskartellamt nimmt an, daß beide Vorhaben, die Aufstockung der Beteiligungen an PREMIERE durch CLT-UFA und KirchGruppe, unverändert auf den Zweck gerichtet seien, PREMIERE in ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen der beiden Gruppen umzuwandeln. In Übereinstimmung mit der EG-Kommission hat das Bundeskartellamt entschieden, dieser Zusammenschluß lasse eine Verstärkung der schon bestehenden marktbeherrschenden Stellung von

PREMIERE in dem gesonderten relevanten Markt für Pay-TV erwarten. Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt entschieden — insoweit im Gegensatz zur EG-Kommission —, daß die Umwandlung von PREMIERE in ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen von CLT-UFA und KirchGruppe auf dem deutschen Free-TV-Markt die Entstehung oder Verstärkung eines marktbeherrschenden Oligopols erwarten lasse. Die drei führenden privaten Free-TV-Sender RTL, SAT.1 und ProSieben verfügten auf dem Fernsehwerbemarkt gemeinsam über Marktanteile von 75 %. Damit sei die qualifizierte Marktbeherrschungsvermutung des § 23a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB erfüllt. Rechne man die zum Einflußbereich von CLT-UFA und KirchGruppe gehörenden weiteren Free-TV-Sender hinzu, so erreichten die beiden Senderfamilien zusammen Marktanteile von 91 %. Der vom Wettbewerb nicht kontrollierte Verhaltensspielraum werde durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht eingeschränkt. Diese Stellung werde durch den Zusammenschluß in PREMIERE noch verstärkt, weil er die Möglichkeit eröffne, die Wettbewerbsstrategien im Pay-TV und Free-TV zu koordinieren, insbesondere durch gemeinsamen Einkauf von Programmrechten und die Einfügung von PREMIERE in die Verwertungsketten der Gesellschafter.

Die zuständigen Landesmedienanstalten haben in der Anhörung vor der KEK am 26.01.1999 mitgeteilt, daß Canal+ den Kaufpreis für die an die anderen Gesellschafter veräußerten Anteile erhalten habe. Es ist unbekannt, ob und wann ein neuer Gesellschafter anstelle von Canal+ beitrifft.

Das Bundeskartellamt hat dazu erklärt: „Diesen Zustand akzeptieren wir nur für einige Zeit und auch nur dann, wenn eine Neuordnung der Gesellschafterverhältnisse angestrebt wird“ (Süddeutsche Zeitung vom 08.11.1999).

CLT-UFA und auch die KirchGruppe haben den an sie gerichteten Beschluß des Bundeskartellamtes mit der Beschwerde beim Kammergericht angefochten (Süddeutsche Zeitung vom 03.11.1998).

- 5 Für das weitere Verfahren der KEK ist der Sachverhalt zugrunde zu legen, wie er sich ergibt, falls die Untersagungsentscheidungen der EG-Kommission und des Bundeskartellamtes rechtsbeständig werden. Zugrunde zu legen sind die eingangs dargestellten Beteiligungsverhältnisse, wie sie vor der notariellen Verständigung vom 08.11.1997 waren. Entgegen der Ankündigung der KirchGruppe während der Fusionskontrollverfahren ist der Betrieb des Pay-TV-Senders DF 1 nicht eingestellt worden.

In der Vorlage der Landesmedienanstalten wird zu den Beteiligungsverhältnissen auf die Vereinbarung im Canal+-Vertrag vom 03.07.1997 und im Kauf- und Abtretungsvertrag vom

Im Rahmen des Abstimmungsverfahrens über die von PREMIERE gestellten Zulassungsanträge für digitale Programme stellt die DLM fest, daß aufgrund von Zusagen der Unternehmen die Anforderungen des Rundfunkstaatsvertrages an die Zugangsfreiheit (§ 53) erfüllt sind, auch soweit Dienstleistungen durch Unternehmen erbracht werden, an denen die Gesellschafter von PREMIERE beteiligt sind. Diese Feststellung gilt unabhängig von der insoweit angekündigten erneuten Änderung der Gesellschaftsverhältnisse.

1. Auf der Grundlage der von den Medienanstalten beschlossenen ‚Vorläufigen Regeln für den chancengleichen Zugang zu Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem digitalen Fernsehen‘ haben die Unternehmen Kirch und Bertelsmann Zusagen gemacht, die alle zugangsrelevanten Dienstleistungsebenen betreffen: Vom Transport über die technische Bündelung im Multiplexing und den Zugang zu Playout-Centern, die Zugangskontrolle (Conditional Access) und die Verwendung von Set-Top-Boxen und die elektronische Programmführung bis hin zur Bündelung von Angeboten in Programmpaketen, die § 53 des Rundfunkstaatsvertrages derzeit noch nicht erfaßt.

Kernstück der Zusagen ist ein Verfahren zur Konkretisierung der Verpflichtung zur Gewährleistung chancengleichen Zugangs, insbesondere in Streit- und Konfliktfällen.

Diese Zusagen der Unternehmen werden zur Grundlage der Sendeerlaubnisse: Die lizenzgebenden Landesmedienanstalten werden sie mit Auflagen und Vereinbarungen absichern.

2. Die Deutsche Telekom AG, durch deren Netze der größte Teil der Haushalte erreicht wird, wird auch ohne Beteiligung an BetaResearch durch geeignete Vereinbarungen sicherstellen, daß die technische Plattform für die von ihr eingesetzte d-box geöffnet wird, durch ein für alle Anwendungen offenes Betriebssystem, wie es derzeit im DVB-Projekt entwickelt wird, bis hin zu einer offenen Lizenzierung der verwendeten Software einschließlich effektiver Schiedsverfahren.

Die Deutsche Telekom AG hat angekündigt, ihre Konditionen für die Verbreitung digitaler Programme so zu gestalten, daß auch regionale und lokale Angebote Zugangschancen zum digitalen Fernsehen haben. Zur Förderung des digitalen Fernsehens sollen auch werbefinanzierte private Programme ebenso wie ARD und ZDF parallel digital übertragen werden. Die Landesmedienanstalten werden die Deutsche Telekom bei der notwendigen Differenzierung der Entgelte in den Regulierungsverfahren unterstützen.

3. Die Landesmedienanstalten werden die Regeln für den chancengleichen Zugang zu Dienstleistungen im Zusammenhang mit digitalem Fernsehen aufgrund der praktischen Erfahrungen fortentwickeln. Das bisher Erreichte ist eine gute Grundlage für die breite Einführung und die Nutzung der Chancen des digitalen Fernsehens, die weit über das Pay-TV hinausgehen.

Anlage zu I.: Überarbeitete Fassung der vorläufigen Regeln für den chancengleichen

Zugang zu Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem digitalen Fernsehen (vom 30. Juni 1998).“

Die von der DLM angekündigten Verhaltensregeln über den chancengleichen Zugang nach § 53 RStV sind im einzelnen nicht bekannt. Die technischen, ökonomischen und rechtlichen Bedingungen, von denen der Zugang zum Markt abhängt, prägen die Marktstruktur. Deshalb lassen sich „vorherrschende Meinungsmacht“ und „marktbeherrschende Stellungen“ nicht beurteilen, ohne die Marktzutrittsschranken in die Betrachtung einzubeziehen. Das gilt für die von § 53 RStV geregelten Zugangsdienste ebenso wie für den Zugang zu Programmressourcen.

- 7 Am 29.08.1999 hat die KEK Aufklärungsbeschlüsse an CLT-UFA und die KirchGruppe gerichtet. Darin wurde der Sachverhalt dargestellt, wie er sich für die KEK nach den Untersagungsentscheidungen der EG-Kommission, aber vor der Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamts darstellte. Darüber hinaus wurden die genannten Unternehmen ersucht, Auskünfte über ihr Programmvermögen zu erteilen.

CLT-UFA hat zu dem an sie gerichteten Beschluß mit Schreiben vom 16.10.1998 Stellung genommen und in hinreichender Weise die von der KEK erbetenen Auskünfte erteilt. Die KirchGruppe hat zu dem an sie gerichteten Beschluß mit Schreiben vom 28.09.98 (Vorlage der BLM vom 13.10.98) Stellung genommen, die erbetenen Auskünfte wurden nicht erteilt.

Am 14.12.1998 hat die KEK Vertreter von CLT-UFA, KirchGruppe und PREMIERE zu der in der Beratung befindlichen Entscheidung angehört. Am 26.01.1999 wurden die Vertreter der zuständigen Landesmedienanstalten angehört.

II Medienkonzentrationsrechtliche Beurteilung

1 Zurechnung von Programmen

Einem Unternehmen sind nach § 28 Abs. 1 Satz 1 RStV sämtliche Programme zuzurechnen, die es selbst veranstaltet oder die von einem anderen Unternehmen veranstaltet werden, an dem es unmittelbar mit 25 v.H. oder mehr beteiligt ist. Ferner sind ihm gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 RStV alle Programme von Unternehmen zuzurechnen, an denen es mittelbar beteiligt ist, sofern diese Unternehmen zu ihm im Verhältnis eines verbundenen Unternehmens im Sinne von § 15 Aktiengesetz stehen und diese Unternehmen am Kapital oder an den Stimmrechten eines Veranstalters mit 25 vom Hundert oder mehr beteiligt sind. Danach ergeben sich die folgenden Zurechnungen:

- 1.1 Der Antragstellerin sind die von ihr schon bisher verbreiteten Pay-TV-Programme (1,65 Mio Abonnenten) zuzurechnen.
- 1.2 CLT-UFA und die KirchGruppe sind an PREMIERE mit 37,5 % und 25 % beteiligt. Folglich sind jedem Unternehmen die Zuschaueranteile von Premiere zuzurechnen. Das gilt auch für Canal+, das hier jedoch außer Betracht bleiben kann.
- 1.3 Die Zuschaueranteile der KirchGruppe betragen in der maßgeblichen Referenzperiode von Juni 1997 bis Mai 1998 14,4 %. Zugerechnet werden SAT.1 mit 12,6 % sowie DF 1, Premiere und DSF. ProSieben und Kabel 1 werden von Thomas Kirch kontrolliert. Auch diese Unternehmen sind nach den Feststellungen der KEK im Verfahren ProSieben (Az.: KEK 007/029) der KirchGruppe zuzurechnen. Zusammengerechnet ergibt sich sodann ein Zuschaueranteil von 27,4 %.
- 1.4 Für den maßgeblichen Zeitraum von Juni 1997 bis Mai 1998 ergibt sich bei CLT-UFA ein Zuschaueranteil von 22,5 %. Zugerechnet werden RTL, RTL 2, Super RTL und Premiere. Außer Acht gelassen ist bei dieser Berechnung VOX. Nach Entscheidung der KEK in der Sache CLT-UFA (Az.: KEK 008 — 012) ist es jedoch geboten, VOX einzubeziehen, so daß sich ein Zuschaueranteil von 25,5 % ergibt. In der zuletzt genannten Entscheidung war für eine frühere Referenzperiode noch ein Zuschaueranteil zwischen 27 und 27,2 % anzusetzen.

01.10.1998, S. 17 Ziff. IV 3.) verweisen auf einen Vertrag vom 10.07.1997, wonach TaurusFilm xxx der mit Hollywood Studios geschlossenen Output-Verträge hinsichtlich der Pay-TV-Rechte auf PREMIERE übertragen hat. Auf einen derartigen Vertrag weisen auch die Ausführungen von CLT-UFA (Schreiben vom 16.10.1998) und PREMIERE (Schreiben vom 17.07.1998) hin. CLT-UFA führt in ihrer Stellungnahme vom 16.10.1998 zur Programmversorgung von PREMIERE aus:

„Die Ausstattung des bereits jetzt bestehenden und aufgrund einer wirksamen Lizenz arbeitenden Gemeinschaftsunternehmens Premiere mit attraktiven Spitzenfilmen und Spitzensportereignissen ist nicht mehr als die Erfüllung der Verpflichtungen aller Gesellschafter. CLT-UFA, KirchGruppe und Canal+ sind derzeit aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Verbindung in Premiere dazu verpflichtet, das Gemeinschaftsunternehmen mit ausreichenden Premiumrechten und Rechten an Spitzensportereignissen auszustatten, damit es am Markt erfolgreich auftreten kann. Diese Ausstattung ist folglich kein Vorgang, der im Rahmen einer Erweiterung der Lizenz auf weitere digitale Kanäle berücksichtigt werden darf, sondern entspricht den gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen der Muttergesellschaften, wie sie ohnehin seit der Gründung von Premiere bestehen. Dem entspricht es auch, daß die Gesellschafter in den entsprechenden Gremienbeschlüssen — und zwar unter Zustimmung aller Gesellschafter — die Ausstattung von Premiere sicherstellen.“ (Schreiben vom 16.10.1998, S. 10).

Ferner weist CLT-UFA darauf hin, daß PREMIERE im Rahmen seines Geschäftsbetriebs und als eigenständig am Markt operierendes Gemeinschaftsunternehmen die notwendigen Rechte einkaufen werde, und zwar ausschließlich für die Veranstaltung von Pay-TV.

Im Ergebnis bestätigt CLT-UFA damit die Schlüsselstellung, die der Programmversorgung von PREMIERE durch die Gesellschafter zukommt.

CLT-UFA macht ferner geltend (S. 9), eine Verpflichtung des Betreibers einer Programmplattform, Dritte nicht zu diskriminieren, werde erst im Entwurf des 4. Rundfunkänderungsstaatsvertrages vorgesehen. Die KEK betätige sich als Ersatzgesetzgeber, wenn sie diese Frage schon jetzt aufgreife. Jedenfalls sei PREMIERE nicht gehindert, Dritten Zugang zu der Programmplattform zu gewähren und mit ihnen Vermarktungsvereinbarungen abzuschließen.

Das Fehlen einer positiv-rechtlichen Regelung des diskriminierungsfreien Zugangs zur Programmplattform schließt die konzentrationsrechtliche Erheblichkeit jedoch nicht aus.

3 Vorherrschende Meinungsmacht und Vermutungstatbestände

- 3.1 Ein Unternehmen darf in der Bundesrepublik eine unbegrenzte Anzahl von Programmen veranstalten, sofern es dadurch keine vorherrschende Meinungsmacht erlangt (§ 26 Abs. 1 RStV). Die Veranstaltung zulassungspflichtiger Programme (§ 20 RStV) kann auch unabhängig von einer Veränderung der Beteiligungsverhältnisse zu vorherrschender Meinungsmacht führen. Im Unterschied zum Recht der Wettbewerbsbeschränkungen erfaßt die medienrechtliche Konzentrationskontrolle auch das innere Wachstum von Veranstaltern.

In der Begründung zum Rundfunkstaatsvertrag heißt es dazu, die Tatsache allein, daß ein zusätzliches Programm ausgestrahlt wird, reiche für sich nicht aus, die bei 30 % Zuschaueranteil geltende Vermutung vorherrschender Meinungsmacht zu widerlegen:

„Vielmehr wird das Unternehmen nachzuweisen und die KEK zu prüfen und festzustellen haben, in welcher Weise mit Blick auf die Gesamtheit der Programmangebote trotz Erreichens der 30 vom Hundert-Grenze bzw. trotz der vorherrschenden Position auf Medienmärkten ein Mehr an qualitativer Meinungsvielfalt vorliegt.“

Bei der Prüfung, ob die Zulassung neuer Programme zu vorherrschender Meinungsmacht führt, ist mithin die Gesamtheit der Programmangebote - einschließlich der neuen Programme - zu berücksichtigen.

- 3.2 Nach § 26 Abs. 2 RStV ist vorherrschende Meinungsmacht zu vermuten, wenn die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 30 v.H. erreichen. Gleiches gilt bei einer geringfügigen Unterschreitung des Zuschaueranteils in Verbindung mit einer marktbeherrschenden Stellung auf einem medienrechtlich verwandten Markt oder in Verbindung mit Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten Märkten, die aufgrund eines Gesamturteils zu einem Meinungseinfluß führen, der einem Zuschaueranteil von 30 v.H. entspricht. Die Bedeutung der Vermutungstatbestände und die damit in unmittelbarem Zusammenhang stehende Auslegung vorherrschender Meinungsmacht werden von den beteiligten Landesmedienanstalten und der Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten und der KEK verschieden beurteilt.

3.2.1 Fensterprogramme

Die Landesmedienanstalten nehmen an, die Vermutung des § 26 Abs. 2 RStV sei bei solchen Vollprogrammen als widerlegt anzusehen, bei denen der Veranstalter nach § 26 Abs. 5 RStV einem Dritten Sendezeit im Rahmen eines Fensterprogramms eingeräumt hat. Fensterprogramme seien nach dem Rundfunkstaatsvertrag ein anerkanntes Mittel, um die Annahme vorherrschender Meinungsmacht zu widerlegen. Solche Fensterprogramme gibt es bei SAT.1 (KirchGruppe) und RTL (CLT-UFA). Die auf diese Veranstalter entfallenden Zuschaueranteile wären bei dieser Betrachtungsweise außer Betracht zu lassen.

Fensterprogramme werden vom Rundfunkstaatsvertrag in zwei verschiedenen Zusammenhängen geregelt. Nach § 26 Abs. 5 RStV muß der Veranstalter eines Vollprogramms oder eines Spartenprogramms mit Schwerpunkt Information Dritten Programmfenster zur Verfügung stellen, wenn sein Zuschaueranteil 10 % erreicht. Außerdem handelt es sich um eine der Maßnahmen, die bei vorherrschender Meinungsmacht als Abhilfe ergriffen werden können. Daraus ist jedoch nicht zu schließen, daß Programmfenster diejenigen Vollprogramme, in deren Rahmen sie eingerichtet werden, konzentrationsrechtlich neutralisieren. Eine solche Auslegung würde den bei Erreichen von vorherrschender Meinungsmacht nach § 26 Abs. 4 RStV vorgesehenen anderen Maßnahmen faktisch die Grundlage entziehen. Es gehört aber zur Aufgabe der KEK, nach § 26 Abs. 4 RStV zu entscheiden, welche der dort genannten Maßnahmen im Einzelfall ausreichend sind, um vorherrschende Meinungsmacht auszuschließen.

3.2.2 Auslegung des § 26 RStV

Die Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) hat in einem „rechtsförmlichen Beschluß“ vom 07.11.1998 die nach ihrer Auffassung maßgebliche Auslegung von § 26 Abs. 2 RStV festgestellt:

- (1) Vorherrschende Meinungsmacht dürfe nach dem Rundfunkstaatsvertrag nur aus den Zuschaueranteilen des § 26 Abs. 2 RStV abgeleitet werden; andere Umstände seien nicht zu berücksichtigen.

- (2) Eine geringfügige Unterschreitung i.S.v. § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV sei quantitativ zu verstehen und sei nur in dem Fall anzunehmen, in dem ein Zuschaueranteil von 28 % oder mehr erreicht werde.

Zu (1): Die Annahme, § 26 Abs. 2 RStV enthalte eine abschließende materiellrechtliche Definition vorherrschender Meinungsmacht, widerspricht dem Charakter der Vorschrift als eines Vermutungstatbestandes, der Entstehungsgeschichte der Vorschrift und dem Gebot verfassungskonformer Auslegung.

- a) Vermutungstatbestände modifizieren die Darlegungs- und Beweislast, ohne die materiellrechtliche Beurteilung zu präjudizieren. Das nimmt auch die Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten für den Fall an, daß der Vermutungstatbestand verwirklicht ist. Dann gehe die Darlegungs- und Beweislast von der KEK bzw. der Konferenz auf das Zurechnungsunternehmen über. Damit ist klargestellt, daß zwischen der Verwirklichung des Vermutungstatbestandes und der materiellrechtlichen Beurteilung von vorherrschender Meinungsmacht unterschieden werden muß. Mit dieser Position ist es unvereinbar, eine materiellrechtliche Bindungswirkung der Vermutungstatbestände in den Fällen anzunehmen, in denen ihre Voraussetzungen nicht vorliegen. Der Vermutungstatbestand vermag die materiellrechtliche Beurteilung, ob vorherrschende Meinungsmacht vorliegt, weder zu Lasten noch zu Gunsten der Veranstalter zu präjudizieren.
- b) Diese Interpretation entspricht der amtlichen Begründung zu § 26 RStV. Es heißt dort:

„Es bleibt dem Unternehmen unbenommen nachzuweisen, daß trotz Erreichens der 30 v.H.-Grenze vorherrschende Meinungsmacht nicht gegeben ist. Allein die Tatsache, daß ein zusätzliches Programm ausgestrahlt werden soll, dürfte als Widerlegung in aller Regel nicht ausreichen. Vielmehr wird das Unternehmen nachzuweisen und die KEK zu prüfen und festzustellen haben, in welcher Weise mit Blick auf die Gesamtheit der Programmangebote trotz Erreichens der 30 v.H.-Grenze bzw. trotz der vorherrschenden Position auf Medienmärkten ein Mehr an qualitativer Meinungsvielfalt vorliegt.

Die Ausgestaltung der 30 v.H.-Grenze als Vermutungsgrenze schließt umgekehrt nicht aus, daß die KEK vorherrschende Mei-

nungsmacht im Fernsehen auch unterhalb dieser Grenze feststellt. Allerdings wird dies an die KEK besondere Anforderungen an den Nachweis stellen.“

Die KDLM nimmt an, damit werde zusätzlich unterstrichen, daß vorherrschende Meinungsmacht im Fernsehen nicht aus anderen Umständen als aus den maßgeblichen Zuschaueranteilen hergeleitet werden könne. Gemeint sei damit lediglich der Fall der geringfügigen Unterschreitung. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. In der Begründung wird der Zusammenhang zwischen der den Unternehmen offenstehenden Widerlegung der Vermutung vorherrschender Meinungsmacht und den besonderen Anforderungen, die für die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht unterhalb der Vermutungsgrenze gelten, durch das Wort „umgekehrt“ hergestellt. Den Unternehmen steht die Widerlegung der Vermutung unabhängig davon offen, ob der Zuschaueranteil 30 % erreicht oder noch höher ist. Entsprechend kann vorherrschende Meinungsmacht unabhängig davon vorliegen, ob die Vermutungsschwelle des § 26 Abs. 2 RStV unterschritten wird.

- c) Die KDLM hat in der Begründung des Beschlusses, mit der sie die Rechtsauffassung der KEK zurückweist, das von der KEK zur Begründung ihrer Rechtsauffassung in den Mittelpunkt gestellte Gebot verfassungskonformer Auslegung des Rundfunkstaatsvertrages nicht berücksichtigt. Der Rundfunkstaatsvertrag hat den für die Sicherung der Meinungsvielfalt im Rundfunk grundlegenden Begriff „vorherrschende Meinungsmacht“ in § 26 RStV aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entnommen. Danach fordert der verfassungsrechtliche Auftrag, die Meinungsvielfalt im Rundfunk zu gewährleisten, vom Rundfunkgesetzgeber Maßnahmen gegen „vorherrschende Meinungsmacht“ (BVerfGE 57, 295, 323; 73, 118, 160, 172-178; 95, 163, 172f.; BVerfGE 97, 228, 258, 266). Die Notwendigkeit verfassungsgemäßer Auslegung versteht sich bei einer Norm von selbst, die das aus Art. 5 Abs. 1 GG abgeleitete Verfassungsgebot der Rundfunkfreiheit konkretisiert und in ihren Tatbeständen die Terminologie des Bundesverfassungsgerichts nachvollzieht. Anhand dieser Rechtsprechung lassen sich wichtige Auslegungsfragen des Rundfunkstaatsvertrages klären.

Mit dem Zweck der rundfunkrechtlichen Konzentrationskontrolle ist es unvereinbar, bei der Zulassung von neuen Programmen und von Beteiligungsveränderungen ausschließlich auf die schon bisher erreichten Zuschaueranteile abzustellen. Zweck der Konzentrationskontrolle ist es, der Entstehung vorherrschender Meinungsmacht vorbeugend entgegenzuwirken (BVerfGE 73, 118, 172 f.). Das Bundesverfassungsgericht begründet die Notwendigkeit, Tendenzen zur Konzentration rechtzeitig und so wirksam wie möglich entgegenzutreten, damit, daß Fehlentwicklungen gerade in diesem Bereich schwer rückgängig zu machen seien (BVerfGE 57, 295, 323; 73, 118, 173). Das gelte um so mehr, weil der dadurch entstehende Einfluß auch politisch einsetzbar sei (BVerfGE 95, 163, 173). Die Berücksichtigung auch zu erwartender Entwicklungen ist in den Fällen unabweislich, in denen, wie es hier zutrifft, allein über die Zulassung von neuen Programmen zu entscheiden ist. Da die Zulässigkeit der Programmveranstaltung von der vorherigen Zulassung abhängt, ist eine konzentrationsrechtliche Beurteilung ohne die vorausschauende Berücksichtigung der zu erwartenden Wirkungen nicht möglich. Das bestätigt der Wortlaut von § 26 Abs. 1 RStV, wonach zu beurteilen ist, ob der Veranstalter im Falle der Zulassung neuer Programme „dadurch“ vorherrschende Meinungsmacht erlangt. Die rundfunkspezifische Konzentrationskontrolle unterscheidet sich gerade dadurch von der wettbewerbsrechtlichen Fusionskontrolle, daß sie außer auf Erwerb oder Veränderung von Beteiligungen auf die Programmzulassung anwendbar ist.

Das Kriterium Zuschaueranteil des Rundfunkstaatsvertrages ist für die Beurteilung vorherrschender Meinungsmacht einmal im Hinblick auf den „Anteil“ erheblich, der Veranstaltern zuzurechnen ist. Dabei handelt es sich primär um horizontale Verflechtungen von Rundfunkveranstaltern.

Davon zu unterscheiden ist die Bedeutung des Zugangs zu den Fernsehmärkten für aktuelle und potentielle Wettbewerber und die durch die Kontrolle von Programmressourcen vermittelte Bindung der Zuschauer an die Programme eines Veranstalters. Zu den Mitteln, die eine solche Bindung ermöglichen, gehören die rundfunkspezifischen Erscheinungsformen der vertikalen Verflechtung. Das Bundesverfassungsge-

richt hebt die folgenden Tatbestände hervor: die Verflechtung von Rundfunkveranstaltern mit Produktionsfirmen, Inhabern von Film- und Sportübertragungsrechten und Eigentümern von (Programm-) Zeitschriften sowie die Privatisierung der Übertragungswege (BVerfGE 95, 163, 173).

Die hiernach maßgeblichen qualitativen Merkmale, von denen es abhängt, ob vorherrschende Meinungsmacht gegeben ist, können auch für die Prüfung der Voraussetzungen der Vermutungsregel des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV erheblich sein.

Die von den Landesmedienanstalten und von CLT-UFA vorgelegten Gutachten zur Auslegung von § 26 Abs. 2 RStV haben das Gebot der verfassungsgemäßen Auslegung der Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrages nicht hinreichend berücksichtigt. Dies gilt auch für die Beschlußfeststellungen der KDLM.

Zu (2) : Die KDLM nimmt an, ob eine geringfügige Unterschreitung i.S.v. § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV vorliege, sei anhand eines quantitativen Maßstabs zu ermitteln. Jedenfalls sei bei einem Zuschaueranteil unter 28 % keine geringfügige Unterschreitung anzunehmen. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Gesetzgeber, wenn er eine solche exakte Festlegung gewollt hätte, sie auch normiert hätte. Das hat er nicht getan. Bezieht man das von der KDLM in Bezug genommene Schrifttum und die Stellungnahmen der Landesmedienanstalten in die Betrachtung ein, so zeigen sich im Zeitablauf schwankende quantitative Mindestgrößen. Im Gutachten Bork (Kommunikation und Recht 1998, S. 183 ff.) wird eine geringfügige Unterschreitung angenommen, wenn der Schwellenwert des § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV um 3 % (= 0,9 % Prozentpunkte) unterschritten wird. Dem haben sich die beteiligten Landesmedienanstalten bei der Vorlage des Gutachtens zunächst angeschlossen. Später hat die BLM gegenüber der KEK erklärt, geringfügig sei eine Unterschreitung nur bei 28,5 %. Im Gutachten Martinek über „Die Zurechnung von Zuschaueranteilen nach §§ 25 ff. des Rundfunkstaatsvertrages 1996“, das von der CLT-UFA vorgelegt und von den Landesmedienanstalten billigend in Bezug genommen wird, werden prozentuale und proportionale Festlegungen der Geringfügigkeit als „Hokuspokus“ bezeichnet. Geboten sei statt dessen eine Degressionsrechnung. Sie führe zu einem Toleranzwert von 0,8 Prozent-

punkten, der dezisionistisch nach oben zu korrigieren sei. Danach sei keine geringfügige Unterschreitung bei einem Marktanteil von 28,99 % und weniger anzunehmen. Die KDLM hat sich, wie dargelegt, schließlich auf 28 % geeinigt.

Es zeigt sich, daß auch bei ausschließlich quantitativer Betrachtung Schwankungen auftreten, die schwerlich quantitativ zu erklären sind. Welche qualitativen Gesichtspunkte den verschiedenen Prozentsätzen zugrunde liegen, ist nicht erkennbar.

Die KEK hat demgegenüber im Beschluß vom 16.02.1998 in der Sache CLT-UFA (Az.: KEK 008-012) festgestellt, daß dem Rundfunkstaatsvertrag ein fester Toleranzbereich nicht zu entnehmen ist. Vielmehr sind die quantitativen Meßdaten in Beziehung zu setzen zu den qualitativen strukturellen Merkmalen des Veranstalters, welche die Stellung im Fernsehbereich und auf medienrelevanten Märkten kennzeichnen, und im Rahmen einer Gesamtbeurteilung abzuwägen.

Ein Zurückbleiben unter der Schwelle von 30 % wird leichter als nur geringfügig einzuschätzen sein, wenn der Zuschaueranteil dieses Unternehmens im Vergleich mit dem anderer Veranstalter überragend ist. Umgekehrt sind kleinere Unterschreitungen noch geringfügig, wenn der dem Zuschaueranteil beigelegte Einfluß auf die Meinungsvielfalt durch die Programme anderer vergleichbar einflußreicher Veranstalter auf den Fernseh- oder anderen medienrelevanten Märkten aufgewogen werden kann. An dieser Auslegung hält die KEK fest. Sie entspricht dem Grundsatz, daß unbestimmte Rechtsbegriffe in systematischem Zusammenhang unter Berücksichtigung des Gesetzeszweckes auszulegen sind. Es entspricht der Funktion des Zuschaueranteils, daß auch bei Prüfung der Geringfügigkeit den Einflußpotentialen anderer Veranstalter im Programmbereich hervorgehobene Bedeutung zukommt. Die Vermutungsschwellen des § 26 Abs. 2 RStV sind jedoch aus den bereits dargelegten Gründen keine abschließenden Indizien vorherrschender Meinungsmacht. Liegen Anhaltspunkte vor, daß vorherrschende Meinungsmacht aufgrund fernsehnaher beherrschender Stellungen auch unabhängig von den Zuschaueranteilen eines Veranstalters in Betracht kommt, so sieht sich die KEK gehalten, auch die dafür erheblichen Tatsachen zu ermitteln.

4 PREMIERE

PREMIERE hat 1,65 Mio. Abonnenten. Nach den der KEK vorliegenden Daten verfügt das Programm über einen Zuschaueranteil von 0,6%. Die Programme ihrer Gesellschafter sind PREMIERE unter den gesondert zu prüfenden Voraussetzungen des § 28 RStV zuzurechnen.

Im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung ist der Markt für Pay-TV ein eigener relevanter Markt. Auf diesem Markt ist PREMIERE marktbeherrschend. Die paritätische Beteiligung von CLT-UFA und KirchGruppe hätte diese Stellung ebenso verstärkt wie die Übernahme von DSF und DF 1.

Die KirchGruppe betreibt seit 1996 mit DF 1 ein gleichfalls digital verbreitetes Pay-TV-Programm. Die Zahl der Abonnenten beträgt derzeit knapp 300.000 (Welt am Sonntag vom 27.12.1998, S. 56). Die Übernahme von DF 1 durch PREMIERE wurde durch die EG-Kommission untersagt. Entgegen der von der KirchGruppe für diesen Fall angekündigten Liquidation von DF 1 wird das Unternehmen fortgeführt. Ein Antrag auf Zulassung im bundesweiten Fernsehen ist der KEK von der BLM mit Schreiben vom 21.12.1998 übermittelt worden. Welche Stellung DF 1 im Wettbewerb mit PREMIERE erlangen wird, läßt sich gegenwärtig nicht beurteilen. In der Anhörung am 14.12.1998 haben die Vertreter der beteiligten Unternehmen übereinstimmend erklärt, es sei unwahrscheinlich, daß sich zwei Pay-TV-Unternehmen auf dem Markt durchsetzen könnten. Auch danach ist in absehbarer Zeit kaum damit zu rechnen, daß DF 1 die marktbeherrschende Stellung von PREMIERE erschüttern kann.

Die ohnehin starke Stellung von PREMIERE im Pay-TV wird in ihrer Qualität durch die digital zu verbreitenden Programme, insbesondere durch die Programmplattform, verändert und verstärkt. Als selbständiges Unternehmen steht PREMIERE vor der Aufgabe, seine neuen, digital verbreiteten Programme in einem Umfeld durchzusetzen, in dem Fernsehteilnehmern vielfältige, direkt empfangbare Programme unentgeltlich zur Verfügung stehen. Die von PREMIERE angebotenen Programmpakete lassen die thematischen Schwerpunkte erkennen, bei denen mit einer zahlungsbereiten Nachfrage zu rechnen ist. Das sind Erstausstrahlungen von Qualitätsfilmen (Premiumfilme), Sportveranstaltungen und Erotikprogramme.

Annähernd genaue Schätzungen über das Wachstum der Abonnenten und damit über die in der Zukunft zu erwartenden Zuschaueranteile sind derzeit nicht möglich. CLT-UFA hat in

ihrer Antwort auf das Auskunftersuchen der KEK erklärt, wegen der ungeklärten Lage bei PREMIERE seien solche Schätzungen gegenwärtig ausgeschlossen. In der Anhörung am 14.12.1998 hat sich ergeben, daß die Gesellschafter CLT-UFA und KirchGruppe bisher keine Einigkeit über die weitere Finanzierung und über die Programmentwicklung bei PREMIERE im Jahre 1999 und darüber hinaus erzielt haben.

Beim Betreiben der Programmplattform kann sich PREMIERE auf das der KirchGruppe gehörende technische System stützen. Auch kann das Unternehmen mit der Kooperation seiner Gesellschafter bei der Beschaffung von Programmen rechnen. PREMIERE hat mithin – neben DF 1 - eine Schlüsselstellung inne, die das Unternehmen instand setzt, den Zugang von Wettbewerbern zum Pay-TV zu kontrollieren.

Die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von PREMIERE liegt, wie dargelegt, den fusionskontrollrechtlichen Untersagungen zugrunde. Die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung genügt als solche jedoch nicht, um vorherrschende Meinungsmacht i.S.d. Rundfunkstaatsvertrages zu begründen. Die Marktstellung von PREMIERE sowie die Bedeutung von Pay-TV im Verhältnis zum werbefinanzierten Fernsehen und zum öffentlich-rechtlichen Fernsehen sind bei den Gesellschaftern von PREMIERE zu berücksichtigen, denen die Programme von PREMIERE zuzurechnen sind. Das Entsprechende gilt für die Privatisierung der Übertragungswege und der Zugangstechniken im Pay-TV. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 95, 163, 173) sieht darin zwar, wie bemerkt, einen unter dem Gesichtspunkt vorherrschender Meinungsmacht erheblichen Umstand. Auch dieses Merkmal ist jedoch in seiner Bedeutung für das bundesweite Fernsehen im ganzen zu würdigen.

Die Angebote von Pay-TV und Free-TV werden von den Teilnehmern nicht als Substitute, sondern als sich ergänzende Angebote betrachtet. Gleichwohl müssen solche Komplementärbeziehungen von den Unternehmen, die in diesen Bereichen tätig sind, in ihrer Strategie berücksichtigt werden.

Die Gesellschafter von PREMIERE sind angesichts einer gegenwärtig noch unveränderten gesellschaftsrechtlichen Struktur nicht in der Lage, die Veranstaltung von digitalem Pay-TV bei PREMIERE zum Instrument einer gemeinsamen Strategie im Pay-TV und im Free-TV zu machen. Das Vorhaben von CLT-UFA und KirchGruppe, paritätische Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, denen die Kontrolle des Pay-TV-Systems unter Abstimmung auf die Interessen im Free-TV möglich gewesen wäre, ist durch die fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen zunächst verhindert worden. Die neue Programmstruktur wird den Gesellschaftern zwar zusätzliche Möglichkeiten geben, auch eigene unternehmerische Interessen im Rahmen von PREMIERE zu verfolgen. Der gemeinsame Zweck — die erfolgreiche Ver-

anstellung eines digital verbreiteten Bezahlfernsehens — wird dadurch jedoch nicht in Frage gestellt.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, wie die beteiligten Unternehmen ihre Eigeninteressen, die mit denen von PREMIERE sehr wohl übereinstimmen können, zur Stärkung ihrer Stellung auf den Märkten für werbefinanziertes Fernsehen nutzen können. Das ist getrennt für die KirchGruppe und CLT-UFA zu prüfen.

5 CLT-UFA

5.1 Zuschaueranteile

In der Referenzperiode (KEK 026) vom Juni 1997 bis Mai 1998 verfügt CLT-UFA unter Einbeziehung des Zuschaueranteils von Premiere in Höhe von 0,6% über einen Zuschaueranteil von 25,5 %. Unter Berücksichtigung der Marktstellung von Wettbewerbern auf den hier in Betracht kommenden Märkten für das Programmangebot im Fernsehen liegt aus den angeführten Gründen eine nur geringfügige Unterschreitung des Anteils von 30 % nicht vor.

5.2 Vorherrschende Meinungsmacht

Das wirtschaftliche und finanzielle Gewicht von CLT-UFA als Teil der Bertelsmann-Gruppe ist in der Medienwirtschaft außerhalb des bundesweit verbreiteten Fernsehens, insbesondere auf medienrelevanten verwandten Märkten, höher als das der KirchGruppe. Im Rahmen von § 26 RStV ist jedoch vorrangig die Konzentration im bundesweit veranstalteten privaten Fernsehen zu berücksichtigen. Hier folgen wesentliche Unterschiede im Vergleich zur KirchGruppe daraus, daß CLT-UFA nicht über ein eigenes einsatzfähiges technisches System zum Betrieb von Pay-TV verfügt. Über die eigenen Programmressourcen hat CLT-UFA aufgrund des Auskunftersuchens der KEK hinreichend Auskunft gegeben. Das Programmvermögen und die nach Gegenstand und Zeiträumen verfügbaren Programme lassen derzeit nicht erwarten, daß CLT-UFA durch die Kombination mit den Aktivitäten im Free-TV vorherrschende Meinungsmacht erlangt.

6 KirchGruppe

6.1 Zuschaueranteile

Die KirchGruppe verfügt unter Einschluß des Zuschaueranteils von PREMIERE in Höhe von 0,6% im relevanten Zeitraum über Zuschaueranteile von durchschnittlich 27,4%. Im Anschluß an die Entscheidung der KEK vom 16.02.1998 in der Sache CLT-UFA (Az.: KEK 008-012) ist zu prüfen, ob eine nur geringfügige Unterschreitung des Zuschaueranteils von 30 % anzunehmen ist. Das ist gegenwärtig nicht der Fall.

Den Zuschaueranteilen der KirchGruppe im Free-TV stehen nahezu gleichhohe Zuschaueranteile von CLT-UFA gegenüber. Auch auf dem Fernsehwerbemarkt sind die Marktanteile von KirchGruppe und CLT-UFA nahezu ausgeglichen. Ferner weisen CLT-UFA und KirchGruppe vergleichbare Markstellungen auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt auf, der bei der Prüfung einer geringfügigen Unterschreitung im Sinne von § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV ebenfalls zu beachten ist. Nach der amtlichen Begründung zu § 26 RStV sind „als Indikatoren bei der Beurteilung, ob ... vorherrschende Meinungsmacht vorliegt, ... Werbung ... und andere medienrelevante verwandte Märkte" einzubeziehen. Eine starke Position auf dem Fernsehwerbemarkt eröffnet einem Unternehmen die Möglichkeit, über die Werbeeinnahmen-Reichweiten-Spirale seine Zuschaueranteile abzusichern oder zu verbessern, und trägt somit zu vorherrschender Meinungsmacht bei. Der bundesweite Fernsehwerbemarkt stand in der Vergangenheit mehrfach im Mittelpunkt kartellrechtlicher Prüfungen von Zusammenschlußvorhaben im bundesweiten Fernsehen (zuletzt Premiere digital, B6-92 201 -U- 78/98). Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes erfüllen die drei größten Fernsehveranstalter RTL, SAT.1 und ProSieben mit einem Marktanteil von zusammen etwa 75% die qualifizierte Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB (§ 23a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB a.F.). Betrachtet man alle zum jeweiligen Einflußbereich von CLT-UFA und KirchGruppe gehörenden Free-TV-Sender, so kommen beide Gruppen gleichermaßen auf hohe Marktanteile (CLT-UFA 40,3%, KirchGruppe 50,9%, gemeinsam 91,2%). In vorangegangenen Entscheidungen hatten die Kartellbehörden die Vermutung oligopolistischer Marktbeherrschung regelmäßig als widerlegt angesehen, weil wesentlicher Binnenwettbewerb zwischen CLT-UFA und KirchGruppe bestand. Auch in der jüngsten Entscheidung des Bundeskartellamtes wurde im Hinblick auf die gegenwärtige Werbemarktsituation keine gemeinsame Beherrschung durch KirchGruppe und CLT-UFA unterstellt (Beschluß zu Premiere digital, B6-92 201 -U- 78/98, Tz. 3.1., Blatt 29). Im Außenverhältnis dieses Duopols im Werbefernsehen bilden die öffentlich-rechtlichen Anstalten zwar kein wirksames Ge-

gengewicht, im Programmbereich haben sie jedoch eine starke, durch Rundfunkgebühren gesicherte Stellung. Im bundesweiten Fernsehen entfallen auf ARD und ZDF Jahreszuschaueranteile (1998) von 15,4 % und 13,6 %. Die dritten Programme der Rundfunkanstalten haben zwar einen regionalen Schwerpunkt; sie werden jedoch über Satellit verbreitet und sind als werbefreie Programme auch bundesweit eine nicht zu vernachlässigende Alternative (1998: 12,3%) zum werbefinanzierten Fernsehen der privaten Anbieter.

6.2 Vorherrschende Meinungsmacht

Die für die Einschätzung der KirchGruppe als Meinungsfaktor im bundesweiten Fernsehen maßgebliche Stellung kommt in den Zuschaueranteilen nur unvollständig zum Ausdruck. Zu prüfen ist, ob sich vorherrschende Meinungsmacht aus der Verbindung eines Zuschaueranteils von 27,4% mit Schlüsselstellungen in der Sendetechnik, der Zugangstechnik und in der Verfügung über Programmressourcen ergibt. Diese Prüfung ist unabhängig von den Vermutungsschwellen in § 26 Abs. 2 RStV geboten.

6.2.1 Zugang zur Systemtechnologie für Pay-TV

Pay-TV kann vom Teilnehmer durch einen Anschluß an das Breitbandverteilnetz oder mit Hilfe einer Satellitenantenne direkt empfangen werden. Die Technik, mit deren Hilfe die Programme gesendet, verschlüsselt und entschlüsselt werden, stimmt bei den genannten Verbreitungsarten im wesentlichen überein. Der Teilnehmer, der Pay-TV über Kabel empfängt, muß zusätzlich zu dem Entgelt für das Programm ein Entgelt an den Kabelbetreiber entrichten.

Anbieter von Pay-TV-Programmen müssen ein eigenes technisches System (Conditional Access-System) und einen damit kompatiblen Decoder selbst betreiben oder ein fremdes System nutzen. PREMIERE wird sein System auf der Grundlage der Technik betreiben, die den zur KirchGruppe zählenden Unternehmen BetaDigital und BetaResearch gehört (im folgenden Beta-Technik). Potentiellen anderen Anbietern von Pay-TV soll der Zugang zu diesem System gegen Entgelt gewährt werden. Besonderheiten ergeben sich bei der Verbreitung über Kabel daraus, daß das Kabelnetz auf der Ebene 3 Eigentum der Deutsche Telekom AG ist. Dazu hat die KirchGruppe aufgrund des Auskunftersuchens der KEK erklärt, es sei eine neue Vereinbarung ab-

Programme erhalten dadurch — auch im Vergleich zu CLT-UFA — besonderes Gewicht.

Für die Beurteilung vorherrschender Meinungsmacht ist zusätzlich zu prüfen, ob sich die Kontrolle über den Zugang zum digital verbreiteten Pay-TV zugleich auf die Stellung der Anbieter von Free-TV auswirken kann. Dies ist die Auffassung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Um eine Benachteiligung der Programme der öffentlich-rechtlichen Anstalten im Zugang zu den Teilnehmern auszuschließen, die an das digitale Pay-TV-System angeschlossen sind, wurden Verhandlungen zwischen BetaResearch und Deutsche Telekom einerseits, ARD und ZDF andererseits geführt. Das Ziel bestand darin, den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Verbreitung digitaler Programmbouquets über eine anbieterneutrale Kabelplattform zu gewährleisten, ohne daß die öffentlich-rechtlichen Anstalten über das Kabelnetz (oder über Satellit) Pay-TV betreiben. Zu der genannten technischen Plattform gehört ein Navigationssystem, durch das die über die Plattform verbreiteten Inhalte zugänglich sind. Der Basisnavigator besteht aus einer „Leitseite“ und darunterliegenden Electronic Programming Guides (EPGs). Der gleichberechtigte und selbständige, nicht durch Pay-TV-Konkurrenten vermittelte Zugang zu den Teilnehmern kann durch eine Application Programming Interface (API) ermöglicht werden.

Die Vertreter der KirchGruppe haben in der Anhörung am 14.12.1998 erklärt, daß ein solches System Anfang 1999 zur Verfügung stehen werde. Die Verhandlungen der Deutsche Telekom AG mit den in der ARD zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten sind noch nicht abgeschlossen.

Nach Pressemeldungen vom 13.01.1999 hat die KirchGruppe die Programmierschnittstelle ihrer d-box, das API, für nunmehr alle Marktteilnehmer geöffnet.

6.2.2 Programmressourcen

Den Programmressourcen der KirchGruppe kommt für das Verhältnis zu PREMIERE und DF 1 und für die Stellung der KirchGruppe auf den Märkten, auf denen sie im Free-TV tätig ist, erhebliche Bedeutung zu. Zu unterscheiden sind:

- die Versorgung von PREMIERE durch die KirchGruppe mit Senderechten für Filme im Pay-TV,
- die Versorgung von DF 1 durch die KirchGruppe mit Senderechten für Filme im Pay-TV,
- die Möglichkeit der KirchGruppe in der Lizenzierungspraxis, ihre Interessen auf anderen Märkten, insbesondere im Free-TV, in Rechnung zu stellen.

Die KirchGruppe verfügt mit ihren Beteiligungen an PREMIERE und an DF1 sowie den ihr zuzurechnenden Free-TV-Sendern über die gesamte Verwertungskette von Fernsehrechten, d.h. Pay-Per-View, Pay-TV, Free-TV-Erstverwertung und Free-TV-Zweitverwertung. Es entspricht dem unternehmerischen Eigeninteresse, in dieser Situation eine strategisch optimale Verwertung der Programmressourcen anzustreben. Bei der Verwertung von Fictionprogrammrechten kann beispielsweise eine Optimierung des zeitlichen Abstands zwischen der Pay-TV-Ausstrahlung und der Erst- und Zweitverwertung im Free-TV angestrebt werden. Das unternehmerische Eigeninteresse der KirchGruppe, die Programmangebote an PREMIERE und DF 1 auf das Angebot auf anderen Märkten abzustimmen, ist so ausgeprägt, daß damit auch ohne darauf gerichtete Vereinbarungen zu rechnen ist. Wenn die KirchGruppe die von ihr gehaltenen Rechte für Pay-TV lizenziert, ist es unvermeidlich, dabei zugleich über die Modalitäten zu entscheiden, die für die sonstige Nutzung dieser Rechte gelten. Die Nutzung im Pay-TV ist nur eine Station in der Verwertungskette. Eine strategisch optimale Verwertung der Fictionprogrammrechte umfaßt auch die Nutzung der Vorteile eines kombinierten Einkaufs von Pay- und Free-TV-Rechten. Zwar werden, wie die EG-Kommission bei ihren Ermittlungen zum Rechtemarkt festgestellt hat, gegenwärtig insbesondere Filmrechte der Hollywood-Majors nur zum Teil in Paketen verkauft, die alle Verwertungsstufen umfassen. Die EG-Kommission schließt jedoch eine Veränderung dieser Situation nicht aus, vor allem, wenn

den Hollywood-Produzenten starke Nachfrager wie etwa die KirchGruppe gegenüber stehen, die jetzt bereits die gesamte Verwertungskette realisieren können (vgl. Entscheidung der EG-Kommission Sache Nr. IV/M.993-Bertelsmann/Kirch/Premiere, Rd. 89-93).

Die Bedeutung dieser Programmressourcen für vorherrschende Meinungsmacht im bundesweit verbreiteten Fernsehen hängt entscheidend davon ab, welche Stellung die KirchGruppe auf dem bundesweiten Markt für Fernsehrechte hat. Entsprechende Auskunftersuchen der KEK hat die KirchGruppe, im Unterschied zu CLT-UFA, nicht beantwortet. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und ProSieben haben die Auskunftersuchen der KEK im Verfahren ProSieben beantwortet. Im übrigen stützt sich die KEK auf öffentlich zugängliche Informationen.

Danach ist die KirchGruppe auf dem Produktions- und auf dem Fictionrechtmarkt tätig.

Als relevanter Markt kommt der Markt für die Beschaffung von Fictionprogrammen für das Fernsehen in Betracht, auf dem Rechthändler, Produzenten und Veranstalter als Anbieter und Fernsehveranstalter als Nachfrager auftreten. Angesichts zunehmender funktionaler Differenzierung von Voll- und Spartenprogrammen sind die Programmelemente fiktionaler Unterhaltung immer weniger durch andere Kategorien - etwa Sportsendungen oder politische Magazine - substituierbar; deshalb sind Fictionprogramme zum Objekt eines abgrenzbaren und eigenständigen („relevanten“) Marktes geworden. Im Durchschnitt aller bundesweiten Fernsehprogramme ist für die Kategorie der Fiction - Spielfilme, Fernsehfilme und Serien - ein Anteil von 46% ermittelt worden (vgl. Media Perspektiven, Basisdaten 1998, ALM-Programmbericht, Zur Lage und Entwicklung des Fernsehens in Deutschland 1996/97, S. 188 ff.). Diese Umstände haben nicht nur wirtschaftliches, sondern auch publizistisches Gewicht. In gleicher Linie betont das Bundesverfassungsgericht die medienkonzentrationsrechtliche Bedeutung der vertikalen Verflechtung von Rundfunkveranstaltern mit Produktionsfirmen und Inhabern von Film- und Sportübertragungsrechten (BVerfGE 95, 163, 173).

Alle verfügbaren Daten weisen darauf hin, daß die KirchGruppe mit Abstand Marktführer auf dem Fictionrechtmarkt ist. Die Ermittlungen der Kartellbehörden haben durchgängig ergeben, daß die KirchGruppe in Deutschland

der mit Abstand größte Filmrechtehändler, der führende Anbieter von Kinofilmen und Unterhaltungsprogrammen für das Fernsehen ist (EG-Kommission, MSG, Fall Nr. IV/M.469, 1994, Rn. 76; EG-Kommission, Bertelsmann/CLT, Fall Nr. IV/M. 779, 1996, Rn. 33; EG-Kommission, Bertelsmann/Kirch/Premiere, Fall Nr. IV/M.993, 1998, Rn. 36; Bundeskartellamt, PREMIERE, B6-92201-U-78/98). Dieser Befund wird auch durch weitere Beobachtungen bekräftigt. Nach den der KEK verfügbaren Informationen ist davon auszugehen, daß das Rechtevermögen der KirchGruppe das aller übrigen deutschen Programmveranstalter weit übersteigt. Ihr Bestand an einschlägigen Rechten beläuft sich nach Unternehmensangaben auf 12.000 Spielfilme und 58.000 Stunden Serienprogramme (Pressemitteilung der KirchGruppe vom 05.01.1999). Der Wert der Bestände wird von der Bertelsmann AG auf DM 3,4 Mrd. geschätzt wird (Süddeutsche Zeitung vom 29.07.1998 und vom 11.01.1999). In diesen Zahlen sind die - ebenfalls beträchtlichen - Bestände der ProSieben-Gruppe nicht enthalten, die nach Angaben des Unternehmens im Vergleich aller europäischen Fernsehveranstalter überdurchschnittlichen Wert und Umfang aufweisen. Auch beim Einkauf neuer Programmrechte ist die KirchGruppe in einer starken Position. Durch ihre Tätigkeit im Lizenzhandel, lange vor der Einführung des Privatfernsehens, hat sie einen beträchtlichen Vorsprung bezüglich Know-How und Beziehungen (Europäisches Medieninstitut, Konzentrationsbericht nach § 21 Abs. 6 RfStV a.F., S.177 f.). Ferner verfügt die KirchGruppe über einen Zugriff auf die gesamte Verwertungskette für deutschsprachige Rechte (Pay-Per-View, Pay-TV, Free-TV-Erstverwertung, Free-TV-Zweitverwertung) und kann gegenüber Produktionsunternehmen als starker Nachfrager auftreten (dazu näher Entscheidung der EG-Kommission Sache Nr. IV/M.993-Bertelsmann/Kirch/Premiere, Rdnr. 92). Anhand der vorliegenden Daten läßt sich derzeit trotz der starken Stellung der KirchGruppe jedoch nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, daß die öffentlich-rechtlichen Veranstalter oder die der CLT-UFA zuzurechnenden Sender in ihrer Programmgestaltung von der KirchGruppe abhängig sind oder werden könnten. Auch bei ProSieben und Kabel 1, die im Durchschnitt der letzten fünf Jahre noch ca. 45% ihres Programmvermögens von der KirchGruppe bezogen hatten (Verkaufprospekt / Börsenzulassungprospekt S. 9, 27, 39; „Die Welt“ vom 30.05.1998), ist der Lieferanteil der KirchGruppe rückläufig und lag 1998 nach Auskunft der ProSieben AG nicht über 30%.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die KirchGruppe durch die Beteiligung an der Veranstaltung von Pay-TV im Rahmen von PREMIERE gegenwärtig keine vorherrschende Meinungsmacht im bundesweit verbreiteten Fernsehen erlangt.

6.3 Würdigung

Die zurechenbare Veranstaltung von Pay-TV im Rahmen von PREMIERE, die für Pay-TV entwickelte Digitaltechnik und die Möglichkeit, bedeutende Programmressourcen im Rahmen eines unternehmerischen Gesamtplans im Pay-TV und auf anderen Märkten zu nutzen, verstärken die Position der KirchGruppe im Pay-TV und im werbefinanzierten Fernsehen. Die starke Stellung im Pay-TV, im werbefinanzierten Fernsehen und auf den Märkten für Programmgut wird durch CLT-UFA und die öffentlich-rechtlichen Anstalten nicht voll ausgeglichen.

Den Faktoren, die geeignet sind, zu vorherrschender Meinungsmacht beizutragen, steht die Leistung der KirchGruppe gegenüber, ein einsatzfähiges digitales Pay-TV-System entwickelt zu haben. Vorsprünge eines Unternehmens, das sich einen neuen Markt erschließt, sind in einem Wettbewerbssystem gewollt, solange der Zugang zu dem neuen Markt offen bleibt. Die Wirkungen des Wettbewerbs müssen hier im Hinblick auf die Meinungsvielfalt gewürdigt werden. Mit dem Pay-TV verbunden sind auch erhöhte Wahlmöglichkeiten der Verbraucher, die geeignet sind, Nachteile des werbefinanzierten und des durch Gebühren finanzierten Fernsehens zu mildern. Deren Programme werden als im ökonomischen Sinne öffentliche Güter angeboten, so daß individuelle Präferenzen der Teilnehmer nur eingeschränkt wirksam werden. Vermindert werden die Vorteile des Bezahlfernsehens jedoch durch den für die Meinungsvielfalt besonders wichtigen Umstand, daß die KirchGruppe zugleich zu den marktstarken Unternehmen im werbefinanzierten Fernsehen und auf mehreren fernsehrelevanten Märkten gehört, sowie durch die Monopolstellung bei der Zugangs- und Übertragungstechnik.

Der Schwerpunkt der Wirkungen, die von der Veranstaltung digitaler Pay-TV-Programme im Rahmen von PREMIERE ausgehen, liegt im Pay-TV. Pay-TV ist im deutschen Markt angesichts der Vielzahl werbefinanzierter und gebührenfinanzierter Programme jedoch schwer durchzusetzen. Die Vorsprünge der KirchGruppe in der Sende- und Zugangstechnik wirken sich nach den gegenwärtig verfügbaren Informationen hauptsächlich im Pay-TV aus. Sollte diese Technik in der Zukunft benutzt wer-

Unter Zugrundelegung des dargestellten Sachverhaltes stehen derzeit Gründe der Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen der Zulassung bundesweit veranstalteter digitaler Pay-TV-Programme durch die PREMIERE Medien GmbH & Co. KG nicht entgegen.

Potsdam, 03.02.1999

gez. Jochimsen
Prof. Dr. Dr. h.c. Jochimsen

gez. Kübler
Prof. Dr. Kübler

gez. Lerche
Prof. Dr. Lerche

gez. Mailänder
Prof. Dr. Mailänder

gez. Mestmäcker
Prof. Dr. Dr. h.c. Mestmäcker

gez. Eiber
Eiber