

# Die Ergebnisse im Überblick

## I Medienkonzentration und die Sicherung der Meinungsvielfalt

1. Die im Rundfunkstaatsvertrag geregelte Konzentrationskontrolle gehört zur verfassungsrechtlich gebotenen „positiven Ordnung“ des Rundfunks. Sie soll sicherstellen, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen in möglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet und umfassende Information geboten wird. Als öffentliche Aufgabe ist die Veranstaltung von Rundfunksendungen in Unabhängigkeit vom Staat und von gesellschaftlichen Gruppen zu verwirklichen. In der dualen Rundfunkordnung bieten die öffentlich-rechtlichen Anstalten diese Gewähr jedenfalls durch ihre Organisation; die Kontrolle über private Veranstalter ist Sache von staatsunabhängigen Landesmedienanstalten. Zu ihren Mitteln gehört, dass die Veranstaltung von Rundfunk an eine Zulassung zu binden ist. Zweck des Zulassungsverfahrens ist es hauptsächlich, die Entstehung vorherrschender Meinungsmacht vorbeugend zu verhindern.
2. Meinungsvielfalt setzt publizistischen und wirtschaftlichen Wettbewerb voraus. Dessen Wirksamkeit hängt hauptsächlich ab von der Zahl der selbständigen privaten Veranstalter, den Bedingungen des Zugangs zum Rundfunk und der durch die Programmangebote bestimmten Rivalität um die Gunst des Zuschauers. Im publizistischen Wettbewerb soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk ein Gegengewicht gegen den privaten Rundfunk bilden. Die Kategorien des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen – marktbeherrschende Stellungen aufgrund von Marktanteilen, die anhand eines relevanten Bedarfsmarkts ermittelt werden – erfassen diesen Wettbewerb nicht, da werbe- und gebührenfinanzierte Rundfunkprogramme Merkmale eines öffentlichen Guts im ökonomischen Sinne aufweisen. Der Rundfunkstaatsvertrag knüpft daher an den Zuschaueranteil, den für publizistischen Wettbewerb ausschlaggebenden Bereich, als wesentliches Indiz für vorherrschende Meinungsmacht an. Der Rundfunk lässt sich zudem nicht von anderen Medien – anderen Angeboten von „Meinungen“ – isolieren. Auch der intermediäre Wettbewerb ist publizistischer und wirtschaftlicher Wettbewerb zugleich. Besonders zu berücksichtigen sind als „verwandte“ Märkte solche, zu denen sich Wettbewerbs- und Komplementärbeziehungen durch die verschiedenen Entgeltsysteme des Fernsehens ergeben.

Zu den Risiken des wirtschaftlichen Wettbewerbs im Medienbereich gehören ausgeprägte Tendenzen zur Unternehmenskonzentration. Auch garantiert wirtschaftlicher Wettbewerb keine publizistische Vielfalt. Das Ziel gleichgewichtiger Vielfalt im Rundfunk kann nur verfolgt werden, indem man Voraussetzungen schafft, unter denen verschiedene Stimmen die Chance erhalten, möglichst gleichgewichtig gehört zu werden. Über diese Voraussetzungen muss unter Berücksichtigung der technischen, ökonomischen und kommunikativen Eigenarten und der finanziellen Erfordernisse des Rundfunks entschieden werden.

3. Zur Gewährleistung freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung ist eine rundfunkspezifische Konzentrationskontrolle verfassungsrechtlich zwingend geboten. Der Rundfunk darf nicht der Eigengesetzlichkeit des wirtschaftlichen Wettbewerbs und nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen werden. Fehlentwicklungen im Wettbewerb der privaten Veranstalter sind durch gesetzliche Maßnahmen gegen vorherrschende Meinungsmacht vorbeugend zu verhindern. So sieht auch das Bundesverfassungsgericht in der Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Fusionskontrolle einen zwar zulässigen, aber keinen ausreichenden Schutz gegen Meinungsmacht im Rundfunk. Der Zweck der Fusionskontrolle besteht in der Aufrechterhaltung des ökonomischen Wettbewerbs. Dem gegenüber ist in der rundfunkspezifischen Konzentrationskontrolle der übergreifende Zweck des publizistischen Wettbewerbs auch dann zu berücksichtigen, wenn ergänzend auf Tatbestände des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen Bezug genommen wird.
4. Die verfassungsrechtlich gebotene Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht im Rundfunk unterscheidet sich in Tatbestand und Rechtsfolgen von wettbewerbsrechtlichen Maßnahmen gegen Zusammenschlüsse, die eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Für die Auslegung der gesetzlichen Regelungen, durch die der Verfassungsauftrag erfüllt wird, kommt den verfassungsrechtlichen Grundlagen der rundfunkspezifischen Konzentrationskontrolle ausschlaggebende Bedeutung zu. Danach müssen Maßnahmen gegen vorherrschende Meinungsmacht u. a. aufgrund der mit ihrem Eintritt verbundenen Gefahr politisch einsetzbaren Einflusses vorbeugend wirken. Unternehmenszusammenschlüsse und Beteiligungen dürfen daher grundsätzlich erst nach ihrer Überprüfung vollzogen werden. Der Rechtsprechung des BVerfG sind wichtige Hinweise auf typische Gefahrenlagen zu entnehmen. Neben der horizontalen Konzentration im Rundfunk und der vertikalen Integration ist die „multimediale“ Verbindung von Meinungsmacht zu berücksichtigen, sofern sie zu Gefahren für die Meinungsvielfalt im Rundfunk zu führen droht. Steigende Bedeutung kommt dem Zugang zum Kabelnetz, zu technischen Plattformen und zu den Programmplattformen für die Veranstaltung von Pay-TV zu.
5. In dem Bestreben, die wettbewerbliche und die rundfunkspezifische Konzentrationskontrolle zusammenzuführen, wird von der Monopolkommission vorgeschlagen, die Programmzulassung als kontrollpflichtigen Tatbestand im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Konzentrationskontrolle zu behandeln. Diese Gleichstellung scheitert jedoch daran, dass im Zeitpunkt der Zulassung eines Programms dessen Wirkungen auf Wettbewerb und Marktbeherrschung in aller Regel unbekannt sind. Dem Verfassungsgebot der Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht kann deshalb nur entsprochen werden, wenn die präventive Konzentrationskontrolle das innere Wachstum der Veranstalter erfasst und als Sanktion die Entflechtung und andere Maßnahmen zur Auflösung vorherrschender Meinungsmacht einschließt. Darüber hinaus kann der übergreifende Zweck der Gewährleistung des publizistischen Wettbewerbs nicht im Wege einer auf die Meinungsvielfalt ausgerichteten Anwendung des GWB erreicht werden. Maßnahmen aufgrund des GWB sind aus kompetenzrechtlichen Gründen (Art. 74 Nr. 16 GG) nur zulässig, solange und soweit sie ihrem Wesen nach auf die Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung gerichtet sind. Zum Zweck der Verhinderung der Entstehung vorherrschender Meinungsmacht bedarf es eines spezifischen Medienkonzentrationsrechts; dies gilt unabhängig von dem neuerdings gemachten, verfassungsrechtlich zweifelhaften Vorschlag,

die Länder sollten ihre ausschließliche Zuständigkeit in diesem Bereich an den Bund delegieren.

6. Das europäische Kartellrecht ist ebenso wenig wie das nationale Kartellrecht hinreichend auf die Erfordernisse der Pluralismussicherung eingestellt. Gleichwohl trägt die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission auf Grundlage ihrer Kompetenzen zur Sicherung des ökonomischen Wettbewerbs mittelbar zur Sicherung des pluralistischen Wettbewerbs bei. In Anwendung der Fusionskontrollverordnung hat die EG-Kommission eine Reihe von wichtigen Entscheidungen getroffen, die das Fortschreiten der wirtschaftlichen Konzentration auf den audiovisuellen Märkten begrenzt haben.

Dagegen ist der Versuch der Europäischen Kommission, die voneinander abweichenden nationalen medienspezifischen Antikonzentrationbestimmungen als angebliche Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassungsfreiheit zu harmonisieren, gescheitert; zwei Entwürfe für eine Medienkonzentrationsrichtlinie wurden aufgrund von kompetenzrechtlichen und inhaltlichen Bedenken letztlich nicht verabschiedet. Europaweite Maßnahmen, die vorrangig der Sicherung des publizistischen Wettbewerbs dienen, kann die Gemeinschaft derzeit aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht treffen. Der EG-Vertrag enthält weder eine Bereichsausnahme für den Rundfunk noch eine ausdrückliche Rundfunkkompetenz. Die in Art. 3 lit. q i. V. m. Art. 151 Abs. 2 EGV verankerte Kulturkompetenz enthält keine Handlungsermächtigung über Fördermaßnahmen hinaus. Eine Auslegung von Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention als zuständigkeitsbegründend kommt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht in Betracht. Gegenwärtig ist auch noch weitgehend ungeklärt, ob es überhaupt einer europaweiten Maßnahme zur medienspezifischen Konzentrationsbegrenzung bedarf. Die Mitgliedstaaten werden, wie die Erfahrung zeigt, der vertraglichen Begründung einer neuen Gemeinschaftskompetenz nur zustimmen, wenn ihnen hinreichende Spielräume verbleiben, um ihre eigene Tradition der Pluralismussicherung aufrechtzuerhalten.

## **II Konzentrationsentwicklung im privaten Rundfunk**

### **1 Konzentration im Fernsehen**

7. Die Dynamik der Märkte in einem sich rasch wandelnden Mediensektor gewährleistet für sich genommen kein vielfältiges Programmangebot. Vielmehr besteht die Gefahr, dass die führenden Medienkonzerne ihre dominierende Stellung von den traditionellen Medienmärkten auf die sich neu entwickelnden Medienbereiche erstrecken. Die Konzentration im bundesweiten Fernsehen ist als Ausgangspunkt für solche Strategien in sich neu entwickelnden Medienbereichen zu sehen. Diese Entwicklung ist wesentlicher Gegenstand des vorliegenden Berichts.

#### **1.1 Entwicklung des Programmangebots im Fernsehen**

8. Das bundesweite Angebot an Fernsehprogrammen in Deutschland ist im internationalen Vergleich besonders umfangreich. Das gesamte Programmangebot lässt sich nach regionaler Reichweite und nach Eigenschaften der Veranstalter unterscheiden. Zur vollständigen

Darstellung des Fernsehangebots ist es zusätzlich erforderlich, die ausgestrahlten öffentlich-rechtlichen Programme zu erfassen. Eine Übersicht der ausgestrahlten Programme im bundesweiten Fernsehen zeigt ein umfangreiches Angebot an öffentlich-rechtlichen Programmen.

9. Beim bundesweiten Fernsehen, das von privatwirtschaftlichen Veranstaltern angeboten wird, sind Programme mit und ohne deutsche Lizenz zu unterscheiden. Zu Beginn des Jahres 2000 konnten 46 Fernsehprogramme mit bundesweiter Lizenz empfangen werden. Neben den aufgrund des Europäischen Fernsehabkommens verbreiteten ausländischen Kabelprogrammen zählen weiter ausländische Programme, die über Satelliten ausgestrahlt und frei empfangbar sind, zum Programmangebot im bundesweiten Fernsehen. Immer größer wird die Zahl von Pay-TV-Programmen, die bislang fast vollständig über die Plattform Premiere World verbreitet werden.
10. Im bundesweiten Privatfernsehen zeichnet sich seit langem die Bildung von Veranstaltergruppen ab. Dabei bilden mehrere Programm-Veranstalter, die im Einflussbereich eines Unternehmens, Konzerns oder einer Gruppe von Unternehmen stehen, eine Veranstaltergruppe. Diese Gruppierungen sind als Einflussosphären zu verstehen und nicht als Konzerne im aktienrechtlichen Sinne.
11. Der Gesetzgeber hat diese Entwicklung in den Zurechnungskriterien des § 28 RStV berücksichtigt. In der Anwendungspraxis der konzentrationsrechtlichen Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags wurden nach diesen Kriterien folgende Veranstaltergruppierungen im bundesweiten privatwirtschaftlichen Fernsehen identifiziert und durch Zurechnung von Programmen bei der medienkonzentrationsrechtlichen Prüfung in Lizenzverfahren berücksichtigt:
  - CLT-UFA: RTL, RTL II, Super RTL, VOX
  - KirchGruppe: SAT.1, Premiere/Premiere World, K-toon/Junior, Discovery Channel, GoldStar TV, CLASSICA, ProSieben, Kabel 1, N24
  - Tele München: (tm3), RTL II
  - Canal+/Vivendi: Eurosport, MultiThématiques
  - The News Corporation Limited: VOX (bis 21.03.00), tm3
  - Time Warner: n-tv, CNN Deutschland
  - Viacom: VH-1, MTV
  - Walt Disney: Eurosport, Super RTL, Disney Channel
  - Seagram: 13<sup>th</sup> Street, Studio Universal
  - Capital Media: ONYX, Groupe AB
12. Alle weiteren angeführten Programme können als unverbunden i. d. S. angesehen werden, dass sie nach Stand der letzten medienkonzentrationsrechtlichen Prüfung in keiner konzentrationsrechtlich relevanten Beziehung zu einem weiteren Programmveranstalter im bundesdeutschen Fernsehen stehen.
13. Die besondere Bedeutung der Veranstaltergruppierungen ergibt sich nicht nur aus der – v. a. bei der KirchGruppe und CLT-UFA erheblichen – horizontalen Konzentration im bundesweiten Fernsehen. Vielmehr ist die Einbindung von mehreren Programmver-

- staltern in Medienunternehmen, die vertikal und diagonal integriert sind, als besonders kritisch anzusehen.
14. Zur **CLT-UFA**: Der führende Programmveranstalter im bundesweiten werbefinanzierten Fernsehen, RTL Television sowie die Veranstalter der Programme RTL II, Super RTL und VOX sind Tochterunternehmen der CLT-UFA S. A., einer luxemburgischen Aktiengesellschaft. Die CLT-UFA kann als bedeutendster europäischer Fernseh- und Hörfunkkonzern angesehen werden.
  15. Im April 2000 wurde die geplante Fusion zwischen der CLT-UFA und der Fernsehsparte der britischen Mediengruppe Pearson plc. bekannt. Pearson ist vor allem im Pressebereich durch die Financial-Times-Group bekannt. Für den Fernsehbereich sind die Aktivitäten von Pearson TV im Produktionsbereich maßgeblich. Die Beteiligungsveränderung ist zur medienkonzentrationsrechtlichen Prüfung angemeldet.
  16. Die CLT-UFA hat nicht nur wegen der reinen Zahl ihrer Beteiligungen im Fernsehen erhebliche Bedeutung. Ebenfalls entscheidend für ihre Stellung im bundesweiten Fernsehen ist ihre Zugehörigkeit zur Bertelsmann AG, dem – gemessen am Umsatz – viertgrößten Medienkonzern der Welt. Die Bertelsmann AG ist über die BW-TV Holding, an der sie 80 %, die WAZ-Gruppe 20 % hält, an der CLT-UFA S. A. beteiligt. Aufgrund dieser Beziehung zwischen CLT-UFA S. A., Bertelsmann AG und WAZ besteht eine Unternehmensgruppe, bei der von einer multimedialen Konzentration der Bereiche Fernsehen, Hörfunk, Film- und Fernsehproduktion, Rechthehandel, Buch, Presse, Musik, Internet und Online-Dienste gesprochen werden kann.
  17. Haupteigentümerin der Bertelsmann AG ist die Bertelsmann Stiftung. Die Stiftung engagiert sich in erheblichem Umfang bei der Entwicklung von Medienrecht und -politik in der Bundesrepublik Deutschland. Sie gibt zahlreiche Publikationen zu allen gesellschaftspolitischen Bereichen heraus und veranstaltet regelmäßig Symposien und Gesprächskreise zu medienpolitischen Themen. Die Stiftung betont, dass ihre Aktivitäten hierbei nicht im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit der Bertelsmann AG im Medienbereich stehen.
  18. Im Geschäftsbericht 1998/1999 der Bertelsmann AG wird für die CLT-UFA ein Gesamtumsatz von 6,0 Mrd. DM ausgewiesen. Der Gesamtumsatz der Bertelsmann-Gruppe betrug – einschließlich des anteiligen Umsatzes bei der CLT-UFA – ca. 29,0 Mrd. DM. Ungefähr vier Fünftel des Umsatzes (einschließlich des Anteils der CLT-UFA) werden in den Geschäftsfeldern der Buch AG, der Musikfirmen von BMG Entertainment, der Gruner + Jahr AG und der Arvato AG (vormals: Bertelsmann Industrie AG) erwirtschaftet.
  19. Anders als die CLT-UFA S. A., deren Schwerpunkt in europäischen Hörfunk- und Fernsehmärkten liegt, sieht sich die Bertelsmann AG als weltweit tätiges Unternehmen. Dabei hat sie im Geschäftsjahr 1998/99 (ohne Berücksichtigung der Umsätze von CLT-UFA) 34,7 % (= 9,036 Mrd. DM) ihrer Umsätze in den USA erzielt. Die in Europa erzielten Umsätze (ohne Deutschland) tragen mit 29,6 % (= 7,679 Mrd. DM) zum Konzernumsatz bei. Schwerpunkte des europäischen Engagements sind die Nachbarländer Frankreich, die Benelux-Staaten und Großbritannien. Hinzu kommen immer stärker die östlichen Nachbarländer.

20. Der Bereich Multimedia hat bislang lediglich einen Anteil von 1,8 % am Konzernumsatz. Der Geschäftsbericht hebt aber hervor, dass dieser Bereich mit größter Dynamik wächst. Daneben expandiert die Bertelsmann AG im Bereich des E-Commerce (Geschäftsabwicklung über das Internet). Sie betreibt mit BOL (Bertelsmann OnLine) einen Versandbuchhandel im Internet, der auf andere Geschäftsfelder (bspw. Musik) ausgedehnt werden soll. Mit 50 % ist sie derzeit noch an dem amerikanischen Internet-Buchversand barnesandnoble.com beteiligt. Neben den Online-Diensten AOL und CompuServe und den E-Commerce-Plattformen BOL und barnesandnoble.com hat die Bertelsmann AG Beteiligungen bei Produktions- und Dienstleistungsfirmen für den Online- und Multimediabereich.
21. Die Bertelsmann AG verfolgt in diesen Geschäftsfeldern die Strategie, durch Synergieeffekte die Rendite der kontrollierten Medien zu steigern. Im Fernsehbereich ist in diesem Zusammenhang von einer zunehmend engeren Anbindung innerhalb der Senderfamilie unter dem Dach der CLT-UFA S. A. die Rede.
22. Die Beteiligungen im Fernsehbereich sind:
  - RTL Television GmbH (89 %),
  - RTL 2 Fernsehen GmbH & Co. KG (34,8 %),
  - RTL DISNEY Fernsehen GmbH & Co. KG (50 %) sowie
  - VOX Film- und Fernseh-GmbH & Co. KG (99,7 %).
23. Die Aktivitäten der CLT-UFA erstrecken sich auch auf weitere wichtige Bereiche der Programmproduktion, -distribution sowie -vermarktung. Unter anderem ist die CLT-UFA alleinige Eigentümerin der UFA Film & TV Produktion und hält 74 % der Anteile an der Trebitsch-Gruppe. Beide Produktionsfirmen beliefern neben RTL Television auch andere private Sender (VOX, ProSieben) und die öffentlich-rechtlichen Anstalten ARD und ZDF. Durch die Einbindung der Fernsehsparte von Pearson in die CLT-UFA-Gruppe erhofft man sich eine weitere Stärkung der eigenen Programmversorgung.
24. Die CLT-UFA ist mit ihren Tochterunternehmen auch im Bereich der Produktion von Spielfilmen sowohl für die Kinoausstrahlung als auch für das Fernsehen tätig. Die UFA Film & TV Produktion engagiert sich in Kooperation mit europäischen und amerikanischen Partnern (Warner Brothers, CLT-UFA International, Time Warner) im Bereich der internationalen Spielfilmproduktion. Auch die Trebitsch-Gruppe will sich weiter in den Markt für Spielfilmproduktionen ausdehnen.
25. Im Bereich der Programmdistribution ist die Bertelsmann AG mittelbar an den Unternehmen Cologne Broadcasting Center (CBC), Köln, CLT-UFA Video Production & Broadcasting, DTS, Luxemburg sowie VCF, Saint-Cloud, Frankreich, zu je 100 %, an MMC, Hürth, zu 28,8 %, an ENEX, Luxemburg, zu 64,7 % und an Infomedia, Luxemburg, zu 50 % beteiligt. Im Bereich des Rechthehandels ist die CLT-UFA vor allem beim Handel mit Sportrechten durch UFA Sports aktiv. Diese 100 %ige Tochter der CLT-UFA verfügte Ende 1996 im Bereich der Sportrechte nach den Feststellungen des Bundeskartellamts über einen Marktanteil von ca. 27,9 %.



26. Im Vermarktungsbereich ist vor allem die IP Deutschland von Bedeutung. Die 100 %ige Tochter von RTL Television ist Europas größter Vermarkter mit einem Umsatz von zuletzt 4,6 Mrd. DM und vermarktet spezielle Programmbereiche wie RTL Skispringen oder die Online-Angebote.
27. Das komplexe Gefüge des Bertelsmann-Konzerns und dessen Fernseh-Tochter CLT-UFA ist vor allem durch die breite Streuung der Aktivitäten auf nahezu alle im Mediensektor wichtigen Bereiche geprägt. Diagonale oder konglomerate Verflechtungen haben ein größeres Gewicht als die vertikale Integration. Für den Fernsehbereich, aber auch alle anderen publizistisch relevanten Bereiche, scheinen insbesondere die Mehrfachverwertung von Inhalten in verschiedenen Medienbereichen und die Strategie der Cross-Promotion maßgeblich.
28. Zur **KirchGruppe**: Die zweite große Veranstaltergruppierung im deutschen Fernsehbereich ist die KirchGruppe, der nach den Feststellungen der KEK die Programme Premiere, SAT.1, ProSieben, Kabel 1, N24, DSF, K-toon/Junior, CLASSICA, Discovery Channel und GoldStar TV zuzurechnen sind. Die KirchGruppe spielt nicht erst seit Einführung des dualen Rundfunks eine maßgebliche Rolle für das Fernsehen in Deutschland. Die heutige Stellung der Gruppe erklärt sich aus der langjährigen Tradition der KirchGruppe im Rechtehandel für den Fernsehbereich, insbesondere im Handel mit US-amerikanischen Film- und Fernsehproduktionen. Diese nach wie vor herausragende Stellung der KirchGruppe kann als Ausgangspunkt eines vertikal stark integrierten Medienunternehmens gesehen werden, das mit seinen Aktivitäten eine möglichst vollständige Verwertung von erworbenen Programmrechten oder selbstproduzierten Programmen im bundesweiten Pay-TV, werbefinanzierten Fernsehen sowie neuerdings zunehmend im so genannten Ballungsraumfernsehen anstrebt. Dazu gehört auch, dass die KirchGruppe im Rahmen ihrer Stellung in Pay-TV und digitalem Fernsehen die wesentlichen Elemente der notwendigen Übertragungstechnik und Zugangstechnologie durch die Töchter BetaResearch und BetaDigital entwickelt und vertreibt.
29. Obwohl die KirchGruppe als wesentlicher Akteur in einem engen Oligopol im deutschen Fernsehbereich gesehen werden kann, ist ihre Stellung im gesamten Medienmarkt der der Bertelsmann AG deutlich nachgeordnet. Ein Gesamtumsatz des Konzerns wird von der KirchGruppe nicht veröffentlicht. Die KirchMedia erwirtschaftete nach Angaben der KirchGruppe für 1999 einen Umsatz von 3,96 Mrd. DM und liegt damit nach eigener Einschätzung auf Platz vier aller deutschen Medienunternehmen und an fünfter Stelle im TV-Bereich in Europa. Weltweit wird die KirchGruppe mit einem geschätzten Vermögen von 9,2 Mrd. DM auf Platz 16 eines Ranking der größten Medienkonzerne eingeordnet. Wesentlich für die wirtschaftliche Stellung der KirchGruppe ist weiter das verwertbare Programmvermögen. Dieses umfasst 85.000 Stunden, darunter 16.600 Spielfilme. Den Wert ihres Programmrechtstocks beziffert die KirchGruppe mit 4,5 Mrd. DM. Schließlich ist mit der Gründung der Kirch New Media der Einstieg in das Internet-Fernsehen geplant.
30. Die KirchGruppe ist als Holding dreier Spartengesellschaften – KirchMedia, KirchPayTV und KirchBeteiligung – strukturiert. Die **KirchMedia** umfasst die wesentlichen Firmen und Beteiligungen der KirchGruppe aus dem Lizenzhandel, dem werbefinanzierten Fernsehen,

der Programmproduktion und der Filmbearbeitung. Neben der KirchGruppe mit einer Mehrheit von 81,14 % der Anteile gibt es weitere Gesellschafter bei KirchMedia: zum einen die italienische Fininvest S. p. A. (ein Unternehmen im Mehrheitsbesitz von Silvio Berlusconi), das Unternehmen Kingdom 5-KR-98 Ltd. des saudischen Prinzen Al-Waleed bin Talal al Saud sowie Lehman Brothers Merchant Banking Partners II L. P., ein Unternehmen der US-amerikanischen Investmentbank Lehman Brothers Holdings, Inc., die jeweils 2,76 % des Gesamtkapitals halten. Fininvest kooperiert mit der KirchMedia auch in dem neu gegründeten „europäischen Fernsehnetzwerk“ Epsilon, der ehemaligen Eureka. Im Zuge einer Kapitalerhöhung wurde dann als weiterer Gesellschafter ein Fonds der US-amerikanischen Investmentgesellschaft Capital Research and Management Company aufgenommen, der sich mit 3,27 % am Kapital von KirchMedia beteiligt hat. Schließlich hält Thomas Kirch, der Sohn von Dr. Leo Kirch, seit der Einbindung der ProSieben Media AG in die KirchGruppe Ende 1999 7,31 % der Geschäftsanteile der KirchMedia.

31. KirchMedia hält im bundesweiten Fernsehen neben 58,4 % der Anteile an der ProSieben Media AG 100 % an DSF, eine 50 %ige Beteiligung an der Junior.TV GmbH & Co. KG, die das digitale Kinder- und Jugendprogramm Junior/K-toon veranstaltet, sowie über das Tochterunternehmen PKS GmbH 59 % der Geschäftsanteile an der SAT.1 Satelliten-Fernsehen GmbH. 49 % der Anteile an der PKS GmbH wurden Anfang 1999 in das europäische Fernsehnetzwerk Epsilon eingebracht. Die verbleibenden 41 % der Anteile an SAT.1 gehören der Axel Springer Verlag AG, an der die KirchGruppe wiederum 40,05 % hält.
32. Besonders hervorzuheben im Bereich der KirchMedia ist die Beteiligung an der ProSieben Media AG mit 58,4 % der Anteile (die restlichen 41,6 % hält die Rewe-Beteiligungs-Holding National GmbH). ProSieben ist als Veranstalterin des bundesweiten Fernsehvollprogramms ProSieben bislang die einzige börsennotierte Programmveranstalterin im deutschen Fernsehen. Ihre 100 %ige Tochtergesellschaft Kabel 1 K1 Fernsehen GmbH veranstaltet das bundesweit verbreitete Fernsehvollprogramm Kabel 1. Seit dem 24.01.2000 wird ferner das bundesweite Informationsspartenprogramm N24 der derzeit 100 %igen Tochtergesellschaft N24 Gesellschaft für Nachrichten und Zeitgeschehen mbH ausgestrahlt. Vom Gesamtumsatz der ProSieben Media AG von 1.061,0 Mrd. DM im ersten Halbjahr 1999 entfielen auf den Bereich Fernsehen 1.003,6 Mrd. DM. Der Wert des Programmvermögens von ProSieben wird im Zwischenbericht mit rund 1,4 Mrd. DM beziffert.
33. Ende Juni 2000 wurde eine geplante Umstrukturierung der Kirch-Beteiligungen im frei empfangbaren Fernsehen bekannt. Wesentlichstes Element der neuen Struktur ist die ProSiebenSAT.1 Media AG, die als Dachgesellschaft eine „Senderfamilie“ aus den Programmen ProSieben, SAT.1, Kabel 1 und N24 umfassen soll. An der neu gegründeten Aktiengesellschaft sollen die KirchMedia 88,52 % des stimmberechtigten Kapitals und der Axel Springer Verlag als Gesellschafter von SAT.1 11,48 % halten. Die REWE AG, die derzeit noch 41,6 % der Stammaktien bei ProSieben hält, wird in Zukunft mit 6 % an der KirchMedia beteiligt sein. Die neue Struktur unterliegt noch dem Vorbehalt kartell- und medienkonzentrationsrechtlicher Überprüfung. Sie kann aber jetzt schon als weitere Verfestigung der Duopolstruktur im privaten Fernsehen in Deutschland gesehen werden.



34. KirchMedia hält weiter Anteile an dem spanischen Fernsehsender Telecinco (nur noch 10,5 % nach Einbringung von 14,5 % in ETN/Epsilon über die Taurus TV GmbH) sowie an der italienischen Mediaset S. p. A. (1,3 %), einem Tochterunternehmen der Fininvest S. p. A. Das Unternehmen ist ferner in den Bereichen Film- und TV-Produktionen, Handel mit Programmlizenzen und Sportrechtehandel tätig. Zu ihr gehören Beteiligungen an den Sportrechtevertriebsfirmen ISPR, Prisma AG und CWL Telesport & Marketing AG. Über diese Tochterfirmen vermarktet die KirchGruppe die umfangreichen Sportrechte, über die sie verfügt. Vor allem die weltweiten Rechte an der Fußball-Weltmeisterschaft und sämtliche Übertragungsrechte an der Fußball-Bundesliga begründen die dominierende Stellung der KirchGruppe in diesem Markt. Bei der Tochterfirma Taurus Lizenz GmbH & Co. KG liegen die gesamten Programmrechte der KirchGruppe (mit Ausnahme der Pay-TV-Library-Rechte für den deutschsprachigen Markt). Über die TaurusProduktion GmbH sind Produktionsunternehmen, darunter die CBM GmbH, die NDF-Gruppe, Glücksrad GmbH und die Filmproduktion Janus, in die KirchMedia integriert. Das technische Dienstleistungszentrum für die Filmbearbeitung und das Lager betreibt die TaurusMedia Technik GmbH.
35. Die **KirchPayTV** GmbH & Co. KGaA hält über Tochterfirmen mit 95 % der Anteile den fast vollständigen Anteilsbesitz an der Pay-TV-Veranstalterin PREMIERE Medien GmbH & Co. KG. Im Januar 2000 ist die Zulassung eines bundesweiten Pay-TV-Spartenprogramms GoldStar TV medienkonzentrationsrechtlich genehmigt worden, an dessen Veranstalterin die KirchPayTV zu 50 % beteiligt ist. Der KEK ist weiter das Vorhaben der British Sky Broadcasting plc. (BSkyB) angezeigt worden, sich an KirchPayTV mit 24 % der Kapitalanteile zu beteiligen; im Gegenzug soll KirchPayTV 4 % der Anteile an BSkyB erwerben. Mehrheitsgesellschafter bei BSkyB ist mit 39,75 % der Anteile The News Corporation Ltd. (News Corp.) unter der Leitung von Rupert Murdoch. Diese Beteiligungsveränderung steht noch unter dem Vorbehalt der medienkonzentrationsrechtlichen Prüfung. Durch die Europäische Kommission wurde der Zusammenschluss am 21. März 2000 unter Auflagen genehmigt. Diese Auflagen sehen im Kern vor, dass konkurrierenden Plattform-Anbietern „Zugang zu Kirchs Pay-TV-Diensten gewährt wird“, weiter sollen die Multimedia-Home-Plattform als Standard-Betriebssystem der d-box eingeführt sowie „die Aushandlung von Simulcrypt-Vereinbarungen in Zukunft erleichtert“ werden. Allerdings ist die Entscheidung derzeit nicht bestandskräftig, da die ARD beim Europäischen Gericht erster Instanz Klage eingereicht hat.
36. Die **KirchBeteiligungs** GmbH & Co. KG schließlich hält mittelbar sämtliche Anteile an der Unitel Film- und Fernsehproduktionsgesellschaft mbH & Co., die auf der Plattform von Premiere das digitale Spartenprogramm CLASSICA veranstaltet. Ferner hält sie unter anderem die Beteiligungen an der Axel Springer Verlag AG (40,05 %) und an der Filmproduktions- und Verleihfirma Constantin Film AG.
37. Zur Rolle der **Tele-München-Gruppe**: Zahlreiche Kommentatoren sahen für eine geraume Zeit die Rolle einer dritten Kraft im bundesweiten Fernsehen durch die Tele-München-Gruppe und die News Corp. besetzt, die gemeinsam den Programmveranstalter tm3 kontrollierten. Ursächlich für diese Einschätzung war der überraschende Erwerb der Übertragungsrechte an der Champions League durch tm3 im Mai 1999. Dieser Rechtekauf wurde als Hebel gesehen, mit dessen Hilfe ein Markteintritt der News Corp. in den deutschen Fernsehmarkt möglich gewesen wäre.

38. Aus der Rückschau zur Mitte des Jahres 2000 muss aber ein negatives Fazit für den Vorstoß von tm3 gezogen werden. Zwar konnte der Sender durch die Übertragung der Spiele der Champions League den Zuschaueranteil steigern, aber diese Steigerung beschränkte sich lediglich auf einen temporären Effekt.
39. Vor allem aber die Kooperation von BSKyB als Tochter der News Corp. mit der KirchGruppe und die in diesem Zusammenhang stehende Übernahme der vollständigen Anteile von tm3 durch die News Corp. kann als wesentlicher Rückschritt bei der Etablierung einer dritten Kraft angesehen werden. Die im Zuge der Kirch/Murdoch-Kooperation ebenfalls durchgeführte Weitervergabe der Übertragungsrechte an der Champions League, dem europäischen Landessieger-Wettbewerb im Fußball, an Premiere bzw. RTL Television trägt weiter dazu bei, dass sich die ohnehin bereits erheblich konzentrierten Strukturen im deutschen Fernsehen weiter verfestigen. Ein erfolgreicher Markteintritt unabhängiger dritter Kräfte im Bereich der Vollprogramme ohne einen Zugriff auf attraktive Sportübertragungsrechte gilt als extrem schwierig.
40. Auch die weiteren in diesem Bericht dargestellten Veranstaltergruppierungen bildeten im Berichtszeitraum kein erhebliches Gegengewicht gegen die CLT-UFA und die KirchGruppe. Diese sind mit Abstand die dominierenden Kräfte im bundesweiten Fernsehen. Lediglich die Programmangebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind derzeit in der Lage, hinsichtlich der Zuschauerresonanz – nicht aber bei Werbemarktanteilen – den Einfluss der beiden privaten Gruppen einzugrenzen.
41. Die Entwicklung der **Zuschaueranteile** als wesentliches Kriterium zur Beurteilung vorherrschender Meinungsmacht stellt auf die publizistische Wirkung eines Programms durch Berücksichtigung der Zahl der erreichten Zuschauer ab. Insofern ergibt sich für die beiden großen Veranstaltergruppen im bundesweiten privaten Fernsehen in Deutschland für den Zeitraum von 1996 bis 2000 das Bild eines nahezu parallelen Verlaufs der Zuschaueranteile. Grundsätzlich kann von einer gleichgewichtigen Verteilung der Anteile auf die öffentlich-rechtlichen Programmveranstalter, auf die KirchGruppe und auf die Programme der CLT-UFA gesprochen werden. Dabei lag aber die KirchGruppe mit ihren Programmen fast durchgängig bei einem höheren Zuschaueranteil als die Programme der CLT-UFA. Zwar sind die Unterschiede nicht besonders groß, doch könnten sie sich bei wesentlichen strukturellen Änderungen im Markt ohne weiteres vergrößern. Eine solche Änderung könnte von der weitgehenden Verlagerung von Fußballübertragungen in das Pay-TV ausgehen.
42. Bei einer Betrachtung der Zuschaueranteile wird auch die Konkurrenzsituation im frei empfangbaren Fernsehen deutlich: Sofern die öffentlich-rechtlichen Programme aufgrund besonders attraktiver Sportübertragungen überdurchschnittliche Zuschaueranteile erzielen konnten, spiegelten sich diese Zuwächse in temporären Rückgängen bei den privaten Veranstaltergruppen wider. Keine der beiden großen Gruppen erreichte aber im bundesweiten Fernsehen im dargestellten Zeitraum einen Zuschaueranteil von 30 %. Damit hat der Vermutungstatbestand des § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV, wie bei Einführung der Regelung vielfach erwartet wurde, bisher keine praktische Bedeutung erlangt.

43. Eine aktuelle Entwicklung im deutschen Fernsehmarkt erhält aus Sicht der Konzentrationskontrolle erhebliche Relevanz: Unter dem Schlagwort **Ballungsraumfernsehen** wurde zum Jahreswechsel 1999/2000 ein „network“-ähnlicher Verbund von lokalen Programmveranstaltern eingeführt, dessen Ziel die gemeinsame Vermarktung von Werbezeiten ist. Bei diesem Verbund ist der Einfluss der KirchGruppe in den Bereichen Vermarktung, Programmmzulieferung und Anteilsbesitz erheblich.
44. Die KirchGruppe bzw. Thomas Kirch halten Anteile an den Ballungsraumsendern M-1 Fernsehen (40 %), tv.münchen (40 %), tv.berlin (100 %), Hamburg 1 (ca. 60 %) und NRW 1 (25 %). Auch wenn die genannten Beteiligungen im Ballungsraumfernsehen nicht mit demselben Maßstab gemessen werden können wie Beteiligungen im bundesweiten Fernsehen, ist die Kumulation wirtschaftlicher und publizistischer Einflüsse relevant. Zu diesen Einflüssen zählt auch die Kontrolle über den gemeinsamen Vermarkter mehrerer kooperierender Anbieter von Ballungsraumfernsehen. Dieses Vermarktungsunternehmen ist die Media.1 Medienvermarktungs GmbH, eine gemeinsame Tochter des Axel Springer Verlags und der KirchGruppe.
45. Neben vereinheitlichter Programmierung im Zuge der gemeinsamen Vermarktung ist aus Sicht der Medienkonzentrationskontrolle weiter die Programmmzulieferung von erheblicher Relevanz. Entsprechend führt eine offenbar verabredete Programmmzulieferung von Media.1 an die von ihr vermarkteten Ballungsraumveranstalter zu einer vertikalen Integration, welche die publizistische Unabhängigkeit der Programmveranstalter einschränkt. Die KirchGruppe hat also in einem weiteren Marktsegment durch Ausdehnung der Verarbeitungskette zusätzlichen Einfluss erzielt. Es lassen sich deutliche Hinweise dafür finden, dass die KirchGruppe bzw. ihr zuzurechnende Unternehmen ihr Engagement im Bereich des Ballungsraumfernsehens in Hessen verstärken.

## 1.2 Verflechtungen zwischen Fernsehveranstaltern und anderen medienrelevanten Märkten

46. Der Rundfunkstaatsvertrag sieht vor, dass zur Beurteilung vorherrschender Meinungsmacht eines Fernsehveranstalters auch **medienrelevante verwandte Märkte** einzubeziehen sind. Die zu untersuchenden Märkte sind insbesondere der Markt für Fiction-Programmrechte, der Markt für Sportrechte, der Markt für Nachrichtenmaterial, der Markt für Programmzeitschriften und der Werbemarkt.
47. Für den Markt für **Fiction-Programmrechte** hat die KEK im Zuge diverser Prüfverfahren die starke Stellung der KirchGruppe bestätigt. Sie konnte allerdings keine Abhängigkeit der anderen Veranstalter von Lieferungen der KirchGruppe feststellen. Gleichwohl bestehen die Bedenken, die im Fall Kirch/Bertelsmann/Premiere vorgetragen wurden, nach wie vor. Zu einem vergleichbaren Ergebnis kommt auch eine Studie, die Arthur Andersen im Auftrag der EBU erstellt hat. Sie konstatiert, dass zukünftig die Programmrechte einen „Flaschenhals“ auf dem Markt für Pay-TV darstellen können. Es gilt also, die Situation im deutschen Fernsehmarkt vor dem Hintergrund dieses Befundes weiterhin kritisch und aufmerksam zu beobachten. Insbesondere gilt diese Notwendigkeit (auch) für das Segment der in Deutschland produzierten Programmbeiträge. In diesem Bereich kann derzeit ein Kon-

zentrationprozess beobachtet werden, der zur zunehmenden vertikalen Integration von unabhängigen Produzenten in die beiden großen Sendergruppierungen führt.

48. Im Markt für **Sportrechte** verfügen weder die KirchGruppe noch die CLT-UFA noch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten trotz beobachtbarer konzentrativer Tendenzen über eine derart dominierende Position, dass der Zugang unverbundener Fernsehveranstalter (zu Sportrechten) nicht mehr möglich wäre. Eine Marktbeherrschung kann nicht festgestellt werden. Auch hat das Bestreben von Rechteinhabern, Sportereignisse möglichst flächendeckend zu verbreiten, ambivalente Wirkung: Einerseits wird eine möglichst umfassende Versorgung der Bevölkerung gewährleistet, und auch kleine Programmveranstalter erhalten Zugang zu – allerdings oftmals wenig attraktiven – Rechten. Auf der anderen Seite werden Marktführer begünstigt und die oligopolistische Anbieterstruktur auf der Zuschaueranteilebene verfestigt.
49. Eine weitere wesentliche Entwicklung wird von der Frage der Zentralvermarktung von Bundesliga-Rechten abhängen. Zwar hat der DFB bei der EG-Kommission einen Freistellungsantrag gestellt, dieser ist aber noch nicht abschließend entschieden. Die vollständige Vergabe der Fußball-Bundesligarechte ab der Saison 2000/2001 zeigt jedoch die Bedeutung dieses Aspekts. Es ist wahrscheinlich, dass bei dem Angebot dieser wichtigen Sportereignisse für die nächste Zeit kein wesentlicher Wettbewerb zu erwarten ist. Die Vergabe sämtlicher Rechte an der 1. Bundesliga an die ISPR und damit an die KirchGruppe muss als Beleg für die negativen Folgen gesehen werden, die mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Zentralvermarktung verbunden sein können. Anstelle einer Aufteilung der Rechte auf mehrere Veranstalter ist es wiederum zu einer bilateralen Verhandlungslösung zwischen der KirchGruppe und dem DFB gekommen. Die Chance zu mehr Vielfalt bei der Sportberichterstattung und im Fernsehen wurde nicht genutzt.
50. Die Beziehungen zwischen dem Bereich der **Nachrichtenzulieferung** und Fernsehveranstaltern sind in jüngerer Vergangenheit vor dem Hintergrund wachsender Differenzierung von Nachrichtensendungen und Informationsprogrammen zunehmend durch vertikale Integration charakterisiert. Starke Anreize zu vertikalen Integrationen bestehen einerseits für die Fernsehveranstalter, die sich dadurch die Versorgung mit exklusivem, aktuellem und auch spezialisiertem Material sichern. Andererseits bestehen auch für die Besitzer von Nachrichtenmaterial Anreize zur vertikalen Integration, um durch die gezielte Nutzung möglichst vieler Absatzkanäle die Verwertungskette (für Nachrichtenmaterial) zu optimieren. Dennoch sind gegenwärtig keine Marktschließungstendenzen erkennbar, die Newcomern die Versorgung mit Nachrichtenmaterial über den Markt erschweren könnten.
51. Im Markt für **Programmzeitschriften** spielen sowohl der Springer Verlag, an dem die KirchGruppe mit 40,05 % beteiligt ist, als auch die Bertelsmann-Tochter Gruner + Jahr AG eine nicht unwesentliche Rolle. Allerdings nehmen weder die Zeitschriften des Springer Verlags noch die Bertelsmann-Titel, gemessen an der Gesamtauflage aller Programmzeitschriften und Supplements, im Vergleich zu anderen Großverlagen eine hervorgehobene Stellung ein. Bertelsmann und Springer stehen im Wettbewerb mit Titeln anderer, vergleichbar auflagenstarker und ebenfalls ressourcenstarker Verlagsunternehmen.

Gleichwohl ist es unter diesen Bedingungen nicht ausgeschlossen, dass die Verlage ihr unternehmerisches Interesse umsetzen können, Fernsehprogramme von Veranstaltern, mit denen sie verflochten sind, vergleichsweise vorteilhafter zu präsentieren.

52. Der bundesweite **Fernsehwerbemarkt** stand regelmäßig im Mittelpunkt kartellrechtlicher Prüfungen von Zusammenschlussvorhaben im bundesweiten Fernsehen. Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes zu den Marktanteilen im Verfahren ergaben, dass die drei größten Anbieter, RTL, SAT.1 und ProSieben, mit einem Marktanteil von zusammen etwa 75 % die qualifizierte Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB erfüllten. In vorangegangenen Entscheidungen hatten die Kartellbehörden die Vermutung oligopolistischer Marktbeherrschung noch als widerlegt angesehen, weil wesentlicher Binnenwettbewerb zwischen den Oligopolisten, also zwischen den Senderfamilien CLT-UFA und KirchGruppe (einschließlich ProSieben-Gruppe), angenommen wurde. Ob dieses nach wie vor zutrifft, ließ das Bundeskartellamt in der hier herangezogenen Entscheidung explizit offen und stellte lediglich fest, dass der Verhaltensspielraum der Oligopolmitglieder nicht wirksam durch die öffentlich-rechtlichen oder sonstige Wettbewerber eingeschränkt wird.
53. Die fortbestehende Marktstruktur eines sehr engen Oligopols auf dem Fernsehwerbemarkt veranlasste auch die Monopolkommission zur Auffassung, dass „... zukünftig nicht mehr von wesentlichem Binnenwettbewerb zwischen den Oligopolisten auf den relevanten bundesweiten Fernsehwerbemärkten auszugehen ist. So können Gruppeneffekte im Fall von Verflechtungen zwischen den Oligopolisten auf benachbarten Märkten darauf hinwirken, dass die Unternehmen auf ihre gegenseitigen Interessen auf den Werbefernsehmärkten Rücksicht nehmen“.
54. So kam es auch im Herbst 1999 zu Ermittlungen des Bundeskartellamtes gegen die Werbezeitvermarkter IP Deutschland (RTL, RTL II, Super RTL), Media1 (SAT.1) und MGM (ProSieben, Kabel 1). Im Zuge der Einführung eines neuen, disproportionalen Preissystems war der Verdacht eines ungesetzlichen Parallelverhaltens der Unternehmen aufgekommen, da sie ungefähr zeitgleich dieses Preissystem eingeführt hatten. Obwohl das Kartellamt keine hinreichenden Beweise für eine gezielte Absprache der Vermarkter gefunden hatte, wurde die Preiserhöhung dennoch zurückgenommen.

### 1.3 Die Digitalisierung des Fernsehens und Konsequenzen für die Meinungsvielfalt

55. Die zu erwartenden **technischen Veränderungen im Fernsehen** rücken das Problem eines chancengleichen Zugangs zu den Dienstleistungs- und Übertragungssystemen digitaler Rundfunktechnik in den Vordergrund. Gefährdungen der Meinungsvielfalt entstehen dann, wenn einzelne Unternehmen beherrschenden Einfluss auf die Zugangstechnologien nehmen können. Zur Vorbeugung gegen diese Gefährdungspotenziale hat der Gesetzgeber die Vorschrift des § 53 RStV im Vierten Rundfunkänderungsstaatsvertrag erheblich modifiziert. Ob diese Vorkehrungen hinreichend sind, kann erst abschließend festgestellt werden, wenn die erforderlichen Investitionen in die Übertragungstechnologie getätigt wurden und sich in diesem Bereich neue Märkte entwickelt haben.



56. Allerdings sind in allen Bereichen der digitalen Übertragungstechniken zunächst erhebliche Einführungshürden zu überwinden. Insbesondere bleibt abzuwarten, ob in absehbarer Zeit aus der Konvergenz der Telekommunikations- und Breitbandkabelnetze zusätzliche Übertragungskapazitäten für den Fernsehbereich entstehen, die auch in der Übergangsphase von der analogen zur digitalen Fernsehübertragung das Knappheitsproblem auf der Übertragungsebene entschärfen. Auch bei einer solchen Entwicklung muss beachtet werden, dass sich Netzbetreiber typischerweise in der Position eines Gatekeepers befinden, die strategisch genutzt werden kann. Dieser Befund gilt insbesondere, wenn ein Unternehmen wie die Deutsche Telekom AG nicht nur einen einzelnen Übertragungsweg dominiert. So hat das Unternehmen derzeit noch eine marktbeherrschende Stellung auf der Netzebene 3 im Breitbandkabelnetz und im Ortsnetzbereich der Telefonnetze. In ihren Auswirkungen auf vorherrschende Meinungsmacht darf die vertikale Position der Deutsche Telekom AG in der Wertschöpfungskette des Fernsehbereichs nicht unterschätzt werden. Vor allem die Absicht der Telekom, bei der Veräußerung der regionalen Kabelgesellschaften eine Sperrminorität von mindestens 25 % zu behalten, aber auch die zukünftige Rolle der Media Service GmbH als Anbieterin von Dienstleistungen im Kabel müssen Anlass zur kritischen Beobachtung geben.
57. Bereits in der Vergangenheit hat es darüber hinaus den Versuch gegeben, durch eine Fusion der Deutsche Telekom AG mit der BetaResearch GmbH, einem Unternehmen der KirchGruppe, den Zugang zu digitalisierten Übertragungswegen zu verengen. Dieser Versuch wurde von der EG-Kommission durch ihre Entscheidung vom Mai 1998 unterbunden. Jedoch wurden zu Beginn des Jahres 2000 wiederum Absichten der beiden Unternehmen publik, erneut eine Zusammenarbeit zu begründen. Im Falle einer solchen Zusammenarbeit würde neben die marktstarke Deutsche Telekom AG die BetaResearch treten, die derzeit mit ihrer Software BetaNova und dem Verschlüsselungssystem BetaCrypt eine marktbeherrschende Stellung bei der für die digitale Fernsehübertragung im Pay-TV erforderlichen Decoder-Software und -Hardware innehat. Zwar hat die EG-Kommission im Zuge des Fusionskontrollverfahrens BskyB/KirchPayTV im März 2000 Auflagen zur Öffnung des Decoder-Marktes festgelegt, jedoch kann derzeit noch nicht beurteilt werden, ob es auf diesem Weg gelingt, den Markt zu öffnen. Wesentlichstes Problem dabei dürften die bereits im Markt befindlichen Decoder-Geräte sein. Insgesamt ist die Umstellung der Fernsehtechnologie von der analogen auf die digitale Übertragung mit erheblichen Risiken für einen offenen Fernsehmarkt behaftet.

#### 1.4 Internationale Medienkonzerne und Verflechtungen

58. Die Dokumentation **internationaler Beteiligungsverhältnisse** und die Berichterstattung über europäische und ausgewählte US-amerikanische Medienkonzerne zeigt, dass sich die Medienkonzentration internationalisiert. Es besteht die eindeutige Tendenz zu wechselseitig länderübergreifenden Beteiligungen und vertikalen und diagonalen Konzentrationsstrategien.
59. Die in Deutschland vorhandenen Wettbewerbsverhältnisse, die Verfestigung der oligopolistischen Marktstrukturen beim privaten Fernsehen und die fortschreitende Internationalisierung bei der Einführung digitaler Pay-TV-Plattformen sind typische Kennzeichen



einer auch in anderen Staaten anzutreffenden Medienkonzentration. Dabei gehen, wie bereits in der Vergangenheit, weiterhin starke Internationalisierungsimpulse vom grenzüberschreitenden Satellitenfernsehen aus. Auch der hohe Kapitalbedarf für die digitale Aufrüstung der erdgestützten Breitbandkabelnetze begünstigt die Internationalisierung.

60. Die Analyse ausgewählter internationaler Medienunternehmen wirft die Frage auf, wie eine nationale Konzentrationskontrolle die Meinungsrelevanz dieser Entwicklungen berücksichtigen kann. Der geltende Rundfunkstaatsvertrag stellt zwar in Rechnung, dass die Medienkonzentration Teil einer über Deutschland hinausgehenden Entwicklung ist (vgl. z. B. §§ 21 Abs. 3, 28 Abs. 3 RStV). Gleichwohl zeigen die Befunde der internationalen Konzentrationstendenz im Fernsehbereich, dass zusätzliche internationale Regelungen notwendig sind, um eine effektive Medienkonzentrationskontrolle zu gewährleisten. Das gilt insbesondere für das Erfordernis der Transparenz der internationalen Netzwerke und für die ausländischen Beteiligungsverhältnisse bei den deutschen Veranstaltern. Gegenwärtig gibt es kaum Regelungen für eine länderübergreifende Zusammenarbeit. Deshalb besteht die Gefahr, dass eine rein nationale Medienkonzentrationskontrolle die Wirklichkeit nur unzureichend erfasst.

## 2 Konzentration im Hörfunk

61. Die Struktur des privaten Hörfunks spiegelt viel stärker als jene des privaten Fernsehens Unterschiede wider, die auf die Zuständigkeit der Länder zurückzuführen sind. Der Aufbau des zweiten Teils des damit entstehenden dualen Systems ist, gemessen am wirtschaftlichen Erfolg und an seiner Akzeptanz im Hörermarkt, gelungen. Die Frage der verfassungs- und rundfunkrechtlich maßgeblichen Realisierung des publizistischen Vielfaltspostulats ist jedoch auch in diesem Bereich schwierig zu beantworten. Ausschlaggebender Maßstab müsste letztlich die Vielfältigkeit der Programme sein. Diese Kategorie wirft aber erhebliche Probleme auf, da – soweit es sich nicht um die erwähnten Programmübernahmen handelt – Fragen zur inhaltlichen Struktur von Programmen nur mit erheblichem Aufwand beantwortet werden können und nicht Sache der KEK sind. Hier konnte nur geprüft werden, wer die Programme kontrolliert. Beispielhaft wurde ein Unternehmen mit Gewicht im privaten Hörfunk identifiziert und wurden Befunde dazu in einer Fallstudie dokumentiert. Die Ergebnisse lassen sich in den folgenden Thesen zusammenfassen:
62. In einigen Bundesländern ist auf der regionalen Ebene Wettbewerb zwischen privaten Hörfunkveranstaltern gegeben. Auch unter den viel schwierigeren Bedingungen des lokalen Marktes ist dies teilweise erreicht.
63. Auf der bundesweiten Ebene erreicht keine Hörfunkgruppe durch Kumulation von Sendern auch nur annähernd ein Niveau, das in der Nähe des Grenzwertes eines Marktanteils von 30 % liegt. Erst eine detaillierte Untersuchung von Einflusspotenzialen über den Anteilsbesitz hinaus könnte möglicherweise in Einzelfällen die Gewichtungen im bundesweiten Hörfunk zugunsten einzelner Veranstalter verschieben, doch selbst dann würden die genannten Grenzen wohl kaum erreicht.

64. Auf der regionalen Ebene, also bei den landesweiten Programmen, ist die Vielfalt in manchen Ländern stark eingeschränkt. Insbesondere ökonomische Kriterien haben hier zu Doppel- bzw. gar Mehrfachlizenzierungen einzelner Veranstalter mit Programmen für dasselbe Zielgebiet geführt. Ein erwünschter Wettbewerb kann sich bei solchen Anbieterstrukturen kaum entwickeln. Machtteilung durch Aufteilung des Besitzes an Veranstaltern auf unterschiedliche Unternehmen ist nur teilweise realisiert. Die parallele Beteiligung einzelner Eigner an Veranstaltern mit demselben Zielgebiet trägt nicht zur Vielfalt bei.
65. Auch im lokalen Markt sind deutliche Einschränkungen bei der Vielfalt gegeben. Insbesondere in Bayern (vielfach) und in Nordrhein-Westfalen (ausschließlich) bestehen örtliche Angebotsmonopole. Während der Befund in Nordrhein-Westfalen wegen des binnenpluralen Modells („Zwei-Säulen-Modell“) zu relativieren ist, wurde in Bayern zunächst der Versuch unternommen, durch breit angelegte Anbieterkonsortien den publizistischen Einfluss aufzuteilen. In den letzten Jahren hat sich aber an vielen, wahrscheinlich sogar an fast allen Standorten, die Vielzahl der Eigner verringert. Immer mehr Besitzer von vor allem kleinen Anteilen sind aus den Konsortien ausgeschieden und haben ihre Beteiligungen regelmäßig an die großen Anteilseigner veräußert.
66. Auch an Wettbewerbsstandorten kann das Funkhaus-Modell, wie es in Bayern praktiziert wird, mit der gewünschten Kooperation von Lokalsendern Probleme aufwerfen. Es impliziert die Gefahr, dass Kooperationspartner auch die inhaltliche Ausgestaltung der Programme abstimmen. Die nordrhein-westfälische Branche hat teilweise ökonomische Probleme, obwohl der Gesetzgeber den Lokalfunk von intramediärem Wettbewerb freigestellt hat. Eine Korrektur des Modells ist nicht ausgeschlossen. Wesentliche Änderungen könnten für die Vielfaltsicherung allerdings mit erheblichen Risiken verbunden sein.

### 3 Diagonale Konzentrationen

67. Ein regelmäßig beobachtbares diagonales Konzentrationsphänomen sind **Beteiligungen von Presseunternehmen an Hörfunkveranstaltern**. Diese Beteiligungen überschneiden sich häufig mit den Verbreitungsgebieten der Tageszeitungen. Zwar wird die Kumulation von publizistischem Einfluss durch Höchstgrenzen relativiert, die nach den Landesrundfunkgesetzen für die Kapitalanteile von Zeitungsverlagen an Rundfunkveranstaltern gelten. Dem stehen aber Gruppeneffekte gegenüber. Angesichts des Gewichts der Verlagswirtschaft im privaten Hörfunk ist Cross-Promotion zugunsten von Hörfunkanbietern mit Verlagsbeteiligungen weit verbreitet.
68. Bei der Betrachtung der **Verflechtungen zwischen Presse- und Fernsehunternehmen** wird deutlich, dass der Zugang der Bertelsmann AG zum Publikum auch im Print-Bereich weit reicht. Hinzu tritt eine auf Synergien zwischen den Geschäftsbereichen zielende Konzernpolitik. Gleichwohl bleiben die Printbeteiligungen der Bertelsmann AG aufgrund der fortbestehenden publizistischen Vielfalt in einem für die Bildung von Meinungsmacht noch nicht kritischen Bereich. Darüber hinaus spielen bei weiteren Fernsehveranstaltern Beteiligungen von Presseunternehmen eine Rolle. Insbesondere das Engagement des Axel Springer Verlages im bundesweiten Fernsehen, die Beteiligung der Holtzbrinck-Gruppe am Nachrichtensender n-tv, aber auch der Anfang 2000 bekannt gewordene geplante

Einstieg des FAZ-Verlags beim Nachrichtensender N24 deuten darauf hin, dass Verlage zunehmend die intermediären Grenzen überschreiten, um durch die Erlangung von multi-medialen Synergien zu größerem wirtschaftlichen Erfolg zu gelangen.

69. Wegen der schnellen wirtschaftlichen und technischen Entwicklungen können die **Beziehungen zwischen dem Fernsehbereich und Internet-Diensten** nur unter Vorbehalt gewürdigt werden. Alle Anzeichen sprechen gegenwärtig dafür, dass diese Verbindungen eingesetzt werden, um für einen digitalen audiovisuellen Medienbereich, der das Internet einschließen soll, die im Fernsehmarkt etablierten Strukturen durchzusetzen. Das relative publizistische Gewicht der Angebote kann nur geschätzt werden. Angesichts des Umfangs der über das Internet individuell verfügbaren Kommunikationsmöglichkeiten leistet das neue Medium gegenwärtig ganz überwiegend einen positiven Beitrag zur Meinungsvielfalt. Allerdings fehlt es derzeit noch an einer umfassenden Nutzungsanalyse des Internets, die zusätzliche Schlüsse im Hinblick auf publizistische Reichweite und Wirkung der Internet-Angebote zuließe.

### III Anwendungspraxis und Änderungsbedarf bei den §§ 26 bis 32 RStV

In der Praxis der Medienkonzentrationskontrolle hat sich herausgestellt, dass bei den Vorschriften des RStV in einigen Fällen Reformbedarf besteht. Schwerpunkte dieses Bedarfs liegen vor allem bei Verfahrensfragen, aber auch beim Vollzug von Beteiligungsveränderungen, bevor sie von der KEK als unbedenklich bestätigt wurden. Daraus und aus anderen Unzulänglichkeiten ergeben sich folgende Reformvorschläge zum RStV:

#### 1 Verfahrensfragen

70. Zuständigkeit der Landesmedienanstalten  
Welche Landesmedienanstalt für die Zulassung zur Veranstaltung von Rundfunk zuständig ist, hat der Rundfunkstaatsvertrag nicht ausdrücklich geregelt. Es gelten deshalb die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts des Landes, in dem die handelnde Landesmedienanstalt ihren Sitz hat. In der Praxis der KEK haben sich aber Fälle ereignet, in denen zwei Landesmedienanstalten dieselbe Sache gemeinsam der KEK zur Beurteilung vorgelegt haben. Vor allem weil die Landesmedienanstalten fachlich zuständigen Aufsichtsbehörden nicht unterstehen, empfiehlt sich eine Regelung der örtlichen Zuständigkeit im Rundfunkstaatsvertrag.
71. Verfahrensherrschaft  
Damit die KEK ihrem Prüfauftrag gerecht werden kann, muss sie selbständig und eigenverantwortlich über den Umfang der Sachverhaltsermittlung, die Entscheidungsreife, die Trennung und Verbindung von Verfahren und die Konzentrationsbewertung bestimmen. Diese Notwendigkeit entspricht auch der jüngst geäußerten Auffassung der Monopolkommission, die für eine Stärkung der Rolle der KEK plädiert. Dazu gehört auch, dass Auskunftsverlangen und Aktenanforderungen unverzüglich und vollständig, entsprechend den Vorgaben der KEK, von den Landesmedienanstalten ausgeführt werden. Die verfahrens-

rechtliche Mediatisierung schmälert die Verfahrensherrschaft der KEK, entsprechend kam es in der Vergangenheit häufig zu Abstimmungsproblemen und Verzögerungen. Daher wird vorgeschlagen:

➤ § 36 Abs. 1 Satz 3 RStV wird ersetzt durch folgende Fassung:

„Die KEK und die KDLM ermitteln die Voraussetzungen für ihre Entscheidungen in eigener Zuständigkeit; ihnen stehen insbesondere die Verfahrensrechte nach §§ 21 und 22 zu.“

Dem Vorschlag, den Rundfunkstaatsvertrag so zu ändern, dass die konzentrationsrechtliche Unbedenklichkeit einer Zulassung oder Beteiligungsveränderung anzunehmen ist, wenn die KEK nicht innerhalb einer bestimmten Frist entscheidet, kann die KEK in dieser Form nicht zustimmen. Dies gilt jedenfalls solange, als der KEK eigene Ermittlungsbefugnisse fehlen und sie vom Informationsfluss über die Landesmedienanstalten abhängig ist. Aber selbst bei eigenen Ermittlungsbefugnissen könnte eine Frist vernünftigerweise erst dann zu laufen beginnen, wenn alle entscheidungserheblichen Unterlagen – bestätigt durch eine Vollständigkeitserklärung – vorliegen. Hinzuweisen ist ferner auf die Tatbestandswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen im Rahmen der präventiven Fusionskontrolle.

#### 72. Publizitätspflichten

Unbeschadet ihrer Mitwirkungspflichten im Rahmen von anhängigen Verfahren und Meldepflichten bei Beteiligungsveränderungen bestehen gesetzliche Publizitätspflichten der Veranstalter. Für die Aufgaben der KEK sind die daraus zu gewinnenden Informationen über Veränderungen der maßgeblichen Beteiligungs- und Zurechnungstatbestände und die Programmbezugsquellennachweise der Veranstalter relevant. Sie können für die Gesamtwürdigung der Veranstalterposition auf medienrelevanten verwandten Märkten bedeutsame Informationen liefern. Informationen, welche die zuständige Landesmedienanstalt aufgrund der ihr gegenüber bestehenden Bekanntgabe- und Offenlegungspflichten erhält, sollten auch der KEK zugänglich sein. Ihre unmittelbare Information ist aus den bereits angeführten, für die unmittelbare Beweiserhebung sprechenden Gründen geboten. Sie erscheint als umso dringender, als die Landesmedienanstalten gegenüber den verpflichteten Unternehmen sehr großzügig verfahren und die Unternehmen ihrerseits ihren Verpflichtungen nur sporadisch oder gar nicht nachkommen. Daher wird vorgeschlagen:

➤ Die Erklärungspflichten der Unternehmen nach § 21 Abs. 7 und § 23 RStV sollten auf eine Erklärung auch gegenüber der KEK erstreckt werden.

#### 73. Zusammenarbeit mit anderen Einrichtungen; internationaler Informationsaustausch

Häufig und mit zunehmender Tendenz beteiligen sich ausländische Unternehmen an bundesweiten Fernsehveranstaltern. Bei der Aufklärung der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse und der Beteiligungsverhältnisse dieser Unternehmen ergeben sich regelmäßig Schwierigkeiten. Daher wird vorgeschlagen:

➤ Es erscheint sinnvoll, die Zusammenarbeit und den gegenseitigen Informationsaustausch durch eine Ergänzung im Europäischen Übereinkommen zum grenzüberschreitenden Fernsehen zu verstärken und auszubauen. Zudem sollte die Bundesregierung nach kartellrechtlichem Vorbild mit ausländischen Regierungen Verwaltungsabkommen über die Kooperation zwischen den für die Medienkonzentration zuständigen Aufsichtsbehörden abschließen.

## 2 **Schwerpunkte der Anwendungspraxis und Änderungsbedarf**

### 74. § 26 RStV: Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen

Im Rahmen mehrerer Verfahren hat die KEK daran festgehalten, dass die Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 RStV keine abschließenden Kriterien zur Feststellung vorherrschender Meinungsmacht vorgeben. Gegen ein solches restriktives Verständnis spricht schon die Begründung zu § 26. Danach ist § 26 Abs. 1 RStV als ein Gefährdungstatbestand gegen die Entstehung vorherrschender Meinungsmacht zu verstehen. Aber nicht nur die Entstehungsgeschichte, sondern vor allem der Charakter der Vorschrift als eines bloßen Vermutungstatbestandes, verbunden mit dem zwingenden Gebot verfassungskonformer Auslegung nach den Vorgaben der maßgeblichen Judikatur, weisen in diese Richtung. Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach unterstrichen, dass der Verfassungsauftrag, Meinungsvielfalt im Rundfunk zu gewährleisten, vom zuständigen Gesetzgeber wirksame Maßnahmen erfordert, die den Eintritt vorherrschender Meinungsmacht verhüten. Die Auslegung des § 26 RStV hat diesen Gegebenheiten Rechnung zu tragen. Schon in anderen Zusammenhängen musste die Praxis, insbesondere die Verfassungsjudikatur, bestimmte rundfunkgesetzliche Regelungen einer verfassungskonformen Auslegung unterziehen und konnte sie nur so aufrechterhalten (vgl. z. B. BVerfGE 73, 118, 176 ff.). Eine verfassungskonforme Auslegung bietet sich erst recht an und ist zugleich unabweislich, wenn der Gesetzgeber – wie hier sogar unmittelbar – auf einen Begriff zurückgreift, den die Verfassungsjudikatur zwecks verbindlicher Konkretisierung des Verfassungsauftrags geprägt hat.

Das in § 26 RStV verankerte Gebot der Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen verlangt von der KEK eine wertende Gesamtschau, ob von der Zulassung eines einem bestimmten Veranstalter zurechenbaren weiteren Programms eine Gefährdung der schutzbedürftigen und -würdigen Meinungsvielfalt zu erwarten ist. Dieser Aufgabe vermag die KEK nicht zu genügen, ohne alle Faktoren der Einflussnahme auf die bundesweite, öffentliche Meinungsbildung in ihre Wertung mit einzubeziehen und sie zu dem durch die Zulassung eines Fernsehprogramms hinzukommenden weiteren meinungsbeeinflussenden Faktor in Bezug zu setzen.

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. 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, medienkonzentrationsrechtlich neutralisieren. Eine solche Auslegung würde den bei Erreichen von vorherrschender Meinungsmacht nach § 26 Abs. 4 RStV vorgesehenen anderen Maßnahmen faktisch die Grundlage entziehen.

## 75. Sendezeit für unabhängige Dritte (§ 26 Abs. 5 i. V. m. § 31 RStV)

Gemäß § 36 Abs. 2 Satz 2 RStV ist „bei Auswahl und Zulassung von Fensterprogrammveranstaltern ... zuvor das Benehmen mit der KEK herzustellen“. Bei der Benehmensherstellung ist die Frage wichtig, in welcher Phase die KEK von der zuständigen Landesmedienanstalt einzuschalten ist. Die KEK hat zum Ausdruck gebracht, dass sich die Notwendigkeit, das Benehmen mir ihr herzustellen, auch auf die Feststellung der Zulassungsfähigkeit im Sinne von § 31 Abs. 4 Satz 2 RStV erstreckt. Wenn aber die KEK erst nach Feststellung der Zulassungsfähigkeit durch die jeweils zuständige Landesmedienanstalt einbezogen wird, ist die Landesmedienanstalt genötigt, jeweils einen ausdrücklichen Vorbehalt (gegenüber den in Betracht kommenden Anbietern) zugunsten möglicher späterer Neuurteilungen in Fragen der Zulassungsfähigkeit (als dann mögliche Folge etwaiger Einwendungen der KEK) zu machen. Daher wird auf folgenden Reformbedarf hingewiesen:

- Ein am Zweck des Gesetzes und an sinnvoller Verfahrenshandhabung ausgerichtetes Verfahren zur Vergabe von Sendezeiten an unabhängige Dritte erfordert die Beteiligung der KEK bereits auf der Stufe der Feststellung der Zulassungsfähigkeit von Fensteranbietern.

Darüber hinaus fiel in den zu beurteilenden Verfahren auf, dass nach den in den jeweiligen Ausschreibungen vorgesehenen und letztendlich von den zuständigen Landesmedienanstalten vereinbarten Sendezeiten die „unabhängigen Dritten“ im Ergebnis weitgehend auf späte Nachtzeiten verwiesen werden. Das scheint sich durch die von den Landesmedienanstalten vorgenommene Anrechnung gemäß § 31 Abs. 2 Sätze 2, 3 RStV zu rechtfertigen. Ob die Voraussetzungen dieser Anrechnungen (u. a. redaktionelle Unabhängigkeit der *Regionalfensterprogramme*) wirklich erfüllt sind, ließ sich ohne weitere Erkundungen in dieser Richtung von der KEK nicht feststellen. Da die Ausschreibung aber Sache der jeweiligen Landesmedienanstalt ist (vgl. § 31 Abs. 4 Satz 1 RStV), wäre folgender Reformansatz bedenkenswert:

- Die KEK wird bereits zur Ausschreibung in das Verfahren eingebunden. Dies ist deshalb wichtig, da es nicht selbstverständlich sein dürfte, dass sich dergestalt die Verfassungsfrage der Vermeidung vorherrschender Meinungsmacht im Schwergewicht faktisch von den unabhängigen Dritten weg auf die *Regionalfensterprogramme* verlagert.

## 76. § 27 RStV: Bestimmung der Zuschaueranteile

Da die bei der Vermutung vorherrschender Meinungsmacht maßgeblichen Zuschaueranteile häufig erheblichen Schwankungen unterliegen, hat die KEK mehrfach, insbesondere bei länger andauernden Verfahren, im Sinne einer präventiven Konzentrationskontrolle Rückgänge der Zuschaueranteile nach Ablauf der Referenzperiode in die Betrachtung einbezogen. Umgekehrt sind auch Erhöhungen der Zuschaueranteile bis zum Entscheidungszeitpunkt zu berücksichtigen. Dies gilt vor allem dort, wo sie auf eine akute Gefährdung der Meinungsvielfalt hinweisen, die zu präventiven Maßnahmen verpflichtet. Aus der bisher gewonnenen Erfahrung heraus besteht insgesamt kein Bedarf für grundlegende Reformen des Zuschaueranteilsmodells. Die praktische Schwierigkeit, bei der Ermittlung der Zuschaueranteile eine möglichst hohe Genauigkeit und Repräsentativität zu erreichen, erscheint hinnehmbar, weil § 26 Abs. 1 RStV und nicht allein die Anknüpfung an den Zuschaueranteil der entscheidende Maßstab der medienkonzentrationsrechtlichen Prüfung ist.



## 77. § 28 RStV: Zurechnung von Programmen

## Vergleichbarer Einfluss

Nach den Bestimmungen des § 28 Abs. 2 Satz 2 Ziff. 1 RStV ergibt sich ein einer Beteiligung nach § 28 Abs. 1 RStV vergleichbarer Einfluss daraus, dass ein Unternehmen „regelmäßig einen wesentlichen Teil der Sendezeit eines Veranstalters mit von ihm zugelieferten Programmteilen gestaltet“. Die Kommission hat in keinem Fall festgestellt, dass diese Voraussetzungen gegeben waren. Das mag auch an der Schwierigkeit liegen, einschlägig erhebliche Sachverhalte zu ermitteln. Der durch Kapitalanteile oder Stimmrechte vermittelte Einfluss lässt sich in der Regel dem Gesellschaftsvertrag und eventuell sonstigen Vereinbarungen zwischen den Beteiligten entnehmen. Die Abläufe der Programmbelieferung sind schon deshalb nicht einfach festzustellen, weil sie erheblichen Schwankungen unterliegen können. Die von der Kommission entschiedenen Prüffälle zeigen aber insgesamt, dass sich die Regelung des § 28 RStV in der Anwendungspraxis bewährt. Die Befürchtung, die gem. § 28 Abs. 2 RStV ermöglichte Berücksichtigung schuldrechtlicher Beziehungen würde die Medienaufsicht zur Durchleuchtung sämtlicher Geschäftsbeziehungen der beteiligten Unternehmen veranlassen, hat sich nicht bewahrheitet. Auch insoweit gibt § 28 Abs. 1 RStV einen für die Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „vergleichbarer Einfluss“ hinreichend klaren Maßstab vor.

## 78. § 29 RStV: Veränderung von Beteiligungsverhältnissen

## Vollzug vor Bestätigung der Unbedenklichkeit

Gemäß § 29 Satz 1 RStV ist jede geplante Beteiligungsveränderung *vor „ihrem Vollzug schriftlich anzumelden“*. Diesem Wortlaut ist nicht mit hinreichender Klarheit zu entnehmen, ob unmittelbar nach der Mitteilung an die zuständige Landesmedienanstalt vollzogen werden darf oder ob nicht der Abschluss des Anmeldeverfahrens durch Bestätigung der Unbedenklichkeit abgewartet werden muss. Die Unterlassung der Anmeldung einer geplanten Veränderung ist gem. § 49 Abs. 1 Ziff. 29 RStV eine Ordnungswidrigkeit, die gem. § 29 Abs. 2 RStV mit einer Geldbuße von bis zu 1 Mio. DM geahndet werden kann. Allerdings ist der Kommission kein Fall bekannt, in dem ein Bußgeld verhängt worden wäre. Wesentlich gravierender sind die Rechtsfolgen des Vollzugs einer Veränderung, die nicht als unbedenklich bestätigt werden kann: Für diesen Fall ordnet § 29 Satz 4 RStV zwingend und ohne Alternative den Widerruf der Zulassung an.

Die Fragwürdigkeit der dargestellten Regelung lässt sich an dem – bislang rein hypothetischen – Fall aufzeigen, dass eine Änderung, die gleich nach Anmeldung vollzogen wird, dem Veranstalter vorherrschende Meinungsmacht einräumt und zugleich das Verfahren durch Nichtvorlage entscheidungsrelevanter Unterlagen oder in anderer Weise planmäßig verzögert wird. Hier herrscht ein Zustand, der materiell dem Verfassungsrecht widerspricht und zudem mit dem – wiederum in der Verfassung verankerten – Gebot einer wirksamen präventiven Fusionskontrolle unvereinbar ist. Gegenüber dieser Situation erweisen sich Landesmedienanstalten und Kommission als weitgehend machtlos. Deshalb sollte der Rundfunkstaatsvertrag nach dem Vorbild der präventiven Fusionskontrolle im GWB klarstellen, dass geplante und angemeldete Änderungen vor der Bestätigung ihrer Unbedenklichkeit nicht vollzogen werden dürfen, und er sollte dieses Verbot mit der Rechtsfolge der schwebenden Unwirksamkeit sanktionieren.

➤ Reformvorschlag

Der Rundfunkstaatsvertrag hat zwar eine präventive Kontrolle von Beteiligungsveränderungen eingeführt, sieht aber kein Vollzugsverbot für kontrollpflichtige Beteiligungsveränderungen vor. Nach dem Vorbild der präventiven Fusionskontrolle im GWB empfiehlt die KEK, ein Vollzugsverbot in den Rundfunkstaatsvertrag aufzunehmen. Die Kommission hat deshalb keine Einwände gegen eine Regelung, die vorsähe, dass die Entscheidung über die Unbedenklichkeit spätestens drei Monate nach dem Zeitpunkt ergeht, in dem der Kommission alle erforderlichen Informationen vorliegen und die Vollständigkeitserklärung abgegeben worden ist.

## IV Medienkonzentrationskontrolle im internationalen Vergleich

### 1 Zum Sinn und Zweck vergleichender Überlegungen

79. Im Zuge des Fortschritts in der Medientechnologie zeigen sich die Grenzen eines rein wettbewerbsrechtlichen Ansatzes zur Sicherung der Meinungsvielfalt: Presse, Hörfunk und Fernsehen arbeiten auf weithin getrennten Märkten, trotzdem kann ihre unternehmerische Bündelung, vor allem die Mehrfachverwertung digitalisierter Inhalte, die Meinungsvielfalt beeinträchtigen. Die damit aufgeworfenen Fragen der Rechts- und Verfassungspolitik werden wenn nicht verschärft, so doch neu akzentuiert durch aktuelle Entwicklungen. Daraus und aus der Konvergenz der Übertragungswege ergeben sich wiederum neue unternehmerische Formationen, die sich zunehmend über Landes- und Staatsgrenzen hinwegsetzen und damit in den Anwendungsbereichen mehrerer Rechtsordnungen tätig werden. Aus diesen Gründen erscheint es unerlässlich, einen Blick auf die Instrumente und Regelungen zu werfen, mit denen unsere wichtigsten Nachbar- und Partnerstaaten den einschlägigen Problemen entgegentreten. Der Vergleich wird auf Großbritannien, Frankreich, Italien und die USA beschränkt.

### 2 Der Ertrag der rechtsvergleichenden Befunde

80. Der Vergleich des Konzentrationsrechts der in die Untersuchung einbezogenen Länder konfrontiert prima facie mit einer beachtlichen Fülle von Regelungsansätzen. Das gilt vor allem für die horizontale Konzentration. Zu ihrer Eindämmung finden sich Begrenzungen mehrfacher Lizenz- oder Programmträgerschaft (Frankreich, Italien), mehrfacher Beteiligungen (Frankreich), der erreichbaren Haushalte (USA) oder Zuschauerschaft (Großbritannien) oder der erzielten Umsatzerlöse (Italien). Das französische Recht schreibt für eine nationale Lizenz eine Anbietergemeinschaft vor und bedient sich damit eines binnenpluralistischen Steuerungselements, das sich in Deutschland als eher fragwürdig erwiesen hat. Auch gegenüber der vertikalen Integration lässt sich kein einheitliches Vorgehen feststellen. Nur in Italien gibt es quantitative Beteiligungsschranken für Werbeagenturen und Programmzulieferer. In den anderen Ländern sind die Verknüpfungen zwischen den Gliedern der Produktions- und Distributionskette nur dann relevant, wenn sie die Form der Beherrschung des Veranstalters annehmen und damit einen Zurechnungstatbestand erfüllen. Deutliche Unterschiede sind auch im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Implikationen festzustellen. Allein in Großbritannien spielen der Gesetzgebung übergeordnete Normen bislang so gut wie keine Rolle. In den USA sind zahlreiche Elemente der Rundfunkregulierung im

Allgemeinen und der Konzentrationskontrolle im Besonderen verfassungsgerichtlich überprüft und in aller Regel als mit den Kommunikationsgrundrechten vereinbar befunden worden. In Frankreich und Italien beruht die Konzentrationskontrolle – ähnlich wie in Deutschland – auf den für die Legislative verbindlichen Vorgaben, die die Verfassungsrechtsprechung aus den Grundrechten der Meinungs- und Rundfunkfreiheit abgeleitet hat. Anders als in den USA überlebt in den europäischen Ländern ein professionellen Standards der Funkpublizistik verpflichtetes System des öffentlich-rechtlichen Rundfunks oder Public Broadcasting Service (PBS), das weiterhin auf erhebliche Resonanz bei den Empfängern stößt; die Einschaltquoten reichen von einem Drittel bis zur Hälfte. Dieser Umstand gilt aber nirgendwo als ein Grund, die Konzentrationskontrolle des kommerziellen Rundfunks abzumildern oder gar aufzugeben.

81. Auffälliger sind indessen die Gemeinsamkeiten im instrumentellen Bereich. Alle untersuchten Rechtsordnungen kennen Transparenzgebote und Zurechnungsvorschriften, die die Umgehung der materiellen Regeln durch Verflechtungsstrategien oder Strohmankonstruktionen verhindern sollen. Wichtiger ist freilich die Übereinstimmung im Grundsätzlichen. Zentral ist die Einsicht, dass sich alle in den Vergleich einbezogenen Rechtsordnungen ein spezielles Recht der Konzentrationskontrolle geschaffen haben, das generell an den Rundfunk anknüpft und sich insbesondere mit dem Fernsehen befasst. Deshalb empfängt die vor allem von den primär betroffenen Medienkonzernen regelmäßig erhobene Forderung, das Recht der Medienkonzentrationskontrolle abzuschaffen und durch das allgemeine Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu ersetzen, aus dem Rechtsvergleich keinerlei Unterstützung. Es ist vielmehr bemerkenswert, dass alle untersuchten Länder Regeln zur Eindämmung vorherrschender Meinungsmacht durch Cross-Ownership, insbesondere durch die Verflechtung von Rundfunk und Presse, geschaffen haben. Der damit angestrebte Regelungszweck der Erhaltung der Meinungsvielfalt lässt sich mit dem bestehenden Instrumentarium des Kartell- und Fusionskontrollrechts nicht erreichen, da Presse und Rundfunk zumindest im Regelfall auf unterschiedlichen Märkten operieren. Die Vorschriften zur Eindämmung der horizontalen Konzentration und der Medienverflechtung können mittlerweile zum Gemeinrecht nicht nur der europäischen, sondern aller hoch entwickelten Rundfunkordnungen gezählt werden.
82. Der Rechtsvergleich bestätigt auch nicht die Klage, die deutschen Medienunternehmen würden durch die Konzentrationskontrolle in besonderem Maße gehemmt, während ihre ausländischen Kollegen durch die Deregulierung ihres heimischen Rundfunkrechts zunehmend an Bewegungsraum gewinnen. Zwar ist es richtig, dass in den USA und in Großbritannien die überlieferten Regeln teilweise gelockert worden sind. Aber das ist in beiden Ländern von einem Niveau wesentlich höherer Regelungsdichte aus geschehen. In Großbritannien führt die Aufteilung des Rundfunkmarktes in Regionen von vornherein zu erheblichen Beschränkungen; es wird befürchtet, dass sie die Entstehung international konkurrenzfähiger Unternehmen behindert. Auch in den USA bewirkt die Tradition einer strikt lokalen Rundfunkzulassung weithin eine Segmentierung der Märkte, die durch die Networks und die konglomeraten Unternehmenszusammenschlüsse nur teilweise überbrückt wird. Dort geht es vor allem darum, das Regelungsgefälle zwischen den unterschiedlichen Verbreitungsformen abzumildern; dazu bedarf es der Deregulierung des terrestrisch übertragenen Rundfunks und zugleich einer gewissen Regulierung der

Satelliten- und vor allem der Kabelverbreitung, wie sie durch die Einführung der Must Carry Rules erfolgt ist.

83. Im nunmehr gefestigten Bereich der Konzentrationskontrolle ist vielmehr festzustellen, dass Deutschland – zusammen mit Italien – nicht nur ein besonders hohes Maß an Konzentration aufzuweisen hat, sondern der weiteren Expansion der großen Medienkonzerne auch die geringsten Barrieren entgegengesetzt. Die folgenden Aspekte fallen besonders ins Auge:
- 1) Die Schwelle des Zuschaueranteils von 30 % ist im Vergleich mit anderen Regelungen sehr hoch. Für Großbritannien liegt sie bei 15 %. Die USA gehen einen anderen Weg: Dort darf kein Veranstalter eine Lizenz erhalten, die es ihm ermöglichte, mehr als 35 % technische Reichweite zu erreichen; die bundesweite Ausstrahlung von Fernsehprogrammen ist generell unzulässig.
  - 2) Die Regelung im Rundfunkstaatsvertrag weicht auch insoweit von den Normierungen in den Vergleichsländern ab, als sie keine ausdrückliche Eingrenzung der konglomeraten oder diagonalen Konzentration, d. h. der Cross-Ownership, vorsieht. Zwar sind gemäß § 26 Abs. 2 RStV die medienrelevanten verwandten Märkte zu berücksichtigen; dabei geht es aber zuerst darum, dass die Vermutung vorherrschender Meinungsmacht auch bei geringfügiger Unterschreitung der Zuschaueranteile von 30 % greifen kann. § 26 Abs. 1 RStV erfasst jedoch die materiell-rechtliche Konkretisierung vorherrschender Meinungsmacht.
  - 3) In Deutschland wird die Ermittlung der konzentrationsrechtlich relevanten Sachverhalte nicht nur durch die Einbindung der KEK in das Gefüge der jeweils zuständigen Landesmedienanstalt, sondern auch dadurch erschwert, dass ein Informationsaustausch mit dem Bundeskartellamt derzeit nicht möglich ist; ihm stehen die §§ 203 Abs. 2 Ziff. 1 StGB und 24 RStV entgegen. Das französische Recht schreibt diesen Informationsaustausch vor. In den USA gestattet der Antitrust Civil Process Act dem Department of Justice, den Inhalt von Dokumenten, die im Rahmen seiner Ermittlungen verlangt worden sind, anderen Behörden zur Verwendung in den bei ihnen anhängigen Verfahren mitzuteilen; eine neuere Entscheidung bestätigt, dass dies auch für die FCC gilt. Dieses Beispiel legt die Empfehlung nahe, auch in Deutschland die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass für anhängige Verfahren relevante Informationen zwischen der Kartell- und der Rundfunkaufsicht ausgetauscht werden können.
84. Für die Probleme der vertikalen Integration und der neuen technischen Kommunikations- und Übertragungsformen, insbesondere auch des digitalen Fernsehens, lassen sich dem Vergleich bislang keine Lösungsansätze entnehmen, die hinreichend ausgereift und konsistent erscheinen, um ihre Berücksichtigung bei der notwendigen Weiterentwicklung des deutschen Rechts zu empfehlen. Das gilt auch für die Behandlung des digitalen Fernsehens in Großbritannien: Sie ist interessant und beeindruckend, bietet sich für eine Übernahme nach Deutschland aber schon deshalb nicht an, weil es hier nicht so sehr um die digitale terrestrische Verbreitung, sondern um den Ausbau der digitalen Kabelnetze geht. Bemerkenswert ist schließlich auch, dass es noch keinem Land gelungen ist, einen Regelungsansatz zu erarbeiten, der die Konvergenzentwicklung erfasst und regulativ verarbeitet. Auch im Lichte der Rechtsvergleichung ist das Postulat, das Niveau der Konzentrationskontrolle wegen der Konvergenz bislang getrennter Technologien und Dienste abzusenken, vorerst nicht plausibel.

# Kapitel I

## Medienkonzentration und die Sicherung der Meinungsvielfalt

### 1 Konzentration im privaten Rundfunk und auf medienrelevanten verwandten Märkten

Die verfassungsrechtlich geprägte und gesetzgeberisch konkretisierte Ordnung des Rundfunks bildet den Rahmen, innerhalb dessen sich Wettbewerb und Konzentration im Rundfunk entwickeln. Der von der KEK zu erstellende Bericht soll sich auf Konzentration und Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk beziehen. Eine Voraussetzung von Meinungsvielfalt ist publizistischer und wirtschaftlicher Wettbewerb. Seine Wirksamkeit hängt hauptsächlich ab von der Zahl der wirtschaftlich und publizistisch selbständigen privaten Veranstalter, von den Bedingungen des Zugangs zum Rundfunk und von der durch die Programmangebote bestimmten Rivalität um die Gunst der Zuschauer. Zuschaueranteile sind ein nach dem Rundfunkstaatsvertrag wesentliches Indiz für vorherrschende Meinungsmacht. Sie unterscheiden sich von Marktanteilen, wie sie im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen anhand des relevanten Marktes ermittelt werden. Bei Finanzierung des Fernsehens durch Werbung oder Gebühren weisen die Programme Merkmale eines öffentlichen Gutes im ökonomischen Sinne auf.<sup>1</sup> Die Programmanbieter haben nämlich keine Möglichkeit, Teilnehmer von der Nutzung ausgestrahlter Programme auszuschließen. Auch hat die individuelle Nutzung keine Auswirkungen auf die Verfügbarkeit desselben Gutes für andere Nutzer (Nichtrivalität). Ferner sind die dem Veranstalter entstehenden Kosten unabhängig von dem Ausmaß, in dem das Programm genutzt wird. Unter diesen Bedingungen entfällt, wie das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, das Korrektiv des Marktpreises.<sup>2</sup> Dies ist zugleich der Grund, aus dem die Kategorien des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen nicht geeignet sind, den mit Hilfe des Programmangebots geführten Wettbewerb zwischen privaten Veranstaltern und mit öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu erfassen. Die wettbewerbsrechtliche Konzentrationskontrolle knüpft an marktbeherrschende Stellungen an. Sie werden anhand des relevanten Marktes auf der Grundlage von Bedarfsmärkten ermittelt. Mit dem Bedarfsmarkt sollen die Wahlmöglichkeiten festgestellt werden, die dem Verbraucher für die Befriedigung eines bestimmten Bedarfs zur Verfügung stehen. Spiegelbildlich ergeben sich daraus die Marktanteile der Anbieter und die vom Wettbewerb nicht oder nicht ausreichend kontrollierten Verhaltensspielräume. Weil diese Wechselwirkungen von Angebot und Nachfrage beim werbefinanzierten und gebührenfinanzierten Rundfunk entfallen, knüpft der Rundfunkstaatsvertrag an Zuschaueranteile an. Damit ist der für publizistischen Wettbewerb und die rundfunkspezifische Konzentrationskontrolle letztlich

---

1 Näher dazu Mestmäcker, Ernst-Joachim: 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.

2 Vgl. BVerfGE 90, 60, 102.



ausschlaggebende Bereich gekennzeichnet, den das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen mit den Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen nicht erfasst.

Ein unmittelbarer über Marktpreise vermittelter Zusammenhang zwischen Angebot und Nachfrage besteht nur im Pay-TV. Finanziert sich ein Veranstalter durch Werbung, so entsteht ein Verbund zwischen dem Programmangebot des Veranstalters und den von ihm gegen Entgelt verbreiteten Werbebotschaften. Auf dem gesonderten Markt für Fernsehwerbung besteht die Leistung des Veranstalters darin, dass er die sein Programm nutzenden Zuschauer für die Wahrnehmung von Werbebotschaften zur Verfügung stellt. Hier konkurrieren die Veranstalter mit Hilfe ihrer Programme zugleich um die Gunst der Zuschauer und um die Nachfrage der werbenden Wirtschaft. Für das werbende Unternehmen steigt der Wert des Produktes „Zugang zum Zuschauer für Werbebotschaften“ mit der Zahl der möglichen Werbekontakte.

Auf den genannten Märkten werden der Zugang zum Markt und der Inhalt der Programme nach Maßgabe des Rundfunkrechts der Länder und des Rundfunkstaatsvertrages beaufsichtigt. Die Aufsicht dient u. a. dem Zweck, Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten, die mit den Erfordernissen von Meinungsvielfalt vereinbar sind. Maßnahmen gegen vorherrschende Meinungsmacht sind ein Teil dieser Aufsicht. Die Faktoren, die auf Wettbewerb und Konzentration im privaten Rundfunk einwirken, lassen sich jedoch nicht danach isolieren, ob es sich um wirtschaftlichen oder publizistischen Wettbewerb handelt. Das gilt zunächst für den Rundfunk selbst. Im publizistischen Wettbewerb soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk ein Gegengewicht gegen den privaten Rundfunk bilden. Auch dieser Wettbewerb ist publizistischer und wirtschaftlicher Wettbewerb zugleich. 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 im Handel mit und in der Nachfrage nach Programmrechten. Die Rundfunkgesetzgebung erlaubt oder fördert die Kooperation von öffentlich-rechtlichen und privaten Veranstaltern.

Der Rundfunk und insbesondere das Fernsehen als „Leitmedium“ ist ein wichtiger Faktor der Meinungsbildung in der Gesellschaft. Auch in dieser Rolle lässt sich der Rundfunk nicht von anderen Medien isolieren. Die Printmedien und der Film konkurrieren mit dem Rundfunk um das Zeitbudget der Bürger durch das Angebot von „Meinungen“; Meinungen sind in diesem Zusammenhang alle Informationen, die dem Bürger durch vermittelnde Organisationen angeboten werden. Daraus entsteht der intermediäre Wettbewerb. Auch dieser Wettbewerb ist publizistischer und wirtschaftlicher Wettbewerb zugleich. Er erfasst den Rundfunk unabhängig von seiner Binnenverfassung, unabhängig zunächst auch davon, ob andere Informationsanbieter diesen Wettbewerb in ihren Planungen in Rechnung stellen. Erfahrener Wettbewerb wird jedoch notwendig zum Gegenstand unternehmerischer Strategien. Die Vielfalt der Medienmärkte, auf denen die Großunternehmen unter den privaten Fernsehveranstaltern tätig sind, verweist auf solche strategischen Möglichkeiten.

Ob die medienrelevanten Märkte mit den Fernsehmärkten *verwandt* sind, lässt sich anhand des Zusammenhangs mit den verschiedenen Bereitstellungsebenen des Fernsehens ermitteln. Besonders zu berücksichtigen sind die Märkte, zu denen sich Verbindungen durch die verschiedenen Entgeltsysteme des Fernsehens ergeben. So bestehen zwischen der Fernsehwerbung und der Anzeigenwerbung in den Printmedien Wettbewerbs- und Komplementärbeziehungen. Die technischen Erfordernisse von Pay-TV (Verschlüsselung, Entschlüsselung, Teilnehmererfassung und Abrechnung mit Hilfe von Decodern; Conditional-Access-System) führen zu wettbewerbsrelevanten Zusammenhängen mit dem Angebot von Telekommunika-



tionsdiensten, die auf denselben Zugang zum Endverbraucher angewiesen sind. Die technische Überlegenheit des Breitbandkabels für die Übertragung von Video verschafft den Kabelbetreibern eine strategische Position für die Vermittlung des Zugangs von Fernsehveranstaltern zum Zuschauer, und zwar im Pay-TV ebenso wie im werbefinanzierten und gebührenfinanzierten Fernsehen.

Für die Wirtschaftsbereiche, von denen die Wirkungen des intermediären Wettbewerbs ausgehen, gelten Ordnungsprinzipien, die sich von denen des Rundfunks unterscheiden. Das gilt für Gesetzgebungszuständigkeiten, grundrechtliche Gewährleistungen und Regeln des Wettbewerbs. In der Presse soll Meinungsvielfalt hauptsächlich durch wirtschaftlichen Wettbewerb und die Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gewährleistet werden. In der Telekommunikation soll Wettbewerb durch Regulierung gefördert werden. Ferner sind flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten (§ 1 TKG). Die sich daraus für das Verhältnis von Rundfunk und Recht ergebenden Fragen werden nicht allgemein, sondern in der Begrenzung auf die Schnittstellen behandelt, die sich in der Anwendung des Rundfunkstaatsvertrages ergeben.

## **2 Wirtschaftliche Konzentration und publizistische Vielfalt**

Vorherrschende Meinungsmacht als Maßstab der Konzentrationskontrolle kann nicht inhaltlich bestimmt werden. Dem steht die Meinungsfreiheit als eine für private Fernsehveranstalter geltende Grundlage der Rundfunkfreiheit entgegen. Das Ziel, gleichgewichtige Meinungsvielfalt, kann deshalb nur verfolgt werden, indem man Voraussetzungen schafft, unter denen verschiedene Stimmen die Chance erhalten und behalten, möglichst gleichgewichtig gehört zu werden. Über diese Voraussetzungen muss unter Berücksichtigung der technischen, ökonomischen und kommunikativen Eigenarten und der finanziellen Erfordernisse des Rundfunks entschieden werden. Sind mehrere Veranstalter zugelassen, so lässt sich ein annäherndes Gleichgewicht der Stimmen nicht mehr unter Begrenzung auf die Erfordernisse publizistischen Wettbewerbs gewährleisten. Die Bedingungen, unter denen privater Rundfunk veranstaltet wird, führen zu wirtschaftlichem Wettbewerb und den damit verbundenen Chancen und Risiken. Zu den Risiken gehören ausgeprägte Tendenzen zur Unternehmenskonzentration. Auch garantiert der wirtschaftliche Wettbewerb keine publizistische Vielfalt. Ein verfassungspolitisches Risiko privaten Rundfunks besteht vielmehr darin, dass der wirtschaftliche Wettbewerb im Programmangebot zur Homogenität des Banalen führen kann, falls dadurch die Akzeptanz der Werbeprogramme erhöht werden sollte. Gleichwohl dienen Maßnahmen gegen vorherrschende Meinungsmacht, die sich neben Zuschaueranteilen an den Tatbeständen der Marktbeherrschung auf verwandten Märkten orientieren, zugleich dem Schutz gleichgewichtiger Meinungsvielfalt im publizistischen Wettbewerb. Die Chance zu unabhängiger, auch kontroverser Meinungsbildung im Wettbewerb ist größer, wenn Veranstalter wirtschaftlich voneinander unabhängig sind. Noch wichtiger ist, dass einseitig gleichschaltende Manipulation unter Bedingungen wirtschaftlicher Rivalität, sei es auch der Rivalität im Oligopol, mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen ist.

## 3 Erscheinungsformen und Ursachen der Medienkonzentration

### 3.1 Überblick

In der Konzentrationsforschung unterscheidet man ebenso wie im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen horizontale, vertikale und konglomerate Konzentration. Mit Hilfe der horizontalen Konzentration sollen die Wettbewerbsverhältnisse auf derselben Wirtschaftsstufe erfasst werden. Im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen dient dem die Abgrenzung des relevanten Marktes. Der höchste Grad horizontaler Konzentration ist das Monopol. Unter vertikaler Konzentration versteht man die Verbindung aufeinander folgender Wirtschaftsstufen innerhalb eines Unternehmens. In der Regel sind auf den einzelnen Wirtschaftsstufen auch einstufige Unternehmen tätig. Daraus entstehen die besonderen Probleme des Wettbewerbs zwischen verschiedenen integrierten Unternehmen, wenn das integrierte Unternehmen auf einer oder auf mehreren Stufen zugleich Lieferant oder Abnehmer seiner einstufigen Wettbewerber ist. Beispiele im Rundfunk sind die Verbindung von Programmproduktion, Handel mit Programmrechten und Veranstaltung von Rundfunksendungen.

Diagonale oder konglomerate Konzentration liegt vor, wenn ein Unternehmen auf Märkten tätig ist, deren Produkte weder von der Produktions- noch von der Absatzseite verbunden sind. In der 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 geringer integrierten Unternehmen über einen vom Wettbewerb

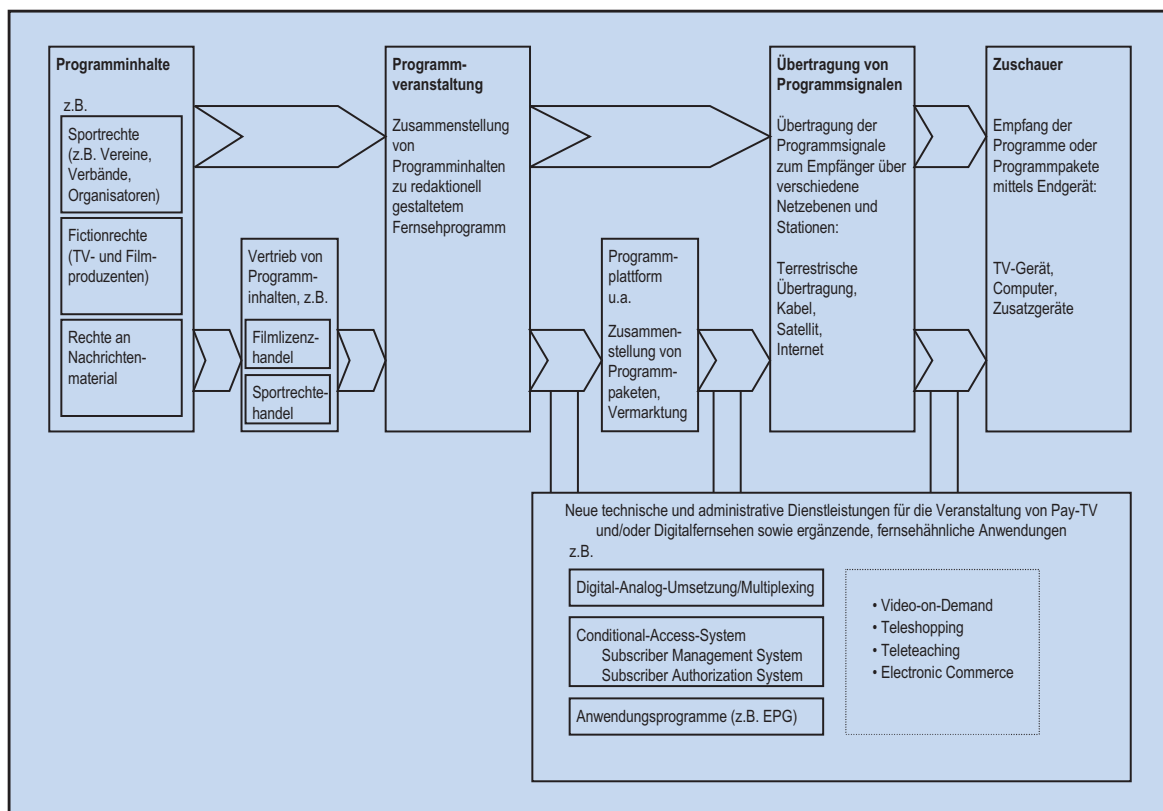


Abbildung I-1: Bereitstellungsebenen für das Fernsehen

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. In der Medienkonzentration ist davon die Frage zu unterscheiden, ob sich der publizistische Einfluss eines konglomeraten Medienunternehmens bündeln lässt.

Ein schematischer Überblick über die Bereitstellungsebenen des Fernsehens bietet ein Gerüst für die Darstellung von Erscheinungsformen und Ursachen der Konzentration (s. Abb. I-1).

Die Bereitstellungsebenen sind durch Märkte verbunden, auf denen die für die Zwecke des Fernsehens notwendigen Leistungen erbracht werden. Beim Zuschauer sind zusätzlich die verschiedenen Entgeltsysteme zu berücksichtigen. Wäre ein Unternehmen auf allen genannten Ebenen tätig, so handelte es sich um ein vollständig vertikal integriertes Unternehmen. Die einzelnen Ebenen weisen jedoch verschiedene Grade der horizontalen Konzentration auf. *Medienrelevante verwandte Märkte* ergeben sich, wenn man nach Wechselwirkungen zwischen den auf einzelnen Bereitstellungsebenen tätigen Unternehmen und deren Wettbewerbern oder Vertragspartnern fragt.

### 3.2 Horizontale Konzentration

Im Mittelpunkt der Konzentration im privaten Fernsehen stehen die Programmveranstalter. Hier werden Konzentrationstendenzen durch die folgenden Umstände begünstigt:<sup>3</sup>

- **Kontaktkostendegression**  
Die Programmkosten pro Zuschauer sind für einen Veranstalter umso geringer, je höher seine Zuschauerreichweite ist. Dieser Kontaktkostenvorteil verschafft dem reichweitenstärksten Veranstalter Vorteile im Qualitäts- und Preiswettbewerb gegenüber seinen Konkurrenten. Theoretisch weist die Kontaktkostendegression eine Tendenz hin zur monopolistischen Marktbeherrschung auf. Es bestehen jedoch nicht die Bedingungen eines natürlichen Monopols, bei dem die Versorgung der Zuschauer durch einen einzelnen Anbieter stets kostengünstiger ist als durch zwei oder mehr Anbieter. Diese Voraussetzung ist auch nicht annähernd erfüllt.
- **Werbeeinnahmen-Reichweiten-Spirale**  
Aufgrund der Zusammenhänge zwischen Zuschauer und Werbemarkt führen höhere zielgruppenspezifische Reichweiten zu höheren Werbeerlösen. Reichweitenvorteile ergeben sich ähnlich wie in der Presse daraus, dass die Preise für Werbung unter Berücksichtigung der Zahl der erwarteten Werbekontakte berechnet werden (Tausenderpreise). Die Reichweiten bestimmter Programme und ihre Wirksamkeit für Werbebotschaften lassen sich zielgruppenspezifisch optimieren. Die Veranstalter mit den höchsten Reichweiten werden zusätzlich dadurch begünstigt, dass Werbekunden dazu neigen, ihre Werbung bei Spitzenanbietern zu konzentrieren. Die Vorteile aufgrund der Kontaktkostendegression werden aufgrund dieses Spiraleffekts nochmals verstärkt.
- **Hoher Kapitalbedarf bei hohem Investitionsrisiko der Programmveranstaltung** folgt daraus, dass jedes Programm eine „Innovation“ darstellt.

Die genannten Ursachen begünstigen die Bildung von Anbietergemeinschaften, von Programmfamilien oder Senderketten.

---

<sup>3</sup> Ausführlich zu den Konzentrationsursachen im Rundfunk: Mailänder, Peter: Konzentrationskontrolle zur Sicherung von Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk, Baden-Baden 2000, S. 145 ff., S. 165 ff.

Diese Konzentrationstendenzen haben aber nicht nur ökonomische Ursachen. Zur Schaffung von horizontalen Anbietergemeinschaften hat nach verbreiteter Auffassung das alte Medienkonzentrationsrecht beigetragen. Als unmittelbare Regulierungsfolge sind ferner eine Reihe lokaler Hörfunkmonopole und lokaler Cross-Ownerships zwischen Print- und Hörfunkanbietern anzuführen.

### 3.3 Vertikale Integration

Der Verbund zwischen der Inhalteproduktion und der Veranstalterebene wird durch folgende Umstände begünstigt:

Die Produktion von fiktionaler Unterhaltung ist mit einem hohen Dispositions- und Erfolgsrisiko verbunden. Deshalb trifft die Tendenz zur horizontalen Konzentration auf der Ebene der Inhalteproduzenten mit der Vorwärtsintegration zusammen, um eine optimale Verwertung zu sichern. Gelingt den Inhalteanbietern die Überwälzung der Risiken auf die Programmveranstalter (z. B. durch Paketverkäufe mit attraktiven und unattraktiven Rechten), so entstehen zusätzlich Anreize zum Aufbau von Senderketten oder Veranstalterkooperationen (Programmtausch) oder zur Zusammenfassung verschiedener Verwertungsstufen.

Attraktive Medieninhalte sind knapp und nicht beliebig vermehrbar. Daher lassen sich hohe Knappheitsrenten erzielen. Attraktive Inhalte sind für Veranstalter wesentliche Parameter im Qualitätswettbewerb. Daraus entstehen Anreize zur Rückwärtsintegration der Veranstalter in den Produktionsbereich, um das Beschaffungsrisiko zu reduzieren und Knappheitsrenten zu internalisieren. Zunehmende Rückwärtsintegration der Veranstalter kann Konkurrenten zu Folgefusionen veranlassen, wenn sie befürchten, bei Inhaltenachfrage nicht mehr zum Zuge zu kommen.

Die vertikale Integration von Veranstaltern und Anbietern von Übertragungswegen wurde während der Geltung des staatlichen Fernmeldemonopols, das sich auf alle Vorrichtungen zur elektronischen Übermittlung jeder Art von Daten erstreckte, als wirtschaftlich nicht beeinflussbares Datum hingenommen. Die ausschließliche Nutzung von Sendefrequenzen und Kabelsystemen durch die öffentlich-rechtlichen Anstalten war selbstverständlich, solange sie über eine Alleinstellung verfügten. An die Stelle der von Monopolen gewährleisteten großen Ruhe ist ein von Deregulierung und technischem Fortschritt getriebener dynamischer Entwicklungsprozess getreten. Die Konzentration im Fernsehen ist von diesem Prozess, der häufig mit dem Begriff der Konvergenz gekennzeichnet wird, in besonderer Weise betroffen. Die verschiedenen elektronischen Übertragungswege waren traditionell mit bestimmten Dienstleistungen verbunden, die von den Institutionen der Individual- und Massenkommunikation erbracht wurden. Im Zuge der Digitalisierung sind Sendefrequenzen und die erdgestützten Kommunikationsnetze multifunktional geworden. Knapp sind nicht mehr die Übertragungsmöglichkeiten, knapp und umkämpft ist der für alte und neue Dienstleistungen gleich wichtige Zugang zum Endverbraucher. Wer über diesen Zugang verfügt, ist als *Gatekeeper* in einer strategischen Position. Er kontrolliert den Zugang zum Markt und beeinflusst schon dadurch die Chancen von aktuellen und potentiellen Wettbewerbern. Darüber hinaus ist er in einer überlegenen Position für die Entwicklung und das Angebot neuer Dienste.

Über eine Schlüsselposition verfügt der Inhaber der erdgestützten Kommunikationsnetze, des Fernmeldenetzes und des Kabelnetzes, die beide unmittelbaren Zugang zu Hausanschlüssen haben. Diese Netze und ihre Zugänge werden im Zeichen der Konvergenz für neue Dienste nutzbar und verstärken sich gegenseitig. Wer beide Netze betreibt, ist in der Lage, ihre Ent-

wicklung unter Abstimmung auf überwiegende unternehmerische Eigeninteressen in einem der Netze zu steuern. Die EG-Kommission fordert deshalb die Trennung der Fernmeldenetze vom Breitbandkabel und die Aufhebung der ausschließlichen Nutzung der Kabelnetze für Video. Auf diese Weise soll Wettbewerb in der Sprachkommunikation auch in den Ortsnetzen ermöglicht werden.<sup>4</sup> Die Deutsche Telekom nutzt ihre Position im Breitbandkabel, um eine eigene Pay-TV-Plattform (MediaService) und eine eigene Dienstleistungsplattform aufzubauen.

Im privaten Fernsehen hat die Verbindung des Kabelnetzes mit der auf Mehrwegkommunikation angelegten digitalen Pay-TV-Technik (Conditional-Access-System; s. S. 220 ff.) zu einer kommunikativen Schlüsselposition für die Deutsche Telekom und die KirchGruppe geführt. Im Gemeinschaftsunternehmen BetaResearch hatten sich die KirchGruppe und CLT-UFA zum Betrieb eines Pay-TV-Systems auf der Grundlage der Kirch-Technik zusammengeschlossen. Das Gemeinschaftsunternehmen wurde von der EG-Kommission untersagt.<sup>5</sup> Erhalten geblieben ist jedoch die vertragliche Bindung der Deutschen Telekom an die patentrechtlich geschützte Kirch-Technik, insbesondere an den D-box-Decoder. In Verbindung mit einem Fernsehgerät ermöglicht der Decoder den Empfang aller digital übertragenen Informationen, unabhängig davon, ob die Übertragung durch Kabel, über Satellit oder terrestrisch erfolgt. Hat sich ein solches System einmal etabliert, so ist es außerordentlich schwer, ein konkurrierendes System durchzusetzen.

### 3.4 Konglomerate Medienkonzentration

Intermediäre Verbundvorteile (*Economies of Scope*) erklären Verbindungen zwischen medienrelevanten verwandten Märkten. Zu den Verbundvorteilen gehören die multimediale Mehrfachnutzung gleicher Inputs (Recherche), insbesondere der Zulieferungen von Nachrichtenagenturen und der Leistungen von Korrespondentennetzen. Vor allem bei der redaktionellen Verarbeitung von Informationen und journalistischem Know-how kommen Inputs zum Einsatz, die für die Erstellung mehrerer Medienprodukte verwertet werden können. Verbundvorteile folgen auch aus einer gemeinsamen Werbung, z. B. bei einem regionalen Anzeigenverbund von Radio und Zeitung oder bei einem überregionalen Verbund für regionale und lokale Werbung und bei medienübergreifender Verkaufswerbung (*Cross-Promotion*).<sup>6</sup>

Begegnen sich diversifizierte Medienkonzerne auf verschiedenen Märkten, so kann friedliches Verhalten und Verzicht auf wettbewerbliche Vorstöße rational sein, wenn man Gegenmaßnahmen auf anderen Märkten in Rechnung stellt. Kooperationen in wichtigen unternehmerischen Teilbereichen haben die Tendenz, auf andere Märkte auszustrahlen (Gruppeneffekt).

---

4 Mitteilung der Kommission betreffend die Bereitstellung von Telekommunikations- und Kabelfernsehnetzen durch ein und denselben Betreiber sowie die Aufhebung der Beschränkungen bei der Nutzung von Telekommunikationsnetzen für die Bereitstellung von Kabelfernsehkapazität – Wettbewerbsrechtliche Gesamtbeurteilung, ABl. vom 07.03.1998, C 71/4; auch: EG-Kommission, Kommunikationsbericht 1999, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Ministerrat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen; Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste, Version 4, S. VI.

5 Vgl. Entscheidung vom 27.05.1998, Sache Nr. IV/M.993 – Bertelsmann/Kirch/Premiere und Entscheidung vom 27.05.1998, Sache Nr. IV/M.1027 – Deutsche Telekom/BetaResearch.

6 Vgl. Mailänder, Peter: Konzentrationskontrolle a. a. O., S. 171.

### 3.5 Digitalisierung und Konvergenz

Wesentliche Entwicklungen in den nationalen und internationalen Medienmärkten werden mit dem Schlagwort der „Konvergenz“ umschrieben. In der Anwendung auf elektronische Medien und Telekommunikation handelt es sich im Wesentlichen um die technischen Veränderungen, die sich im Verhältnis zwischen der die Netze kennzeichnenden Übermittlungstechnik und den mit Hilfe dieser Technik übertragenen Signalen ergeben haben. Die Netze der Telekommunikation wurden ursprünglich für die Übermittlung bestimmter Signale entwickelt und waren auf die dadurch definierte Kommunikation beschränkt: das Telefonnetz auf die Übermittlung von Sprache, das Breitbandnetz auf die Übermittlung von Videosignalen. Auf dieser Grundlage entwickelten sich die Organisation für den Betrieb und die unternehmerische Nutzung der Netze. Daraus folgte die zunächst technisch definierte Einheit des Transportnetzes und der mit seiner Hilfe übermittelten Signale. *Conduit* und *Content* fielen zusammen.<sup>7</sup> Rechtlich relevant werden die mit Konvergenz umschriebenen Entwicklungen, wenn und soweit die tradierten Techniken die Grundlage für ihre rechtliche Regulierung bilden, wie es exemplarisch im Verhältnis von Rundfunk und Telefonnetzen zutrifft. So wurde die der internationalen Regulierung widersprechende Nutzung von Fernmeldesatelliten für die Zwecke des Fernsehens als Konvergenz beschrieben. Im Anschluss an die zunächst technisch, dann regulierungsrechtlich definierte Konvergenz werden auch die neuen Formen unternehmerischer Nutzung der neuen Techniken als konvergent gekennzeichnet. Die dezentrale Datenverarbeitung führte zur Symbiose von Kommunikation, Datenspeicherung, Datenverarbeitung und Datenübertragung. Die digitale Datenkompression erhöht die Übertragungskapazitäten auch im Medienbereich und hat zur unternehmerischen Integration von Programmproduktion, Übertragungswegen, Veranstaltung von Rundfunk und interaktiver Nutzung der Programme geführt. Das Internet hat diese Tendenz dramatisch verstärkt. Der Zusammenschluss von AOL und Time Warner ist dafür repräsentativ. Vorhersagen über die Veränderungen, die sich daraus für die Medienkonzentration ergeben, sind jedoch weitgehend spekulativ. Die Möglichkeiten der interaktiven Kommunikation im Internet führen ganz überwiegend zu erhöhter Verfügbarkeit von Informationen und zu neuen Formen der Individualkommunikation. Mit der weltweiten Verfügbarkeit von Informationen und Kommunikationen ist die für die Mediennutzung und die Medienregulierung bisher

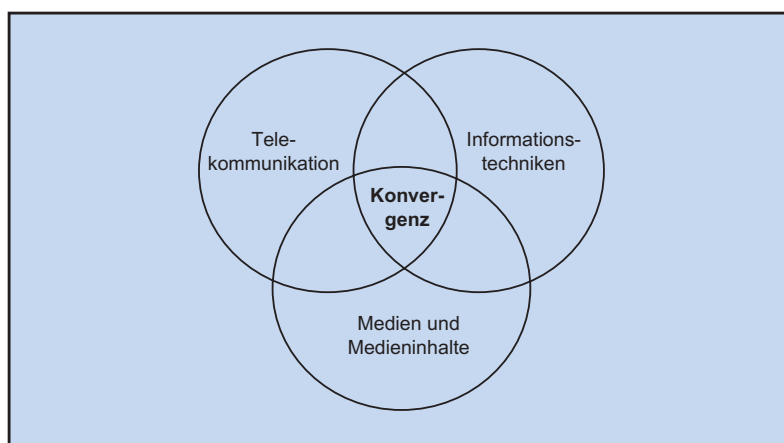


Abbildung I-2: Schnittstellen von Medien und Medieninhalten, Telekommunikation und Informationstechniken<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Grundlegend Schnurr, Lewis: Conduit-Content Convergence: Its Causes and Effects, in: Mestmäcker (Ed.), The Law and Economics of Transborder Telecommunications. A Symposium, 1987, S. 157–173.

<sup>8</sup> European Communication Council, in: Die Internet-Ökonomie: Strategien für die digitale Wirtschaft, Berlin u. a. 1999, S. 133.



grundlegende Unterscheidung zwischen Absender und Empfänger entfallen. Die nachhaltige Durchsetzung staatlicher Verhaltensregeln stößt an schwer überwindliche technische Grenzen.<sup>8</sup>

Die skizzierten Entwicklungen führen zu neuen Schnittstellen zwischen den bisher getrennten Bereichen der Medien und Medieninhalte, der Telekommunikation und der Informationstechniken. Sie lassen sich schematisch darstellen (s. Abb. 1-2).

Diese Schnittstellen verweisen auf neue Konstellationen, die auf allen Ebenen der Informationsgesellschaft, der Informationswirtschaft und des Informationsrechts erheblich werden können und häufig als Regulierungskonflikte in Erscheinung treten. Sie erklären auch neue Unternehmenszusammenschlüsse und Allianzen, ohne aber darauf beschränkt zu sein.

Welche Bedeutung dem technischen Fortschritt für die Meinungsvielfalt zukommt, ist erst in Umrissen erkennbar. Die neuen Möglichkeiten der individuellen Teilnahme an interaktiven Kommunikationsprozessen und die größere Zahl der Fernsehveranstalter und der von ihnen angebotenen Programme begünstigen zwar die Meinungsvielfalt, gleichzeitig entstehen aber neue Gefahrenlagen. Die unter der Herrschaft der traditionellen Technik gewachsenen Großunternehmen sind in einer strategisch günstigen Position, auch die neuen Märkte zu besetzen, indem sie den Zugang zum Zuschauer kontrollieren. Die interaktive Digitaltechnik vervielfacht die dem Endkunden unmittelbar zugänglichen Dienste und begründet zugleich die Schlüsselstellung der Unternehmen, die über den Zugang zu den Hausanschlüssen der Kunden verfügen. Schon wegen der begrenzten Akzeptanz der Verbraucher gegenüber mehreren End- oder Empfangseinrichtungen sind die Anbieter von digital vermittelten Diensten auf die gemeinsame Nutzung solcher Einrichtungen angewiesen.

Ein dominierendes Kennzeichen der gegenwärtigen Wettbewerbssituation ist die Rivalität um die Rolle als *Gatekeeper*. Mit der Privatisierung der leitungsgebundenen Übertragungswege ist ihren Inhabern eine für die Meinungsvielfalt ausschlaggebende Rolle zugefallen. In § 53 RStV 2000 sind Regeln für Anbieter von Zugangsdiensten enthalten, die der Herstellung, Vermarktung oder dem Empfang digitaler Datenströme dienen, soweit sie die Nutzung von Fernsehdiensten betreffen. Sie gelten unabhängig davon, welches Übertragungsmedium genutzt wird. Solche Verhaltensregeln sind unerlässlich, und sie verweisen auf Anbieterstrukturen, die durch einen besonders hohen Grad von Macht auf verbundenen Märkten gekennzeichnet sind. Nicht beantwortet ist damit die Frage, ob Verhaltensregeln ausreichen, um den aus solchen Strukturen folgenden Gefährdungen der Meinungsvielfalt wirksam zu begegnen.

## **4 Medienspezifische Konzentrationskontrolle im Rundfunk**

### **4.1 Verfassungsrechtliche Grundlagen für die gesetzliche Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit**

#### **4.1.1 Positive Ordnung des Rundfunks**

Die Konzentrationskontrolle, wie sie gegenwärtig im Rundfunkstaatsvertrag 1997 für bundesweit empfangbare Fernsehprogramme geregelt ist, gehört zu der verfassungsrechtlich gebotenen „positiven“ Ordnung des Rundfunks. Sie soll sicherstellen, dass die Vielfalt der bestehenden

---

<sup>9</sup> Näher dazu Engel, Christoph: The Internet and the Nation State, in: Engel/Keller (Eds.), Understanding the Impact of Global Networks on Local, Social, Political and Cultural Values, 2000, S. 201–260.

Meinungen in möglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet.<sup>10</sup> Die Notwendigkeit dieser positiven Ordnung, die als wesentlich vom Gesetzgeber zu gestalten ist, wurde zunächst mit der Sondersituation des Rundfunks im Vergleich zur Presse begründet: mit der Knappheit der Sendefrequenzen und dem hohen finanziellen Aufwand für die Herstellung und Ausstrahlung von Programmen.<sup>11</sup> Gleiches Gewicht kam jedoch von Anfang an dem Umstand zu, dass die Veranstaltung von Rundfunksendungen in Deutschland „herkömmlich zu den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ gehörte.<sup>12</sup> Diese öffentliche Aufgabe sei in Unabhängigkeit vom Staat und in Unabhängigkeit von gesellschaftlichen Gruppen zu verwirklichen. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten entsprachen dieser Tradition.<sup>13</sup> An der Struktur der öffentlich-rechtlichen Anstalten hat sich die Interpretation der Rundfunkfreiheit als institutioneller Gewährleistung freier und ausgewogener Meinungsbildung im Rundfunk orientiert. Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit ist vor den Gefahren der Konzentration von Meinungsmacht und ihres Missbrauchs zu Zwecken einseitiger Einflussnahme zu schützen.<sup>14</sup> Die öffentlich-rechtlichen Anstalten bieten diese Gewähr jedenfalls „nach der Konzeption dieses Modells“ durch ihre Organisation, insbesondere der Repräsentation der gesellschaftlich relevanten Kräfte in den Rundfunkräten und der Gebührenfinanzierung.<sup>15</sup>

Schon im ersten Fernsehurteil hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass auch private Veranstalter den Erfordernissen der Rundfunkfreiheit genügen können. Die Zulassung privater Rundfunkveranstalter durch die Bundesländer führte dann zur dualen Rundfunkordnung, die durch das Nebeneinander von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und privaten Veranstaltern gekennzeichnet ist. Unter diesen Umständen sind neue organisatorische und materielle gesetzliche Vorkehrungen zum Schutz der Rundfunkfreiheit geboten. Zu den Grundlinien dieser Rundfunkordnung gehört eine „staatsferne externe Kontrolle“, welche die Beachtung der zur Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit ergehenden Gesetze gewährleistet. Diese Kontrolle über private Veranstalter ist in allen Bundesländern Sache von staatsunabhängigen Landesmedienanstalten. Zu ihren Mitteln gehört, dass die Veranstaltung von Rundfunk an eine Zulassung zu binden ist. Inhaltlich dient die Zulassung der Prüfung, ob die verfassungsrechtlich geforderten und rundfunkgesetzlich konkretisierten Voraussetzungen für die Tätigkeit als Rundfunkveranstalter erfüllt sind. Der Zweck des Zulassungsverfahrens besteht hauptsächlich darin, die Entstehung vorherrschender Meinungsmacht vorbeugend zu verhindern.<sup>16</sup>

#### 4.1.2 Publizistischer und wirtschaftlicher Wettbewerb

Das Bundesverfassungsgericht bindet die Legitimation der privaten Veranstalter an Strukturen, die ausgewogene Meinungsbildung und umfassende Information im publizistischen Wettbewerb gewährleisten sollen. Der Rundfunk soll nicht der Eigengesetzlichkeit des wirtschaft-

10 Vgl. BVerfGE 57, 295, 320; BVerfGE 74, 297, 324.

11 Vgl. BVerfGE 12, 205, 261; BVerfGE 31, 314, 326.

12 Vgl. BVerfGE 12, 205, 244; BVerfGE 47, 198, 225 u. a. m. Der dort verwendete Begriff der „öffentlichen Verwaltung“ ist missverständlich; später wurde darauf verzichtet.

13 Vgl. BVerfGE 31, 314, 327.

14 Vgl. BVerfGE 57, 295, 320.

15 Vgl. BVerfGE 57, 295, 330; BVerfGE 12, 205, 261.

16 Vgl. BVerfGE 73, 118, 160. Während das Bundesverfassungsgericht zunächst von „begrenzter Staatsaufsicht“ sprach (so BVerfG 16.06.1981, BVerfGE 57, 295, 326), macht die jüngere Rspr. deutlich, dass diese Aufsicht als „staatsferne externe Kontrolle“ organisiert sein muss; vgl. auch BVerwGE 108, 109, 118.

lichen Wettbewerbs und nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen werden.<sup>17</sup> Marktchancen könnten eine Frage wirtschaftlicher Freiheit, nicht aber der Meinungsfreiheit sein.<sup>18</sup> In dem hiernach vom wirtschaftlichen Wettbewerb zu unterscheidenden publizistischen Wettbewerb sollen öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten ein Gegengewicht gegenüber den privaten Veranstaltern bilden. Ihre Aufgabe sei es, eine Grundversorgung zu sichern. Dazu seien sie imstande, weil sie nahezu die gesamte Bevölkerung erreichten und sie nicht in gleicher Weise wie private Veranstalter auf hohe Einschaltquoten angewiesen seien.<sup>19</sup> Nur solange die öffentlich-rechtlichen Anstalten diese Aufgabe erfüllten, sei es gerechtfertigt, an die Breite des Programmangebotes und die Sicherung gleichgewichtiger Vielfalt im privaten Rundfunk nicht gleich hohe Anforderungen zu stellen wie im öffentlichen Rundfunk.<sup>20</sup> Im Übrigen gilt für den publizistischen Wettbewerb das Prinzip gleicher Chancen auch für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.<sup>21</sup>

Fehlentwicklungen im Wettbewerb der privaten Veranstalter sind durch gesetzliche Maßnahmen gegen vorherrschende Meinungsmacht vorbeugend zu verhindern. Bei den privaten Veranstaltern seien nämlich die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rundfunkfreiheit schon infolge der Finanzierung durch Werbung nicht in vollem Maße gewährleistet.<sup>22</sup> Dem stehe die Abhängigkeit von Einschaltquoten und von Werbeaufträgen entgegen. Der Wettbewerb zwischen privaten Veranstaltern ist jedoch notwendig wirtschaftlicher Wettbewerb. Daraus entstehen Überschneidungen mit dem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere mit der Fusionskontrolle nach deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht. Deren Zweck besteht in der Aufrechterhaltung des ökonomischen Wettbewerbs. Gleichwohl hält das Bundesverfassungsgericht eine solche Anwendung der wettbewerblichen Fusionskontrolle für unbedenklich. Gebilligt wurde § 5 Abs. 6 Satz 2 Niedersächsisches Landesrundfunkgesetz, wonach die Erlaubnisbehörde von einem Antragsteller verlangen kann, mit Hilfe des Anmeldeverfahrens beim Bundeskartellamt nachzuweisen, dass Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle dem Vorhaben nicht entgegenstehen. Wörtlich heißt es dazu: „Wenn der Landesgesetzgeber davon ausgegangen ist, dass die Kontrolle der Zusammenschlüsse von Rundfunkveranstaltern sich nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen richte, so ist das nicht zu beanstanden“.<sup>23</sup> Davon unberührt bleibt aber die Verpflichtung des Rundfunkgesetzgebers, vorherrschende Meinungsmacht auch dann zu verhindern, wenn sie sich *nicht* aus einem der Fusionskontrolle unterliegenden Zusammenschluss oder aus Zusammenschlüssen ergibt, die nicht der wettbewerblichen Fusionskontrolle unterliegen. Das Bundesverfassungsgericht sieht in der Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Fusionskontrolle mithin einen zulässigen, aber keinen zureichenden Schutz gegen Meinungsmacht im Rundfunk. Neben der wettbewerblichen Fusionskontrolle ist eine rundfunkspezifische Konzentrationskontrolle verfassungsrechtlich zwingend geboten. Der Unterschied folgt daraus, dass in der rundfunkspezifischen Konzentrationskontrolle der übergreifende Zweck des publizistischen Wettbewerbs auch dann zu berücksichtigen ist, wenn ergänzend auf Tatbestände des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen Bezug genommen wird. Dieser Zweck kann dagegen nicht,

17 Vgl. BVerfGE 73, 118, 158.

18 Vgl. BVerfGE 74, 297, 335.

19 Vgl. BVerfGE 73, 118, 157; vgl. auch etwa BVerfGE 90, 60, 90.

20 Vgl. BVerfGE 73, 118, 159; BVerfGE 74, 297, 325; BVerfGE 83, 238, 296 f.; BVerfGE 90, 60, 90; vgl. auch BVerwGE 108, 109, 114 ff.

21 Vgl. BVerfGE 74, 297, 332.

22 Vgl. BVerfGE 73, 118, 155 f.; BVerfGE 87, 181, 199.

23 Vgl. BVerfGE 73, 118, 174.

wie neuerdings vorgeschlagen wird, im Wege einer auf die Meinungsvielfalt ausgerichteten Anwendung des GWB erreicht werden.<sup>24</sup> Die Anwendung des GWB zum Zweck der Sicherung der Rundfunkfreiheit wäre verfassungswidrig: Maßnahmen der Kartellbehörden auf Grundlage bundesgesetzlicher Vorschriften sind aus kompetenzrechtlichen Gründen (Art. 74 Nr. 16 GG) nur zulässig, solange und soweit sie ihrem Wesen nach auf die Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung gerichtet sind; in dem der ausschließlichen Länderkompetenz unterliegenden Bereich der Rundfunkordnung dürfen sie lediglich Nebenfolgen haben.<sup>25</sup>

Die DLM weist daher zu Recht in ihrer Stellungnahme vom 23.05.2000 gegenüber der Europäischen Kommission darauf hin, dass eine rundfunkspezifische Konzentrationskontrolle neben dem allgemeinen Kartellrecht unverzichtbar ist.<sup>26</sup>

### 4.1.3 Vorherrschende Meinungsmacht

Die verfassungsrechtlich gebotene Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht im Rundfunk unterscheidet sich im Tatbestand und in den Rechtsfolgen von wettbewerbsrechtlichen Maßnahmen gegen Zusammenschlüsse, die eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Den verfassungsrechtlichen Grundlagen dieser rundfunkspezifischen Konzentrationskontrolle kommt ausschlaggebende Bedeutung für den Anwendungsbereich und die Auslegung der gesetzlichen und staatsvertraglichen Regelungen zu, durch die der Verfassungsauftrag erfüllt wird.

#### 4.1.3.1 Kontrollpflichtige Tatbestände

Der primäre rundfunkspezifische Anknüpfungspunkt für die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht ist die Zulassung zur Veranstaltung von Rundfunkprogrammen durch die zuständige Landesmedienanstalt. Die Zulassung dient insoweit der Gewährleistung der Rundfunkfreiheit und damit der vorbeugenden Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht. In die Prüfung dürfen außer Vollprogrammen auch Spartenprogramme, herangeführte Programme und ortsüblich empfangbare Programme einbezogen werden.<sup>27</sup> In dem Bestreben, die wettbewerbliche und die rundfunkspezifische Konzentrationskontrolle zusammenzuführen, wird vorgeschlagen, die Programmzulassung als kontrollpflichtigen Tatbestand im Rahmen der wettbewerblichen Konzentrationskontrolle zu behandeln.<sup>28</sup> Diese Gleichstellung scheitert jedoch daran, dass im Zeitpunkt der Zulassung eines Programms dessen Wirkungen auf Wett-

24 Vgl. z. B. Knothe, Matthias/Lebens, Julia: Rundfunkspezifische Konzentrationskontrolle des Bundeskartellamts, in: AfP 2000, S. 125–131, hier: S. 127.

25 Vgl. BGH Beschluss vom 14.03.1990 – „Sportübertragungsrechte“ BGHZ 110, 371, 376 f.; dies räumen auch Knothe, Matthias/Lebens, Julia, a. a. O., S. 130, ein; sie schlagen im Sinne einer einheitlichen, d. h. zugleich kartellrechtlichen und medienkonzentrationsrechtlichen Beurteilung von Sachverhalten vor, dass die Länder die Aufgabe der Sicherung der Meinungsvielfalt durch Bund-Länder-Staatsvertrag auf das Bundeskartellamt übertragen und das Bundeskartellamt folglich in diesem Bereich anstelle der KEK auf landesgesetzlicher Grundlage tätig wird. Eine solche Verlagerung der Zuständigkeiten würde jedoch an dem verfassungsrechtlichen Erfordernis eines spezifischen Medienkonzentrationsrechts nichts ändern. Sie dürfte zudem als Aufgabe einer wichtigen Kompetenz der Länder und aufgrund des Verbots der Mischverwaltung unzulässig sein.

26 Stellungnahme der DLM vom 23.05.2000 zu den unter dem 27.04.2000 von der GD Informationsgesellschaft der Europäischen Kommission vorgelegten Arbeitspapieren für einen Rechtsrahmen für Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste, abrufbar unter [www.alm.de/aktuelles](http://www.alm.de/aktuelles).

27 Vgl. BVerfGE 73, 118, 173.

28 Vgl. Monopolkommission Hauptgutachten 1994/95, Rn. 839.

bewerb und Marktbeherrschung in aller Regel unbekannt sind. Dem Verfassungsgebot der Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht kann deshalb nur entsprochen werden, wenn die präventive Konzentrationskontrolle das innere Wachstum der Veranstalter erfasst und als Sanktion die Entflechtung und andere Maßnahmen zur Auflösung vorherrschender Meinungsmacht einschließt.

Vorherrschende Meinungsmacht kann aus den Zusammenschlüssen zugelassener Programmveranstalter entstehen. Zu erfassen ist ferner etwa der Sachverhalt, dass eine anfängliche Vielzahl von Anbietern durch Ausscheiden kleiner Veranstalter auf wenige große Veranstalter zusammenschmilzt.<sup>29</sup>

Maßnahmen gegen vorherrschende Meinungsmacht müssen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorbeugend wirken, weil Fehlentwicklungen nur schwer rückgängig zu machen seien. Ferner führten solche Fehlentwicklungen unter Umständen zu politisch einsetzbarem Einfluss, der sich gerade gegen die notwendigen Korrekturen richten könne.<sup>30</sup> Der vorbeugende Charakter der Konzentrationskontrolle versteht sich im Zusammenhang mit der Programmzulassung von selbst. Im Falle von Unternehmenszusammenschlüssen und Beteiligungen folgt daraus, dass sie grundsätzlich erst nach der Überprüfung vollzogen werden dürfen.

#### 4.1.3.2 Erscheinungsformen vorherrschender Meinungsmacht

Der Rechtsprechung des BVerfG sind wichtige Hinweise auf die für die Entstehung vorherrschender Meinungsmacht typischen Gefahrenlagen zu entnehmen. Den Ausgangspunkt bildet die vorherrschende Stellung eines Veranstalters oder der mit ihm verbundenen Unternehmen im Rundfunk (horizontale Konzentration). Hinzu kommen die Tatbestände der vertikalen Integration: Verflechtung von Rundfunkveranstaltern mit Produktionsfirmen und Inhabern von Film- und Sportübertragungsrechten.<sup>31</sup> Das Kurzberichterstattungsrecht (vgl. § 5 RStV) dient auch unter Berücksichtigung des Eingriffs in private Veranstalterrechte der Pluralität der Informationsvermittlung und wirkt insofern der Entstehung vorherrschender Meinungsmacht entgegen.<sup>32</sup>

„Multimediale Meinungsmacht“ ist rundfunkrechtlich erheblich, sofern sie zu Gefahren für die Meinungsvielfalt im Rundfunk zu führen droht. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Verbindung von Meinungsmacht zu berücksichtigen.<sup>33</sup>

Aus der Aufhebung der ausschließlichen Rechte des Bundes am Kabelnetz, verbunden mit seiner Privatisierung, folgen neue Gefährdungen der Meinungsvielfalt.<sup>34</sup> Steigende Bedeutung kommt im Zeichen der Digitalisierung der Kabelnetze dem Zugang zum Netz, dem Zugang zu technischen Plattformen und zu den Programmplattformen für die Veranstaltung von Pay-TV zu. Den Zugangsfragen kommt auch für die Marktstruktur ausschlaggebende Bedeutung zu. Neben den im Staatsvertrag vorgesehenen Verhaltensregeln sind die Bedingungen des Zugangs mitbestimmend für vorherrschende Meinungsmacht.

29 Vgl. BVerfGE 73, 118, 172.

30 Vgl. BVerfGE 95, 163, 173, ständige Rspr., zuerst BVerfGE 57, 295, 323; vgl. auch BVerfGE 97, 228, 267.

31 Vgl. BVerfGE 95, 163, 173.

32 Vgl. BVerfGE 97, 228, 267 zu § 3a WDR-G sowie § 3a LRG N.-W.

33 Vgl. BVerfGE 73, 118, 175 f.

34 Vgl. BVerfGE 95, 163, 173.



## 4.2 Sicherung der Meinungsvielfalt im bundesweiten Fernsehen

### 4.2.1 Überblick

Die geltende rundfunkrechtliche Konzentrationskontrolle ist im Rundfunkstaatsvertrag in der Fassung des 3. Rundfunkänderungsstaatsvertrages enthalten, der am 01.01.1997 in Kraft getreten ist.<sup>35</sup> Das materielle Recht der Konzentrationskontrolle ist in den §§ 26 bis 34, Zuständigkeiten und Verfahren sind in den §§ 35 bis 38 geregelt. Der vorhergehende Rundfunkstaatsvertrag suchte die Meinungsvielfalt im bundesweit verbreiteten Fernsehen zu sichern, indem er in § 21 als Veranstalter nur Anbietergemeinschaften zuließ und Art und Zahl der einem einzelnen Veranstalter erlaubten Programme begrenzte. Die Neuregelung knüpft dagegen unmittelbar an den verfassungsrechtlich vorgeprägten Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht an (§ 26 Abs. 1 RStV). Die Feststellung dieses Eingriffstatbestandes wird durch Vermutungen erleichtert, die § 26 Abs. 2 RStV anhand von Zuschaueranteilen normiert. Zuständig für die Konzentrationsaufsicht sind die Landesmedienanstalten in Verbindung mit zwei neu gebildeten Aufsichtsorganen: nämlich der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und der Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) (§ 35 Abs. 1 und 2 RStV). Die KEK, die aus sechs unabhängigen Sachverständigen besteht (§ 35 Abs. 3 RStV) ist zuständig für die „abschließende Beurteilung“ von Fragestellungen der Sicherung von Meinungsvielfalt im Zusammenhang mit der bundesweiten Verbreitung von Fernsehprogrammen (§ 36 Abs. 1 RStV). Beschlüsse der KEK sind für die zuständige Landesmedienanstalt bindend (§ 37 Abs. 1 Satz 3 RStV). Will diese von einem Beschluss der KEK abweichen, so hat sie die Entscheidung der KDLM anzurufen. Die KDLM setzt sich aus den gesetzlichen Vertretern der Landesmedienanstalten zusammen (§ 35 Abs. 4 RStV). Für KEK und KDLM gilt, dass sie an Weisungen nicht gebunden sind (§ 35 Abs. 5 RStV).

Das System der Programmbegrenzung bei gesellschaftsrechtlicher Binnenpluralität sollte ebenso wie das Zuschaueranteilsmodell Gefährdungen der Meinungsvielfalt ausschließen. Verschieden und teilweise entgegengesetzt sind jedoch die in den beiden Modellen vorausgesetzten Gefährdungslagen. Sie erklären auch die jeweils verschiedene Bedeutung von organisationsrechtlichen und marktbezogenen Kriterien für vorherrschende Meinungsmacht. Die Erfahrungen, die zu dem Modellwechsel geführt haben, sind für das Verständnis des geltenden Rechts weiter erheblich.

### 4.2.2 Entstehungsgeschichte (§ 21 RfStV 1991)

Das Bundesverfassungsgericht sah die Meinungsvielfalt im Niedersachsen-Urteil u. a. dadurch bedroht, dass ein und derselbe Veranstalter als alleiniger Veranstalter mehrere im Geltungsbereich eines Rundfunkgesetzes empfangbare Programme anbietet oder wenn diese Situation durch Zusammenschluss entstehe. Als mögliche Abhilfe hob das Gericht hervor, dass durch Vertrag oder Satzung der vorherrschende Einfluss eines Gesellschafters auf das Programm ausgeschlossen werden könne.<sup>36</sup> § 21 RfStV 1991 hat diese Erwägungen nachvollzogen. Das Grundmodell verbindet die Begrenzung der Zahl der für einen Veranstalter erlaubten Programme mit dem Ausschluss der Kontrolle des Veranstalters durch einen einzelnen Gesell-

<sup>35</sup> Die konzentrationsrechtlichen Vorschriften des RStV sind im Anhang 3, S. 442 ff. zu finden.

<sup>36</sup> Vgl. BVerfGE 73, 118, 172, 175.



schafter. Ein Veranstalter durfte höchstens zwei bundesweit empfangbare Programme verbreiten, und zwar ein Vollprogramm und ein Spartenprogramm mit Schwerpunkt Information (§ 21 Abs. 1 Satz 1 RfStV 1991). Mit dieser Begrenzung sollte der fortdauernden Knappheit der Übertragungswege Rechnung getragen werden. Keiner der am Veranstalter Beteiligten durfte 50 % oder mehr an Kapital oder an Stimmrechtsanteilen innehaben oder sonst einen vergleichbaren vorherrschenden Einfluss auf den Veranstalter ausüben (§ 21 Abs. 2 RfStV 1991). Als Veranstalter bundesweit empfangbarer Programme konnte mithin nur ein Gemeinschaftsunternehmen zugelassen werden. An ihm mussten infolge des Ausschlusses einer Mehrheitsbeteiligung mindestens drei Gesellschafter beteiligt sein.

Um Umgehungen des Modells auszuschließen, wurden dem Veranstalter verbundene Unternehmen i. S. v. § 15 AktG zugerechnet (§ 21 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 5 RfStV 1991). Der Tatbestand des beherrschenden und abhängigen Unternehmens i. S. v. § 17 AktG wird ergänzt durch programmspezifische Beherrschungstatbestände. Sie sind gegeben, wenn jemand auf die Programmgestaltung des Veranstalters wie ein Mehrheitsgesellschafter einwirken kann (Satz 3). Als vergleichbarer Einfluss gilt darüber hinaus ein programmspezifischer Einfluss des Veranstalters oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens auf einen anderen Veranstalter (Satz 4). Dieser Einfluss ist anzunehmen, wenn ein Veranstalter

- „1) regelmäßig einen wesentlichen Teil der Sendezeit eines anderen Veranstalters mit von ihm zugelieferten Programmteilen gestaltet oder
- 2) aufgrund vertraglicher Vereinbarungen, satzungsrechtlicher Bestimmungen oder in sonstiger Weise eine Stellung innehat, die wesentliche Entscheidungen eines anderen Veranstalters über die Programmgestaltung, den Programmeinkauf oder die Programmproduktion von seiner Zustimmung abhängig macht“.

Der Grundtatbestand der erlaubten Veranstalterstruktur (Gemeinschaftsunternehmen) wird ergänzt durch ein Verflechtungsverbot. Wer in den gesellschaftsrechtlich erlaubten Grenzen an einem zugelassenen Veranstalter in Höhe von 25 % oder mehr, aber weniger als 50 % beteiligt ist, darf an zwei weiteren Veranstaltern von Vollprogrammen oder Spartenprogrammen mit Schwerpunkt Information, jedoch nur mit weniger als 25 %, beteiligt sein.

Die Regelung hat die Tendenz zur Unternehmenskonzentration im Rundfunk nicht gemindert, sondern in Richtung auf Gemeinschaftsunternehmen und Senderfamilien verstärkt. Die vom BVerfG vorgezeichnete Art der Konzentrationskontrolle orientierte sich an dem Gedanken der Binnenpluralität öffentlich-rechtlicher Anstalten. Ähnlich wie die gesellschaftlich relevanten Kräfte in den Rundfunkräten dafür sorgen sollen, dass die Vielfalt der in der Gesellschaft vertretenen Meinungen in den Programmen hinreichend zum Ausdruck kommt, so solle eine Mehrheit von Gesellschaftern individuell bestimmte Meinungsmacht im Rahmen privater Programme verhindern und so zur Meinungsvielfalt beitragen. Diese Erwartung war aus gesellschaftsrechtlichen und ökonomischen Gründen verfehlt. Die zwingend vorgeschriebenen Anbietergemeinschaften vergemeinschaften mit den Ressourcen der Gründer notwendig das Unternehmensrisiko. Angesichts der Größenordnung der Investitionen für ein bundesweit verbreitetes Vollprogramm ist es wirtschaftlich unerlässlich, ein eigenständiges Unternehmensprofil zu entwickeln, an dem sich Zuschauer und werbungstreibende Wirtschaft orientieren können. Die im Namen der Meinungsvielfalt erwarteten gegensätzlichen Programmvorstellungen wirken in diesem Zusammenhang dysfunktional.<sup>37</sup> Das Konzept war aber auch deshalb

37 Näher dazu Mestmäcker, Ernst-Joachim: 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. 158/159.

zum Scheitern verurteilt, weil vorherrschende Meinungsmacht aus der Zahl der veranstalteten Programme abgeleitet wurde. Dem liegt die wiederum am Bild der öffentlich-rechtlichen Anstalten orientierte Vorstellung zugrunde, die Verfügung über ein einzelnes Vollprogramm vermittele vorherrschende Meinungsmacht. Die im Wettbewerb maßgebliche Akzeptanz des Programms bei den Teilnehmern und die machtbegrenzenden Wirkungen des wirtschaftlichen Wettbewerbs wurden außer Acht gelassen.

Fehlentwicklungen in der Struktur des privaten Fernsehens waren die Folge. Sie wurden von den Landesmedienanstalten und von dem Europäischen Medieninstitut dokumentiert.<sup>38</sup> Die Reform wurde durch Gutachten vorbereitet.<sup>39</sup> Die Gesamtkonferenz der Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten legte am 17. September 1994 Vorschläge zur Novellierung des Rundfunkstaatsvertrages vor. Darin sind die wichtigsten Gesetz gewordenen Änderungen bereits erkennbar: Verzicht auf eine Begrenzung der Programmzahl und Zulassung von Mehrfachbeteiligungen; Begrenzung der einem Veranstalter erlaubten Programme allein durch eine anhand von Zuschaueranteilen definierte Höchstgrenze unter Berücksichtigung der Zuschaueranteile der öffentlich-rechtlichen Anstalten (25 %). Die Ministerpräsidenten der Länder einigten sich schließlich auf den an 30 % Zuschaueranteil anknüpfenden Vermutungstatbestand in § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV 1997 mit den Modifikationen, die § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV bei einer geringfügigen Unterschreitung der genannten Höchstgrenze von Zuschaueranteilen vorsieht. Die gegensätzlichen politischen Erwartungen, die sich mit dem so erzielten Kompromiss verbunden haben, sind nicht geeignet, zur Auslegung des Staatsvertrages beizutragen. Sein Zweck erschöpft sich gewiss nicht in „Befriedung und Zementierung der Marktverhältnisse“.<sup>40</sup>

### 4.2.3 Vorherrschende Meinungsmacht

#### 4.2.3.1 Eingriffs- und Vermutungstatbestand: Verhältnis von § 26 Abs. 1 zu § 26 Abs. 2 RStV<sup>41</sup>

§ 26 Abs. 1 RStV normiert den Übergang von dem Modell der Programmzahlbegrenzung zum Eingriffstatbestand „vorherrschende Meinungsmacht“. Der Grundsatz lautet, dass ein Unternehmen in jeder privatrechtlichen Rechtsform in der Bundesrepublik eine beliebige Anzahl von Programmen und jede Art von Programmen veranstalten darf. Diese Regel der Veranstalter-

38 Henle, Victor: Erfahrungsbericht der Landesmedienanstalten zur Sicherung der Veranstalter- und Beteiligungs- vielfalt im bundesweit verbreiteten Rundfunk (DLM-Konzentrationsbericht), in: Die Landesmedienanstalten (Hrsg.): Die Sicherung der Meinungsvielfalt, Schriftenreihe der Landesmedienanstalten, Band 4, Berlin 1995, S. 9–126; Europäisches Medieninstitut: Bericht über die Entwicklung der Meinungsvielfalt und der Konzentration im privaten Rundfunk gemäß § 21 Abs. 6 Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinten Deutschland, a. a. O., S. 127–220.

39 Engel, Christoph: Medienrechtliche Konzentrationsvorsorge, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, a. a. O., S. 221–286; Kübler, Friedrich: Konzentrationskontrolle des bundesweiten Rundfunks, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, a. a. O., S. 287–330; Dörr, Dieter: Das für die Medienkonzentration maßgebliche Verfahrensrecht, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, a. a. O., S. 331–434; Stockmann, Kurt: Stellungnahme zu der verfahrensrechtlichen Anforderung an eine medienrechtlich effektive Konzentrationskontrolle, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, a. a. O., S. 435–484.

40 So aber der seinerzeit amtierende Vorsitzende der DLM laut Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner: Rundfunkstaatsvertrag, Kommentar, Stand April 2000: § 26 Rn. 1. Diese Kommentierung selbst (§ 26 Rn. 15) räumt aber ein, vorherrschende Meinungsmacht könne unter besonderen Umständen auch dann bejaht werden, wenn der Zuschaueranteil „weit unter 30 %“ liegt, also nicht nur bei geringfügiger Unterschreitung.

41 Zum Wortlaut der Vorschrift vgl. unten, Anhang 3, S. 442.

freiheit wird begrenzt bei Erwerb vorherrschender Meinungsmacht. Der „Es-sei-denn“-Satz kennzeichnet das Regel-Ausnahme-Verhältnis. Einem Unternehmen darf der Zugang zur Veranstaltung von Fernsehprogrammen nur versagt werden (§ 26 Abs. 3 RStV), wenn festgestellt wird, dass es dadurch vorherrschende Meinungsmacht erlangt. Der Nachweis, dass ein Unternehmen vorherrschende Meinungsmacht „nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen“ erlangt, wird durch die Vermutungstatbestände in § 26 Abs. 2 RStV erleichtert.

Vermutungsregeln sind im Privatrecht ebenso wie im Verwaltungsrecht von dem materiellrechtlichen Tatbestand zu unterscheiden, dessen Nachweis sie erleichtern sollen. Ihr materiellrechtlicher Kern folgt daraus, dass sie auf Sachverhalte Bezug nehmen, die für die Verwirklichung des in Frage stehenden Tatbestandes erfahrungsgemäß relevant sind; aber sie sind nicht geeignet, den materiellrechtlichen Tatbestand zu ersetzen. Davon zu unterscheiden ist die andere Frage, welche Bedeutung Vermutungen in einem Verwaltungsverfahren zukommt, für das die Untersuchungsmaxime gilt.

a) Im Schrifttum zu § 26 RStV werden diese Fragen nicht immer klar getrennt. Teilweise wird stillschweigend angenommen, dass in § 26 Abs. 2 RStV eine abschließende materiellrechtliche Regelung enthalten sei, soweit es sich um die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht zulasten des betroffenen Unternehmens handle. Gleichwohl sei das Unternehmen bei Vorliegen eines Vermutungstatbestandes nicht gehindert zu beweisen, dass trotzdem keine vorherrschende Meinungsmacht gegeben sei. Außerhalb eines im Staatsvertrag vorgesehenen Verwaltungsverfahrens hat die KDLM in einem „rechtsförmigen Beschluss“ vom 07. 11. 1998<sup>42</sup> die Ansicht vertreten, vorherrschende Meinungsmacht dürfe nur aus den Zuschaueranteilen des § 26 Abs. 2 RStV abgeleitet werden; andere Umstände seien nicht zu berücksichtigen. Gegen diese Auslegung von § 26 Abs. 2 RStV als einer asymmetrischen Vermutungsregelung, die nur zugunsten, aber nicht zulasten der betroffenen Unternehmen wirkt, spricht der bereits gekennzeichnete Charakter der Vorschrift als Vermutungstatbestand. Er wird in der amtlichen Begründung zu § 26 RStV bestätigt. Es heißt dort:

„Es bleibt dem Unternehmen unbenommen nachzuweisen, dass trotz Erreichens der 30-vom-Hundert-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-vom-Hundert-Grenze bzw. trotz der vorherrschenden Position auf Medienmärkten ein Mehr an qualitativer Meinungsvielfalt vorliegt.“

Die Ausgestaltung der 30-vom-Hundert-Grenze als Vermutungsgrenze schließt umgekehrt nicht aus, dass die KEK vorherrschende Meinungsmacht im Fernsehen auch unterhalb dieser Grenze feststellt. Allerdings wird dies an die KEK besondere Anforderungen an den Nachweis stellen.“

Dies bestätigt die von der KEK in ständiger Praxis vertretene Auslegung, wonach der Eingriffstatbestand unabhängig davon verwirklicht sein kann, ob zugleich ein Vermutungstatbestand verwirklicht ist.<sup>43</sup> Die Annahme, vorherrschende Meinungsmacht lasse sich auf eine wertungs-

42 Vgl. Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) – Discovery Channel, Beschluss vom 7. November 1998, in: ZUM 1998, S. 1054 -1058, hier: S. 1057.

43 Vgl. Beschluss der KEK vom 26.01.1999 i.S. Premiere, Az.: KEK 026, II 3.2.2, in: ZUM-RD 1999, S. 251 ff., hier: S. 258; Beschluss der KEK vom 26.01.1999 i.S. ProSieben, Az.: KEK 007/029, II 4.3.2, in: ZUM-RD 1999, S. 241 ff., hier: S. 248; Beschluss der KEK vom 21.09.1999 i.S. RTL, Az.: KEK 040, II 2 und II 7, in: ZUM-RD 2000, S. 41 ff., hier: S. 50. Alle Beschlüsse abrufbar unter [www.kek-online.de/Verfahren/Entscheidungen](http://www.kek-online.de/Verfahren/Entscheidungen). Übereinstimmend: Beucher/Leyendecker/von Rosenberg: Mediengesetze, Kommentar, 1999: § 26 RStV Rn. 7.

freie Messung von Zuschaueranteilen reduzieren, widerspricht dem Gebot verfassungskonformer Auslegung eines Begriffs, den der RStV aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts übernommen hat.<sup>44</sup> Diese Rechtsprechung bestätigt, dass neben den Zuschaueranteilen, aus denen Anhaltspunkte für die horizontale Konzentration folgen, die rundfunkspezifischen Erscheinungsformen der vertikalen Verflechtung zu berücksichtigen sind. Zur Meinungsvielfalt im Fernsehen gehört darüber hinaus die Verhinderung von Informationsmonopolen.<sup>45</sup> Informationsmonopole können unabhängig von den darauf entfallenden Zuschaueranteilen vorliegen.

b) Ist ein Vermutungstatbestand i. S. v. § 26 Abs. 2 RStV verwirklicht, so bleibt die KEK verpflichtet, das gesamte Verfahrensergebnis im Hinblick auf seine Bedeutung für vorherrschende Meinungsmacht zu würdigen. Es liegt im Eigeninteresse des betroffenen Unternehmens, die Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die gegen vorherrschende Meinungsmacht sprechen. Erst wenn sich ergibt, dass vorherrschende Meinungsmacht weder auszuschließen noch zu bejahen ist, entfaltet der Vermutungstatbestand seine bindende Wirkung.<sup>46</sup> Dieser Grundsatz gilt unabhängig davon, ob der Vermutungstatbestand des § 26 Abs. 2 Satz 1 oder des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV gegeben ist.<sup>47</sup>

#### 4.2.3.2 Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 RStV

a) § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV

Vorherrschende Meinungsmacht wird vermutet, wenn auf einen Veranstalter und die ihm zurechenbaren Programme (§ 28 RStV) ein Zuschaueranteil von 30 % oder mehr entfällt. Der Zuschaueranteil ist nach § 27 RStV anhand eines Jahresdurchschnitts zu berechnen.<sup>48</sup> Der Zuschaueranteil, der demoskopisch ermittelt wird, ist zu unterscheiden von Marktanteilen, die auf der Grundlage des relevanten Marktes für die Zwecke der wettbewerblichen Fusionskontrolle ermittelt werden. Anhand des Zuschaueranteils des Rundfunkstaatsvertrages lässt sich nach vorherrschender Lehre und nach der Praxis der Kartellbehörden kein relevanter Markt im Sinne der wettbewerblichen Fusionskontrolle abgrenzen. Dort werden als relevante Märkte vor allem der Markt für Fernsehwerbung und der für Pay-TV zugrunde gelegt. Es ist deshalb irreführend, wenn von § 26 Abs. 2 RStV als einem Marktanteilsmodell gesprochen wird. Eine Parallele zum Marktanteilsmodell entsteht jedoch daraus, dass das Zuschaueranteilsmodell mit der darin zum Ausdruck kommenden Bindung der Zuschauer an die Programme eines Veranstalters den Wettbewerbsbezug zu anderen Veranstaltern in Rechnung stellt. Das Zuschaueranteilsmodell folgt aus der Logik des außenpluralen privaten Fernsehens. In den Zuschaueranteilen kommt nämlich am ehesten das publizistische Gewicht der erfassten Programme zum Ausdruck. Deshalb sind hohe Zuschaueranteile Indizien für die Gefährdung von Meinungsvielfalt und damit für die Begründung vorherrschender Meinungsmacht.

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts werden Zuschaueranteile anhand *aller* einem Veranstalter zurechenbaren Programme ermittelt. Eine Unterscheidung nach Art des Programminhalts ist nicht vorgesehen, unbeschadet der Sonder-

<sup>44</sup> Vgl. Beschluss der KEK vom 21. 09. 1999 i. S. RTL, Az.: KEK 040, II 7, in: ZUM-RD 2000, S. 41 ff., hier: S. 50.

<sup>45</sup> Vgl. BVerfGE 97, 228, 257 f.

<sup>46</sup> Im Anschluss an BGHZ 79, 62, 65 – „Klößner-Becorit“; Emmerich, Volker: Kartellrecht, 8. Aufl. 1999, § 18, S. 195 mit weiteren Nachweisen zur Rspr.

<sup>47</sup> Anderer Meinung: Bork, Reinhard: Geringfügige Unterschreitung des Zuschaueranteils, in: K & R 1998, S. 183.

<sup>48</sup> Näher dazu Kap. III, Abschnitt 2.3, S. 368 ff.

regeln zu Informationssendungen (§ 26 Abs. 5 RStV).<sup>49</sup> Es sollen vielmehr die „informationellen Voraussetzungen der Meinungsbildung im Leitmedium des Fernsehens“ gewährleistet werden.<sup>50</sup> Wörtlich heißt es dazu in Übereinstimmung mit einer ständigen Rechtsprechung:

„Die Informationsfunktion des Fernsehens beschränkt sich nicht auf politische Informationen im engeren Sinn. Die Meinungsbildung erhält ebenso von anderen Gegenständen des öffentlichen Interesses Nahrung, ohne dass objektive Kriterien für Relevanz oder Irrelevanz vorgegeben werden könnten. Deswegen gehört zur Information im Sinn des klassischen Rundfunkauftrags, der im Rundfunksystem insgesamt erfüllt werden muss, die gegenständlich uneingeschränkte Information über alle Lebensbereiche unter Zugrundelegung publizistischer Kriterien ...“<sup>51</sup>

Zu den danach erheblichen Informationen rechnet das BVerfG auch Berichte über herausragende Sportveranstaltungen.

Weil das Zuschaueranteilsmodell alle Programme unabhängig von ihrem Inhalt erfasst, handelt es sich um einen abstrakten Gefährdungstatbestand. Das bestätigt der Vergleich mit kommerziellen Informationsmonopolen, die auf dem Ausschluss eines unbestimmt großen Teils der Bevölkerung von den monopolisierten Informationen beruhen und dadurch vorherrschende Meinungsmacht begründen.<sup>52</sup>

#### b) § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV (geringfügige Unterschreitung)

Die Vermutung vorherrschender Meinungsmacht greift auch dann ein, wenn der auf zurechenbare Programme entfallende Zuschaueranteil 30 % geringfügig unterschreitet, sofern das Unternehmen zusätzlich

- auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat oder
- eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit 30 % Zuschaueranteil im Fernsehen entspricht.

#### aa) Geringfügige Unterschreitung

„Geringfügig“ ist ein nach seinem Wortlaut unbestimmter und damit auslegungsbedürftiger Rechtsbegriff. In einem solchen Fall ist der Inhalt der Vorschrift anhand ihrer Entstehungsgeschichte und ihres Zwecks unter Berücksichtigung des systematischen Zusammenhangs zu ermitteln, in dem die Vorschrift steht. Der amtlichen Begründung sind keine Hinweise zu entnehmen. Der Zweck besteht erkennbar darin, eine schematische Bindung an das quantitative Merkmal 30 % zu vermeiden und die Vermutung für die Berücksichtigung der Verhältnisse auf angrenzenden medienrelevanten Märkten zu öffnen.<sup>53</sup> Der unmittelbare Zusammenhang besteht mit der zu modifizierenden, rein quantitativen Messgröße von 30 %. Diese Messgröße verweist auf die horizontale Konzentration im Verhältnis zur Gesamtheit der Fernsehveranstalter im bundesweit verbreiteten Fernsehen. Daraus folgt, dass das quantitative Gefährdungspoten-

49 Vgl. dazu unten, Kap. III, Abschnitt 2.3.1, S. 369 ff.

50 Vgl. BVerfGE 97, 228, 257.

51 Vgl. BVerfGE a. a. O.

52 Vgl. BVerfGE 97, 228, 258.

53 So auch Kuch, Hansjörg: Das Zuschaueranteilsmodell – Grundlage der Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen, in: ZUM 1997, S. 12–17, hier: S. 15, der von einer „flexiblen Regelung“ spricht, dabei aber 28,5 % Zuschaueranteil als Beispiel nennt.



zial von 30 % qualitativ zu modifizieren ist. Folgt man dieser Auffassung, so kann eine exakte Toleranzgrenze nicht festgelegt werden.<sup>54</sup> Dem stehen die Meinungen gegenüber, welche eine geringfügige Unterschreitung quantitativ festlegen wollen.<sup>55</sup> Auf dieser Grundlage werden mit jeweils verschiedener Methodik verschiedene Mindestgrößen ermittelt. Sie schwanken zwischen 28, 29 bzw. 29,1 %.<sup>56</sup> Die KDLM hat in ihrem bereits erwähnten „rechtsförmigen Beschluss“ vom 07. 11. 1998 28 % als Höchstgrenze einer geringfügigen Unterschreitung angegeben.<sup>57</sup>

Den Stimmen, die eine feste quantitative Bestimmung der Geringfügigkeit annehmen, ist nicht zu folgen. Wäre sie vom Rundfunkstaatsvertrag gewollt, so hätte man sie leicht in einem bestimmten Prozentsatz normieren können. Aus dem Bezug des Zuschaueranteils auf die horizontale Konzentration folgt, dass auch die Beurteilung der Geringfügigkeit primär an die horizontale Konzentration anknüpfen muss. Wichtige Hinweise ergeben sich aus dem Vergleich der Stellung des Zurechnungsunternehmens mit der seiner Rivalen. Ein Zurückbleiben hinter 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 liegt der Fall, wenn der dem Zuschaueranteil beigelegte Einfluss auf die Meinungsvielfalt durch die Programme anderer, vergleichbar einflussreicher Veranstalter auf den Fernseh- oder anderen relevanten Märkten aufgewogen werden kann.<sup>58</sup>

Die Bedeutung der Streitfrage ist besonders dann erheblich, wenn man in den Vermutungstatbeständen eine notwendige Bedingung für die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht sieht; sie beschränkt sich auf eine Nachweisregel, wenn man – wie es hier angenommen wird – § 26 Abs. 1 RStV als selbständigen materiellrechtlichen Eingriffstatbestand auslegt.

#### bb) Marktbeherrschende Stellung auf medienrelevanten verwandten Märkten

In der Begründung zum Rundfunkstaatsvertrag werden als Beispiele für medienrelevante verwandte Märkte die folgenden genannt: Werbung, Hörfunk, Presse, Rechte, Produktion. Mit dem Begriff der Marktbeherrschung verweist der Rundfunkstaatsvertrag auf das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere auf § 19 GWB. Danach ist ein Unternehmen marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Die marktbeherrschende Stellung wird im Hinblick auf einen bestimmten rele-

54 So die KEK, vgl. Beschluss vom 26.02.1998 i. S. CLT-UFA, Az.: KEK 008–012, B. V.3; Beschluss vom 21.09.1999 i. S. RTL, Az.: KEK 040, II 6.1.1 und 6.1.2.

55 Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner: Rundfunkstaatsvertrag, Kommentar, Band 2: § 26 Rn. 10; Bork, Reinhard: Geringfügige Unterschreitung von Zuschaueranteilen, in: K & R 1998, S. 183–187; Hess, Wolfgang: Medienkonzentrationsrecht nach dem neuen Rundfunkstaatsvertrag – Teil 1: Materielles Medienkonzentrationsrecht, in: AfP 1997, S. 680–688, hier: S. 684.

56 Martinek, Michael: Die Zurechnung von Zuschaueranteilen nach §§ 25 ff. des Rundfunkstaatsvertrags 1996, EMR-Schriftenreihe, Bd. 19, München u. a. 1998, S. 89; Kreile, Johannes/Stumpf Christoph A.: Das neue „Medienkartellrecht“. Die Sicherung der Meinungsvielfalt im novellierten Rundfunkstaatsvertrag, in: MMR 1998, S. 192–195, hier: S. 194; Beucher/Leyendecker/von Rosenberg: Mediengesetze, Kommentar, 1999: § 26 Rn. 10; Neft, Hans: Meinungsdominanz im Fernsehen – Aufgreifkriterien des neuen § 26 Abs. 2 Rundfunkstaatsvertrag (RStV), in: ZUM 1998, S. 458–465, hier: S. 463.

57 Vgl. Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) – Discovery Channel, Beschluss vom 7. November 1998, in: ZUM 1998, S. 1054–1058, hier: S. 1058.

58 Vgl. Beschluss der KEK vom 25.01.2000 i. S. ProSieben, Az.: KEK 063, III 3.2.1; Beschluss der KEK vom 16.05.2000 i. S. SAT.1, Az.: KEK 046, III 3.2.1.



vanten Markt ermittelt, der anhand des Bedarfsmarktkonzepts abgegrenzt wird. Der relevante Markt als Grundlage für eine marktbeherrschende Stellung ist zu unterscheiden von den in der zitierten Begründung erwähnten medienrelevanten Märkten. Bei der Anwendung der Vorschrift ist in einem ersten Schritt die Marktbeherrschung i. S. d. GWB zu ermitteln. Als Anknüpfungspunkt genügt insofern die publizistische Bedeutung des Wirtschaftsbereichs, in dem eine marktbeherrschende Stellung festgestellt werden kann, die insofern „medienrelevant“ ist. Welche Bedeutung der so ermittelten marktbeherrschenden Stellung für vorherrschende Meinungsmacht zukommt, ist sodann im Rahmen von § 26 Abs. 1 zu entscheiden. Die potenziell erhebliche Bedeutung marktbeherrschender Stellungen auch im Rahmen der rundfunktionspezifischen Konzentrationskontrolle folgt daraus, dass der wirtschaftliche und der publizistische Wettbewerb in ihrer Bedeutung für vorherrschende Meinungsmacht in Beziehung zu setzen sind.

Die wichtigsten Hinweise auf die Märkte, deren Beherrschung zugleich medienrelevant ist, können der Entscheidungspraxis der Kartellbehörden und Gerichte entnommen werden. Innerhalb des Rundfunks kommen die folgenden wettbewerblich abgegrenzten, aber medienrelevanten Märkte in Betracht:

- der Markt für Fernsehwerbung, der in der Praxis des Bundeskartellamts ganz im Mittelpunkt steht (vgl. S. 201 ff.);
- der Markt für Decoder, dem eine Schlüsselstellung für die Entwicklung digitaler Mehrwegdienste im Allgemeinen zukommt (vgl. S. 220 ff.);
- die technische Plattform für den Zugang zum digitalen Fernsehen und die mit dem Conditional-Access-System für Pay-TV verbundenen Dienstleistungen (vgl. S. 226 ff.);
- die Programmplattform für Pay-TV, wobei der Zugang aktueller und potenzieller Wettbewerber zur Programmplattform eine Voraussetzung für wirksamen Wettbewerb innerhalb des Pay-TV ist (vgl. S. 227 ff.).

Eine besondere Nähe zum Fernsehen weisen die Märkte für Fernsehprogramme auf. Dabei sind die Märkte der Fremd- und Eigenproduktionen zu unterscheiden vom Handel mit Programmrechten. Wenig geklärt ist bisher die Frage, ob für verschiedene Arten von Fernsehprogrammen getrennte relevante Märkte anzunehmen sind. So hat der BGH entschieden, dass die Märkte für Sportveranstaltungen als ein einheitlicher relevanter Markt anzusehen sind, ohne dass zwischen der verschiedenen Attraktivität der Sportarten für das Publikum zu unterscheiden ist.<sup>59</sup> Die Nachfrage nach Rechten an Sportveranstaltungen ist jedoch zu unterscheiden von Premiumfilmen und Serien. Einen eigenständigen Markt bildet auch der für Nachrichten, die von Agenturen geliefert werden.

Medienrelevant im Sinne des Rundfunkstaatsvertrages sind auch die Pressemärkte, die jedoch nur im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Meinungsvielfalt im Rundfunk im Rahmen der rundfunktionspezifischen Konzentrationskontrolle zu berücksichtigen sind. Das BVerfG hat dazu entschieden:

„Für den Landesgesetzgeber kann im Rahmen seiner *Rundfunkgesetzgebung* eine Verpflichtung zu Vorkehrungen nur bestehen, soweit die Entstehung multimedialer Meinungsmacht zu Gefahren für die Meinungsvielfalt im Rundfunk zu führen droht. Die verfassungsrechtliche Prüfung eines Rundfunkgesetzes hat sich infolgedessen auf die Frage zu beschränken, ob der Landesgesetzgeber dieser Verpflichtung nachgekommen ist.“<sup>60</sup>

59 BGHZ 110, 371, 378.

60 BVerfGE 73, 118, 176.

Von dem Mandat, die Bedeutung der Pressekonzentration für die Rundfunkfreiheit rundfunkgesetzlich in der genannten Beschränkung zu regeln, ist die vom Rundfunkstaatsvertrag normierte Berücksichtigung medienrelevanter marktbeherrschender Stellungen zu unterscheiden. Den Ausgangspunkt bilden die relevanten Märkte, wie sie in der Kartellrechtspraxis abgegrenzt werden. Dazu gehören: überregionale Meinungspresse, Straßenverkaufszeitungen, regionale und lokale Märkte und der Anzeigenmarkt. Ähnliche Abgrenzungen gelten für die Märkte der Illustrierten, wobei den Programmzeitschriften wegen ihrer Nähe zur Rundfunkveranstaltung besondere Bedeutung beizumessen ist.

Große praktische Bedeutung kommt beim gegenwärtigen Stand der Kommunikationstechnik dem Zugang der Programmveranstalter und der Fernsehteilnehmer zu den neu nutzbaren Übertragungswegen zu. Breitbandkabel bilden ebenso einen eigenen relevanten Markt, auf dem über den Zugang von Veranstaltern zum letzten Verbraucher entschieden wird, wie die Verfügbarkeit von Transponderkapazität der Satelliten.

#### cc) Gesamtbeurteilung von Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten

Der sehr weit gefasste Tatbestand gewinnt Konturen durch das Erfordernis, wonach der Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit 30 % Zuschaueranteil im Fernsehen entsprechen soll. Aus dieser Eingrenzung ergibt sich die hervorgehobene Bedeutung, die bei der notwendigen Gesamtbeurteilung den fernsehnahen Aktivitäten des Veranstalters zukommt. Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang alle Ressourcen, mit deren Hilfe der Veranstalter über seine eigenen Programme hinaus den Inhalt des Gesamtangebots im bundesweiten Fernsehen beeinflussen kann. Dazu gehört die Versorgung anderer Fernsehveranstalter mit Programmen aus der Eigenproduktion und aus dem Programmvorrat. Dazu zählen ferner vertragliche Bindungen oder kooperative Verflechtungen, die sich auf die Herstellung und den Vertrieb von Programmen beziehen, die nicht nur, aber auch wie Fernsehen eingesetzt werden können. Weitere Anhaltspunkte ergeben sich aus den Möglichkeiten des konzertierten Einsatzes von Wettbewerbsparametern in parallel kontrollierten Medien. Das wichtigste hierher gehörige Beispiel ist die *Cross-Promotion* von Fernsehprogrammen und Fernsehwerbung durch parallel herausgegebene Presseprodukte.

In die Gesamtwertung einzubeziehen sind insbesondere auch alle Aktivitäten im Rundfunk, die zwar nicht unmittelbar zum bundesweiten Fernsehen gehören, die aber gleichwohl in ihrer Zusammenfassung ein erhebliches publizistisches Gewicht haben können. Der Hörfunk gehört in seinen regionalen und lokalen Bezügen ebenso dazu wie das Ballungsraumfernsehen. Wichtige Hinweise zu fernsehnahen Schlüsselpositionen sind dem 4. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (§ 53 RStV n.F.) zu entnehmen. Dieser regelt die Zugangsfreiheit zu Diensten, die den Zugang zum Fernsehen herstellen oder vermarkten. Neu geregelt ist das Prinzip der chancengleichen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Behandlung aller Programme und Angebote durch einen Anbieter, der Programme und Angebote zum Zwecke der Vermarktung bündelt. Es handelt sich dabei um die bereits erwähnte Programmplattform. Der Rundfunkstaatsvertrag verbindet das Prinzip freien Zugangs zu gebündelten Programmpaketen mit dem Zugang zu der technischen Plattform, die notwendig ist, um die Programme vermarkten zu können. Selbst wenn die nach dem Rundfunkstaatsvertrag geforderten Bedingungen für den diskriminierungsfreien und chancengleichen Zugang gewährleistet sind, kann die Position des Unternehmens, das über die wesentlichen Schlüsselstellungen verfügt, in die Gesamtbeurteilung über die vorherrschende Meinungsmacht einbezogen werden.

### 4.2.3.3 Berechnung der Zuschaueranteile (§ 27 RStV)<sup>61</sup>

#### a) Ermittlung der Zuschaueranteile

Nach § 27 RStV hat die KEK die für die Anwendung des Rundfunkstaatsvertrages relevanten Zuschaueranteile zu ermitteln. Sie ist dafür auf die Kooperation mit Einrichtungen angewiesen, die Zuschaueranteile nach wissenschaftlichen Methoden der quantitativen Fernsehzuschauerforschung ermitteln. Für die Rechtsanwendung ist zwischen dem Ist-Zustand bei In-Kraft-Treten des Rundfunkstaatsvertrages 1997 und dem Zeitpunkt zu unterscheiden, zu dem das in § 27 Abs. 2 vorgeschriebene Verfahren zur Ermittlung von Zuschaueranteilen abgeschlossen ist. Dieses Verfahren ist eingeleitet, aber nicht abgeschlossen. Bis dahin sind nach § 34 RStV „die vorhandenen Daten über Zuschaueranteile zugrunde zu legen“. Das sind die von der Arbeitsgemeinschaft Fernsehforschung (AGF) in Verbindung mit der Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) ermittelten Zuschaueranteile. Die Zusammenarbeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit privaten Veranstaltern und der Werbung treibenden Wirtschaft soll die Voraussetzungen für eine „einheitliche Währung“ der quantitativen Fernsehzuschauerforschung schaffen.<sup>62</sup> Die KEK legt übergangsweise ihren Entscheidungen die von der GfK ermittelten Zuschaueranteile zugrunde (vgl. § 34 RStV).

#### b) Erfasste Programme

In den Zuschaueranteilen sind alle deutschsprachigen Programme unter Einbeziehung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und des bundesweit empfangbaren privaten Rundfunks zu berücksichtigen. In der gleichgewichtigen Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher und privat veranstalteter Programme kommt das für die duale Rundfunkordnung im Ganzen geltende Prinzip des publizistischen Wettbewerbs zum Ausdruck. Generell gilt, dass über vorherrschende Meinungsmacht privater Veranstalter unter Berücksichtigung des Beitrages zu entscheiden ist, den die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erbringen. Deutschsprachige Programme sind auch dann einzubeziehen, wenn sie im Ausland ausgestrahlt bzw. veranstaltet werden. Der Rundfunkstaatsvertrag berücksichtigt nicht, dass in Deutschland erhebliche fremdsprachliche Bevölkerungsanteile auch in publizistischer Beziehung relevant werden könnten.

#### c) Der zu berücksichtigende Zeitraum

Zuschaueranteile unterliegen im Zeitablauf unter Umständen erheblichen Schwankungen. Bei Momentaufnahmen lassen sich deshalb Zufallsergebnisse nicht ausschließen. Um Anteile zu ermitteln, die Rückschlüsse auf die gefestigte Stellung des Veranstalters gestatten, muss die Entwicklung während eines längeren Zeitraums berücksichtigt werden. § 27 Abs. 1 Satz 2 RStV schreibt dafür den Durchschnitt der letzten zwölf Monate vor, berechnet bis zu dem Zeitpunkt, zu dem das Verfahren eingeleitet wurde. Bei Prüfungsvorgängen mit längerer Verfahrensdauer, etwa bedingt durch das Zuwarten auf kartellbehördliche Entscheidungen, können sich auf diese Weise unangemessene Fixierungen ergeben. Der Rundfunkstaatsvertrag muss daher auch in dieser Hinsicht verfassungskonform im Einklang mit dem Gesetzeszweck ausgelegt werden. Zeigen sich im Zeitpunkt der Entscheidung veränderte Zuschaueranteile, die vom

<sup>61</sup> Zum Wortlaut der Vorschrift vgl. unten, Anhang 3, S. 443 f.

<sup>62</sup> Näher dazu Berthoud, Martin: Struktur und Ziele der AGF, in: Zuschaueranteile als Maßstab vorherrschender Meinungsmacht, Dokumentation des Symposiums der KEK am 24. November 1998 in Potsdam, Schriftenreihe der Landesmedienanstalten, Band 13, Berlin (VISTAS) 1999, S. 119–122.

Jahresdurchschnitt nachhaltig tendenziell abweichen, so sind sie zugunsten und zulasten des Veranstalters zu berücksichtigen.

## 4.2.4 Zurechnung von Programmen (§ 28 RStV)<sup>63</sup>

### 4.2.4.1 Grundsätze

In der amtlichen Begründung heißt es zu den Grundgedanken der Vorschrift:

„Die Bestimmung enthält die einzelnen Zurechnungstatbestände, nach denen Programme und deren Zuschaueranteile einem Unternehmen zugerechnet werden können. Dies ist Ausfluss der Grundkonzeption des neuen Rechts zur Sicherung der Meinungsvielfalt. Danach bleiben zwar die verschiedenen Programme mit ihrer Zulassung und ihrem Zuschaueranteil Anknüpfungspunkt für die Bestimmungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt, ihre Zusammenfassung erfolgt jedoch unter einem unternehmensbezogenen Blickwinkel. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass derzeit nahezu alle bundesweit tätigen Fernsehveranstalter mit anderen Unternehmen verflochten sind.“

Obwohl die Tatbestände der Zurechnung im Wesentlichen mit dem Wortlaut des früheren § 21 Rundfunkstaatsvertrag 1991 übereinstimmen, hat sich ihre materiellrechtliche Bedeutung verändert. § 28 RStV 1997 enthält im Gegensatz zum früheren Recht keinen Eingriffstatbestand, durch den vorherrschende Meinungsmacht verhindert werden soll. Die Vorschrift dient vielmehr der Ermittlung der Zuschaueranteile für die Zwecke des § 26 RStV 1997. Zurechnungsmaßstab ist grundsätzlich eine Beteiligung in Höhe von 25 %. Der Rundfunkstaatsvertrag „greift damit auf Tatbestände zurück, die im Gesellschafts- bzw. Kartellrecht ebenfalls zur Anwendung gelangen. Danach erhält ein Unternehmen erst ab 25 vom Hundert einer Beteiligung am Kapital oder an den Stimmrechten eine Sperrminorität. Unterhalb dieser Grenze kann es die Geschäftspolitik eines anderen Unternehmens rechtlich nicht maßgeblich beeinflussen“ (Begründung zu § 28 RStV).

Für die Zurechnung von Programmen bzw. Veranstaltern zu bestimmten Unternehmen sind nach § 28 Abs. 1 RStV die folgenden Tatbestandsmerkmale zu unterscheiden:

- der Veranstalter;
- Unternehmen, an denen der Veranstalter beteiligt ist;
- Unternehmen, die am Veranstalter beteiligt sind;
- mittelbar beteiligte, nach § 15 Aktiengesetz verbundene Unternehmen.

§ 28 Abs. 2 RStV erfasst zusätzlich Beteiligungen, die einen Einfluss vermitteln, der dem von Abs. 1 erfassten vergleichbar ist. Vergleichbarkeit kann sich nach § 28 Abs. 2 Satz 2 RStV aus programmbezogenen Einflussmöglichkeiten ergeben.

Diese Zurechnungstatbestände sind Teil der verfassungsrechtlich gebotenen Vorsorge gegen vorherrschende Meinungsmacht. Der Gesetzgeber darf nicht allein darauf abstellen, wer formell als Veranstalter auftritt:

„Die gleichen Wirkungen können sich ergeben, wenn ein Unternehmen einen oder mehrere Veranstalter rechtlich oder wirtschaftlich beherrscht oder in anderer Weise erheblichen Einfluss auf die Programmgestaltung ausübt.“<sup>64</sup>

<sup>63</sup> Zum Wortlaut der Vorschrift vgl. unten, Anhang 3, S. 444.

<sup>64</sup> BVerfGE 73, 118, 172.

Die Zurechnungstatbestände haben mithin den Zweck, die Umgehung der aus dem Gebot der Meinungsvielfalt folgenden Schranken der Veranstalterfreiheit zu verhindern. Nur in dieser Begrenzung sind die Beteiligungsschwellen auch verfassungsmäßig. Die vom Rundfunkstaatsvertrag gewählten Schwellen von 25 % entsprechen diesen Erfordernissen.<sup>65</sup>

#### 4.2.4.2 Veranstalter

Ein Unternehmen ist Veranstalter im Sinne des Rundfunkstaatsvertrages, wenn es eine Zulassung zur Veranstaltung von Rundfunk von der nach Landesrecht zuständigen Landesmedienanstalt beantragt bzw. erhalten hat (§ 20 Abs. 1 RStV). Das Programm eines einzelnen Veranstalters kann unter dem Gesichtspunkt der Meinungsvielfalt erheblich sein, wenn es geeignet ist, die Bildung der öffentlichen Meinung in hohem Maße ungleichgewichtig zu beeinflussen (§ 25 Abs. 2 RStV). § 25 RStV bezieht sich indessen auf den Programminhalt, so dass insoweit die Zuständigkeiten der Landesmedienanstalten und nicht die Kompetenz der KEK begründet wäre.

Dem Veranstalter sind außer dem Eigenprogramm die Programme zuzurechnen, die ein anderes Unternehmen veranstaltet, an dem der Veranstalter mit 25 v. H. oder mehr beteiligt ist. Dies ist der vom Wortlaut des § 28 Abs. 1 Satz 1 RStV erfasste Regelatbestand.

Den an einem Veranstalter beteiligten Unternehmen sind dessen Programme zuzurechnen, wenn das Beteiligungsunternehmen in Höhe von 25 % oder mehr am Kapital oder an den Stimmrechten beteiligt ist. Dies war der nach dem Rundfunkstaatsvertrag 1991 maßgebliche Anknüpfungspunkt für die erlaubten Beteiligungen an einem Veranstalter. Nach geltendem Recht gilt bei allen Beteiligungen, dass sie die Zurechnung im Gegenseitigkeitsverhältnis begründen. § 28 Abs. 1 Satz 3 RStV stellt das durch den Grundsatz klar, dass die im Sinne von Satz 1 und 2 verbundenen Unternehmen als einheitliche Unternehmen anzusehen und deren Anteile an Kapital und Stimmrechten zusammenzufassen sind. Denselben Grundsatz enthält § 29 Abs. 1 Satz 2 RStV, wonach außer dem Veranstalter alle Unternehmen anmeldepflichtig sind, die am Veranstalter unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind.

#### 4.2.4.3 Mittelbar beteiligte Unternehmen (§ 28 Abs. 1 Satz 2 RStV)

Mittelbare Beteiligungen an einem Veranstalter werden erfasst, wenn eine doppelte Voraussetzung erfüllt ist: Das Zurechnungsunternehmen ist mit einem anderen Unternehmen im Sinne von § 15 AktG verbunden; das verbundene Unternehmen ist seinerseits mit 25 % oder mehr an einem Veranstalter beteiligt.

§ 15 AktG enthält eine von der Rechtsform unabhängige, für „verbundene Unternehmen“ geltende Regelung. Der Verbund wird begründet durch Mehrheitsbeteiligung (§ 16 AktG), durch beherrschenden Einfluss eines Unternehmens auf ein anderes im Sinne von § 17 AktG, durch einheitliche Leitung im Rahmen eines Konzerns (§ 18 AktG), schließlich durch wechselseitige Beteiligungen (§ 19 AktG) und Unternehmensverträge (§§ 291, 292 AktG). § 28 Abs. 1 Satz 4 RStV regelt den gemeinsam beherrschenden Einfluss. Einen eigenständigen Regelungsgehalt hat die Vorschrift nicht, da § 17 AktG den Fall der mehrfachen Abhängigkeit nach in- zwischen gefestigter Rechtsprechung ohnehin erfasst.

<sup>65</sup> Vgl. dazu Ricker, Reinhart/Schiwy, Peter: Rundfunkverfassungsrecht, 1997, Kap. E III 2 Rn. 68.



In allen Fällen des § 15 AktG handelt es sich um gesellschaftsrechtlich abgegrenzte Einflusspositionen, über deren aktuelle oder potentielle Bedeutung häufig unter wertender Abwägung der betroffenen Interessen zu entscheiden ist. Im Rahmen einer Interessenabwägung muss der Schutzzweck der Norm berücksichtigt werden. Das führt in praktisch wichtigen Fällen zu der Frage, ob der geänderte Regelungszusammenhang zu einer vom Gesellschaftsrecht abweichenden Auslegung führt.<sup>66</sup> Aus den besonderen Schutzzwecken des Rundfunkrechts wurde vor allem zum alten Recht gefolgert, der beherrschende Einfluss im Sinne von § 17 AktG oder die einheitliche Leitung im Sinne von § 18 AktG setzten bei Anwendung des Rundfunkstaatsvertrages maßgeblichen Einfluss auf das Programm im Sinne einer potenziellen (§ 17) oder aktuellen (§ 18) Programmherrschaft oder Programmgestaltungsfunktion voraus.

Eine auf die Programmhöhe bezogene Interpretation von Abhängigkeits- und Leitungstatbeständen wurde und wird in der Regel mit den Besonderheiten der Meinungs- und Willensbildung in der Redaktion eines Rundfunkunternehmens oder eines Presseunternehmens begründet. Nach altem Recht konnte sich diese Interpretation darauf stützen, dass mit der Binnenvielfalt der Veranstalter dem Verfassungsgebot der Meinungsvielfalt Rechnung getragen werden sollte. Diese Bedeutung ist mit dem Systemwechsel entfallen. Ferner hat man zutreffend darauf hingewiesen, dass mit der Anknüpfung an das Recht der verbundenen Unternehmen in aller Regel auch derjenige Einfluss erfasst ist, von dem die Programmhöhe letztlich abhängt.<sup>67</sup> Zu berücksichtigen ist aber vor allem, dass § 28 Abs. 2 RStV 1997 den besonderen Erscheinungsformen der programmspezifischen Fremdbestimmung des Veranstalters Rechnung trägt. Angesichts der generellen Erfassung „vergleichbaren Einflusses“ besteht ausreichend Spielraum, die rundfunkspezifischen Bestimmungsgründe von Abhängigkeit oder einheitlicher Leitung zu berücksichtigen.

#### 4.2.4.4 Vergleichbarer Einfluss im Sinne von § 28 Abs. 2 RStV

##### a) Grundsätze

In der Begründung zum Rundfunkstaatsvertrag heißt es dazu:

„Abs. 2 stellt klar, dass es bei der Frage der Zurechnung nicht allein auf die formale Beteiligungshöhe ankommt. Zu bewerten sind vielmehr sämtliche satzungsmäßigen, vertraglichen oder sonstigen Einflussmöglichkeiten eines Unternehmens auf ein anderes Unternehmen bzw. einen Veranstalter. Dies betrifft zum einen die Ausgestaltung der Satzung eines Unternehmens, aber auch sonstige Absprachen.“

Maßstab für vergleichbaren Einfluss sind die Zurechnungstatbestände in Abs. 1. Danach ist ein vergleichbarer Einfluss insbesondere begründet, wenn er den Möglichkeiten entspricht, die mit einer Beteiligung von 25 %, also einer Sperrminorität verbunden sind. Mit § 28 Abs. 2 geht der Rundfunkstaatsvertrag auch in anderer Beziehung über die gesellschaftsrechtlich begründeten Herrschafts- und Leitungstatbestände hinaus. Ein Unternehmensverbund im Sinne von § 15 AktG wird nur durch gesellschaftsrechtliche Herrschaftsmittel begründet, während wirtschaftliche Abhängigkeiten außer Betracht bleiben. Zu den wichtigsten Ursachen

<sup>66</sup> Allgemein dazu Koppensteiner, Hans-Georg in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. 1986, Vorbemerkung vor § 15 Rn. 31; auch Möschel, Wernhard: Zur Sicherung der Meinungsvielfalt nach § 21 Rundfunkstaatsvertrag, in: Möschel/Streit/Witt (Hrsg.): Marktwirtschaft und Rechtsordnung, Festschrift für Erich Hoppmann, Baden-Baden 1994, S. 329–344.

<sup>67</sup> Möschel, Wernhard in: Marktwirtschaft und Rechtsordnung, Festschrift für Erich Hoppmann, a. a. O. (Fn. 66), hier: S. 333.



wirtschaftlicher Abhängigkeit, die als solche nicht erfasst werden, gehören schuldrechtliche Verträge, die vor allem als langfristige Verträge Instrumente konzernähnlicher Kontrolle sein können. Es ist dieser Bereich, den § 28 Abs. 2 Satz 2 RStV mit den Beispielstatbeständen in Nr. 1 und 2 erfasst. Ein vergleichbarer Einfluss liegt danach vor, wenn die Interessen durchgesetzt werden können, wie sie einem Gesellschafter zu Gebote stehen, der grundlegende Veränderungen des Gesellschaftsverhältnisses verhindern kann.<sup>68</sup>

#### b) Programmgestaltung

Als vergleichbaren Einfluss erfasst § 28 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 RStV den Einfluss, der mit der Zulieferung von Programmen bzw. Programmteilen verbunden sein kann. Dieser Einfluss wird jedoch durch zwei weitere Erfordernisse qualifiziert: Die zugelieferten Teile müssen einen „wesentlichen Teil der Sendezeit eines Veranstalters“ ausfüllen und der Zulieferer muss diese Sendezeit „gestalten“. Welcher Teil der Sendezeit ein wesentlicher Teil ist, kann nicht prozentual festgelegt werden. Zu berücksichtigen sind der Sendeplatz und das Gewicht, das Programmbestandteilen für das Profil des Gesamtprogramms zukommt. Ein gestaltender Einfluss liegt bei dem durch Zulieferungen vermittelten Einfluss nur vor, wenn er die Planung des Gesamtprogramms in den prägenden Teilen erfasst.

#### c) Veto-Positionen (§ 28 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 RStV)

Die Vorschrift erfasst Veto-Positionen gegenüber „wesentlichen Entscheidungen“ des Veranstalters. Zu unterscheiden sind die Mittel, durch die der Veranstalter an die Zustimmung des Zurechnungsunternehmens gebunden wird, von den Gegenständen, auf die sich das Zustimmungserfordernis bezieht. Als rechtliche Mittel der Veto-Position nennt die Vorschrift Verträge und satzungsrechtliche Bestimmungen. Sie kann ferner in „sonstiger Weise“ begründet werden. In Betracht kommen dafür alle wirtschaftlichen Positionen, die es den Zurechnungsunternehmen gestatten, den Zustimmungsvorbehalt in ähnlich vorhersehbarer Weise durchzusetzen wie bei rechtlicher Begründung.

Der Zustimmungsvorbehalt begründet vergleichbaren Einfluss, wenn er sich auf wesentliche Entscheidungen des Veranstalters über die Programmgestaltung, den Programmeinkauf oder die Programmproduktion bezieht. „Wesentlich“ sind Entscheidungen, wenn sie für den Veranstalter von nicht nur untergeordneter Bedeutung sind und seine Unternehmensplanung in den genannten Bereichen auf die Interessen des Zurechnungsunternehmens Rücksicht nehmen muss.

#### d) Angehörigenverhältnisse

Angehörigenverhältnisse begründen im Wirtschafts- und Steuerrecht nicht schon als solche einen Abhängigkeits- oder Zurechnungstatbestand. Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass Familienangehörige stets gleichgerichtete Interessen verfolgen. Eine gemeinsame Interessen- und Zielverfolgung kann nur aufgrund weiterer Umstände begründet werden. Auch im Rundfunkstaatsvertrag begründet das Angehörigenverhältnis keinen Vermutungstatbestand für die Programmzurechnung.<sup>69</sup> Ein Angehörigenverhältnis kann die Interessen- und Motivlage

<sup>68</sup> Vgl. Beschluss der KEK vom 26.01.1999 i.S. ProSieben, Az.: KEK 007/029, II 3.2; auch Schweitzer, Heike: Die rechtliche Bedeutung von Angehörigenverhältnissen im Rahmen der Konzentrationskontrolle nach dem Rundfunkstaatsvertrag (RStV), in: ZUM 1998, S. 597–615, hier: S. 612.

<sup>69</sup> Hierzu und zum Folgenden Schweitzer, Heike: a. a. O. (Fn. 68), hier: S. 613; vgl. Beschluss der KEK vom 26.01.1999 i.S. ProSieben, Az.: KEK 007/029, II 3.2.2 ff., in: ZUM-RD 1999, S. 241, hier: S. 245 f.

gegenüber derjenigen, wie sie zwischen Nicht-Verwandten zu finden ist, erheblich modifizieren. Während es in den gesellschaftsrechtlichen Fällen um die Frage geht, ob die Familienangehörigkeit eine Interessengleichführung bewirkt, und in den steuerrechtlichen Fällen gleichfalls die Frage der Interessengleichheit, das heißt das Fehlen wirtschaftlicher Interessengegensätze, im Mittelpunkt steht, ist im Rahmen des Rundfunkstaatsvertrages allein zu untersuchen, ob das konkrete Angehörigenverhältnis eine besondere Rücksichtnahme von einer Intensität bedingt, die dem Innehaben einer Sperrminorität ähnelt. Diese Bindung bleibt in ihrer Intensität erheblich hinter einer Interessengleichheit zurück, so dass die Annahme einer bloßen Rücksichtnahme zwischen Angehörigen näher liegt.

Anhand dieser Grundsätze hat die KEK im Fall ProSieben einen vergleichbaren Einfluss im Verhältnis von ProSieben und der KirchGruppe angenommen. Das Verhalten von Dr. Leo Kirch und seines Sohnes Thomas in Bezug auf ProSieben und die Unternehmen der KirchGruppe sei, im Ganzen, betrachtet in solchem Maße von der Verwandtschaftsbeziehung geprägt, dass es sich um ein in die Beurteilung einzubeziehendes Angehörigenverhältnis handele. Die daraus resultierende Koordination der Planung und ihre Umsetzung eröffne Einflussmöglichkeiten, die zumindest denen einer Sperrminorität entsprächen.<sup>70</sup>

## **4.2.5 Verhinderung und Auflösung vorherrschender Meinungsmacht**

### **4.2.5.1 Grundsatz (§ 26 Abs. 3 RStV)**

Hat ein Unternehmen vorherrschende Meinungsmacht erlangt, so sind die Zulassung weiterer Programme und der Erwerb weiterer Beteiligungen ausgeschlossen. Das gilt auch dann, wenn erst mit dem beantragten weiteren Programm oder mit dem angemeldeten Beteiligungserwerb die Schwelle zur vorherrschenden Meinungsmacht überschritten würde. Auf diese Weise wird dem Grundsatz der vorbeugenden Konzentrationskontrolle Rechnung getragen, wonach die Entstehung vorherrschender Meinungsmacht zu verhindern ist, um die Schwierigkeiten einer nachträglichen Entflechtung zu vermeiden.

### **4.2.5.2 Entzug vorherrschender Meinungsmacht**

Ein Unternehmen kann unabhängig von einem Beteiligungserwerb oder der Zulassung eines neuen Programms vorherrschende Meinungsmacht durch wachsende Zuschaueranteile oder durch den Wegfall von konkurrierenden Anbietern erlangen. Für diese Fälle sieht § 26 Abs. 4 RStV verschiedene von der KEK vorzuschlagende und mit den betroffenen Unternehmen abzustimmende Maßnahmen vor, um vorherrschende Meinungsmacht abzubauen. In der Begründung zum Rundfunkstaatsvertrag heißt es dazu: „Die in Abs. 4 genannten Möglichkeiten stehen dabei gleichgewichtig nebeneinander. Beschränkt die KEK ihren Vorschlag auf die eine oder die andere der genannten Maßnahmen, bleibt es dem Unternehmen unbenommen, im Rahmen der Erörterungen nach Satz 2 andere Maßnahmen vorzuschlagen. Ein Wahlrecht des Unternehmens ist damit nicht verbunden.“ Den verschiedenen Abhilfemaßnahmen ist gemeinsam, dass sie darauf gerichtet sind, vorherrschende Meinungsmacht abzubauen. Deshalb stehen sie, wie es in der zitierten Begründung heißt, „gleichgewichtig nebeneinander“, und sie können auch nebeneinander angewendet werden, bis keine vorherrschende Meinungsmacht mehr

<sup>70</sup> Vgl. Beschluss der KEK vom 26. 01. 1999 i. S. ProSieben, Az.: KEK 007/029, II 3. 3.

gegeben ist. Kommt keine Einigung mit dem Unternehmen zustande oder werden die vereinbarten Maßnahmen nicht realisiert, sind Programmzulassungen nach näherer Maßgabe des § 26 Abs. 4 Sätze 2–4 RStV zu widerrufen. Die anzustrebende Kooperation wird also durch das zwingende Gebot, eingetretene vorherrschende Meinungsmacht nicht fortauern zu lassen, begrenzt.

a) Vorherrschende Meinungsmacht kann durch Rückführung zurechenbarer Beteiligungen an Veranstaltern, bis der zurechenbare Zuschaueranteil unter die Vermutungsgrenze des § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV fällt, beseitigt werden.

b) Ist vorherrschende Meinungsmacht auf marktbeherrschende Stellungen auf medienrelevanten Märkten zurückzuführen, so kann die Präsenz auf diesen Märkten verhindert werden. Dazu gehört die Rückführung von Beteiligungen an anderen Veranstaltern.

c) Vorherrschende Meinungsmacht kann auch durch vielfaltsichernde Maßnahmen nach §§ 30–32 RStV neutralisiert werden (§ 26 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 RStV). Dazu gehören die Einräumung von Sendezeit für unabhängige Dritte und die Einrichtung eines Programmbeirates.

(1) Die in § 31 RStV geregelte Sendezeit für unabhängige Dritte wird in zwei verschiedenen Zusammenhängen relevant. Die Verpflichtung besteht nach § 26 Abs. 5 RStV einmal für einen Veranstalter, der mit einem Vollprogramm oder einem Spartenprogramm mit Schwerpunkt Information einen Zuschaueranteil von 10 % erreicht. Diese Verpflichtung ist zu unterscheiden von der Möglichkeit, auf diese Weise vorherrschende Meinungsmacht abzubauen. Das Zusammentreffen von § 26 Abs. 5 RStV mit Maßnahmen nach § 26 Abs. 4 RStV wird die Regel sein, weil damit zu rechnen ist, dass ein Unternehmen, das vorherrschende Meinungsmacht erlangt hat, mit einem Vollprogramm auch 10 % Zuschaueranteil erreicht. Ein Widerspruch ergibt sich gleichwohl nicht. § 26 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 RStV spricht von vielfaltsichernden Maßnahmen bei „zurechenbaren Veranstaltern“. Die Vorschrift hat mithin den realistischen Fall im Auge, dass ein Unternehmen mit vorherrschender Meinungsmacht an mehreren Veranstaltern in zurechenbarer Weise beteiligt ist. Im Grenzfall könnte mithin eine Verpflichtung bestehen, bei allen zurechenbaren Veranstaltern Sendezeit für unabhängige Dritte bereitzustellen. Das Verfahren des § 31 RStV und die dort genannten Voraussetzungen für die Unabhängigkeit des Fensterprogramms gelten auch im Rahmen von § 26 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 RStV.

(2) Der in § 32 RStV geregelte Programmbeirat soll Meinungsvielfalt durch Binnenpluralität sichern. Die Zusammensetzung des Beirates und seine Funktionen sind den Rundfunkräten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten entlehnt. Die Landesmedienanstalten haben in einer Richtlinie vom 14. 07. 1997 Berufung, Zusammensetzung und Verfahrensweise von Programmbeiräten geregelt.<sup>71</sup> Die Mitglieder des Beirates werden auf Vorschlag gesellschaftlich relevanter Gruppen vom Veranstalter berufen. Der Beirat muss rechtlich gesicherten „wirksamen“ Einfluss auf das Fernsehprogramm haben. Ergeben sich Konflikte mit der Geschäftsführung, so können Vorlagen des Beirates nur mit einer Mehrheit von 75 % von der Gesellschafterversammlung oder dem Kontrollorgan (Aufsichtsrat) abgelehnt werden. Gegen diese Regelung wird unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>72</sup> eingewendet, Programmbeiräte mit Kontrollbefugnissen widersprechen der Eigenverantwortlichkeit der Rundfunkunternehmer und damit dem Wesen des privaten Rundfunks.<sup>73</sup> Dem steht die Meinung gegenüber, Entflechtungen seien unzulässig, falls vielfaltsichernde Maßnahmen nach § 26 Abs. 4

71 Abgedruckt bei Beucher/Leyendecker/von Rosenberg: Mediengesetze, Kommentar, 1999, Anlage IX.

72 BVerfGE 73, 118, 170 f., 174.

73 Ricker, Reinhart/Schiwy, Peter: Rundfunkverfassungsrecht, 1997, E 3. b) aa) Rn. 62.

Satz 1 Nr. 3 RStV ausreichen.<sup>74</sup> Davon unabhängig werden erhebliche Bedenken gegenüber der Effektivität der vorgesehenen vielfaltsichernden Maßnahmen geltend gemacht.<sup>75</sup>

#### 4.2.6 Mitwirkungspflichten im Zulassungsverfahren (§ 21 RStV)

In Übereinstimmung mit den Grundsätzen, die für Antragsverfahren gelten, hat das Unternehmen, das einen Antrag auf Zulassung als Programmveranstalter stellt, alle für die Prüfung des Antrages erforderlichen Unterlagen vorzulegen und alle Auskünfte zu erteilen. Erforderlich sind alle Informationen, die für die Entscheidung über die Zulassung nach dem Rundfunkstaatsvertrag erheblich sind. Erfüllt der Antragsteller seine Mitwirkungspflicht nicht, so kann die Landesmedienanstalt den Antrag nach Fristsetzung ablehnen (§ 21 Abs. 5 RStV). Bestehen begründete Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, so kann von dem Antragsteller die Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung verlangt werden (§ 22 Abs. 3 Satz 1 RStV). Das gilt jedoch nur, wenn andere Mittel zur Erforschung der Wahrheit nicht in Betracht kommen (§ 22 Abs. 3 Satz 2 RStV).

Die Mitwirkungspflichten des Antragstellers bleiben nach Antragstellung und nach Erteilung der Zulassung bestehen. Er ist verpflichtet, jede Änderung der für die Zulassung maßgeblichen Umstände der zuständigen Landesmedienanstalt mitzuteilen (§ 21 Abs. 6 RStV). Diese Verpflichtung ist bußgeldbewehrt (§ 49 Abs. 1 Nr. 25 RStV).

##### 4.2.6.1 Vollständigkeitserklärung

Die Vorlage- und Auskunftspflichten im Zulassungsverfahren werden in § 21 Abs. 2 RStV für die in den Nummern 1–4 genannten Angaben konkretisiert. Diese Verpflichtungen gelten ohne gesondertes Auskunftersuchen kraft Gesetzes. Jedem Antrag ist eine schriftliche Erklärung beizufügen, dass die nach den Nummern 1–4 geforderten Unterlagen und Angaben vollständig sind. Ihr kommt im Zulassungsverfahren erhebliche praktische Bedeutung zu.

Die Vorlage- und Auskunftspflichten haben die folgenden Sachverhalte zum Gegenstand:

- a) Die nach § 28 RStV erheblichen, unmittelbaren und mittelbaren Beteiligungen sowie die Kapital- und Stimmrechtsverhältnisse bei dem Antragsteller und den mit ihm im Sinne von § 15 AktG verbundenen Unternehmen.
- b) Angehörige im Sinne von § 15 Abgabenordnung unter den Beteiligten nach Nr. 1 sowie für organschaftlich tätige Personen.
- c) Gesellschaftsvertrag und satzungsrechtliche Bestimmungen.
- d) Vereinbarungen zwischen den nach § 28 RStV am Veranstalter Beteiligten mit Bezug auf
  - die gemeinsame Veranstaltung von Rundfunk,
  - Treuhandverhältnisse,
  - Beziehungen, die nach den §§ 26 und 28 RStV erheblich sind.

Erfasst werden damit alle vertraglichen Verpflichtungen, die für die Ermittlung vorherrschender Meinungsmacht und für die Zurechnungstatbestände nach § 28 RStV erheblich sind. Das gilt insbesondere für die in § 28 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und 2 RStV genannten Vereinbarungen, die zu einem „vergleichbaren Einfluss“ führen können.

<sup>74</sup> Beucher/Leyendecker/von Rosenberg: Rundfunkstaatsvertrag: § 26 Rn. 15, S. 278. Die Berufung auf *Ricker/Schiwy* ist ein Fehlzitat.

<sup>75</sup> Siehe schon etwa Hesse, Albrecht: Zur aktuellen Entwicklung des Rundfunkrechts, BayVBl. 1997, 132 ff., 165 ff., 167 f.

#### 4.2.6.2 Sachverhalte mit Auslandsbezug

Die Verpflichtung zur Beschaffung der Informationen, die für die Entscheidung über die Zulassung erheblich sind, gilt nach § 21 Abs. 3 RStV auch dann, wenn es sich dabei um Vorgänge außerhalb der Bundesrepublik Deutschland handelt. Maßgeblich ist, ob der Antragsteller tatsächlich die Möglichkeit hat, sich diese Unterlagen oder Informationen zu beschaffen. Die Möglichkeit wird in der Regel bestehen, wenn es sich um rechtsgeschäftliche Transaktionen handelt, an denen der Antragsteller beteiligt ist. Er soll sich bei der Gestaltung seiner Verhältnisse die Befugnis einräumen lassen, die für das Zulassungsverfahren wesentlichen Sachverhalte zu offenbaren.

#### 4.2.6.3 Adressaten der Mitwirkungspflichten

§ 21 Abs. 4 RStV erstreckt die genannten Mitwirkungspflichten auf natürliche und juristische Personen oder Personengesellschaften, die an dem Antragsteller unmittelbar oder mittelbar im Sinne von § 28 RStV beteiligt sind. Dazu gehören ohnehin die in § 21 Abs. 4 RStV zusätzlich genannten, mit dem Antragsteller „verbundenen“ Unternehmen oder Unternehmen, die „sonstige Einflüsse im Sinne der §§ 26 und 28 ausüben können“. Neue Zurechnungstatbestände werden dadurch nicht begründet. Die Erstreckung der Mitwirkungspflichten auf die dem Antragsteller zurechenbaren Unternehmen hat vielmehr den Zweck, die Erfüllbarkeit dieser Pflichten unabhängig von gesellschaftsrechtlich begründeten Vorbehalten zu gewährleisten. Ist etwa der Veranstalter von einem anderen Unternehmen abhängig, so ist er gesellschaftsrechtlich nicht in der Lage, die Mitwirkung des herrschenden Unternehmens zu erzwingen. Die im Beispielsfall für das herrschende Unternehmen begründeten Mitwirkungspflichten wirken sich im Falle der Nichterfüllung zu Lasten des Antragstellers aus.

### 4.2.7 Veränderung von Beteiligungsverhältnissen

#### 4.2.7.1 Meldepflichten (§ 29<sup>76</sup> und § 21 Abs. 7 RStV)

§ 29 RStV verpflichtet den Veranstalter und die im Sinne von § 28 RStV Beteiligten, „jede“ geplante Veränderung von Beteiligungsverhältnissen oder sonstigen Einflüssen vor ihrem Vollzug bei der zuständigen Landesmedienanstalt schriftlich anzumelden (abgesehen von den Fällen des § 29 Satz 5 RStV). Unter Vollzug ist die dinglich wirkende Veränderung der Beteiligungsverhältnisse zu verstehen. Ist eine aufschiebende Bedingung vereinbart, so ist die Veränderung noch nicht vollzogen (§ 158 Abs. 1 BGB). Der Zweck der Meldepflicht ist ein doppelter: Sie dient einmal der Transparenz der Beteiligungsverhältnisse an Rundfunkveranstaltern; sie dient zum anderen als Bestandteil der vorbeugenden Konzentrationskontrolle der Prüfung, ob die Voraussetzungen der Zulassung weiter vorliegen. Die Meldepflicht ist nach § 49 Abs. 1 Nr. 21 RStV bußgeldbewehrt. Das gilt unabhängig davon, welche Bedeutung die mitzuteilende Veränderung für die Zulassung des Veranstalters hat. Darin kommt zum Ausdruck, dass die Entscheidung, ob eine Veränderung von Beteiligungsverhältnissen für die Erlangung vorherrschender Meinungsmacht erheblich ist, der KEK vorbehalten ist.

---

<sup>76</sup> Zum Wortlaut der Vorschrift vgl. unten, Anhang 3, S. 444 f.

Die Ausnahme für geringfügige Beteiligungen an Aktiengesellschaften ist, wie es § 29 Satz 5 RStV vorsieht, in einer Richtlinie der KEK vom 14. 07. 1997 geregelt. Die Ausnahme ist jedenfalls grundsätzlich nicht analogiefähig.<sup>77</sup>

Der Unterschied von geplanten und meldepflichtigen zu vollzogenen Beteiligungsveränderungen erklärt die eigenständige Verpflichtung des Veranstalters nach § 21 Abs. 7 RStV, jeweils nach Ablauf eines Kalenderjahres unaufgefordert unverzüglich der jeweiligen Landesmedienanstalt mitzuteilen, ob und inwieweit innerhalb des abgelaufenen Kalenderjahres bei den nach § 28 RStV maßgeblichen Beteiligungs- und Zurechnungstatbeständen eine Veränderung eingetreten ist. Der Wortlaut spricht dafür, dass auch Fehlanzeigen zu erstatten sind. Die Verpflichtung ist bußgeldbewehrt (§ 49 Abs. 1 Nr. 26 RStV).

#### 4.2.7.2 Adressaten der Meldepflichten

Zur Mitteilung verpflichtet sind nach § 29 Satz 2 RStV der Veranstalter und die an ihm unmittelbar oder mittelbar nach § 28 Beteiligten. Der Kreis der danach Meldepflichtigen ist bei Unternehmensgruppen sehr groß. Es ist deshalb gerechtfertigt, die Meldepflicht auf den Veranstalter und die Unternehmen zu begrenzen, bei denen eine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse eintritt. Es kann offen bleiben, ob diese Begrenzung wegen des für Bußgeldtatbestände geltenden Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) verfassungsrechtlich geboten ist.<sup>78</sup>

#### 4.2.7.3 Überprüfung der Zulassung

Nach § 29 Satz 3 RStV dürfen Veränderungen nur dann als unbedenklich bestätigt werden, wenn unter den veränderten Voraussetzungen eine Zulassung erteilt werden könnte. Diese Prüfung erstreckt sich auf alle nach §§ 26, 28 RStV erheblichen Umstände, ist darauf aber auch begrenzt. Zuständig ist die KEK nach näherer Maßgabe des § 36 RStV. Die verfahrensrechtlichen Erfordernisse entsprechen dem Zulassungsverfahren nach § 21 RStV. Bleibt die medienkonzentrationsrechtliche Beurteilung unverändert, so bestätigt die Landesmedienanstalt die Veränderung als „unbedenklich“. Wird durch die Veränderung vorherrschende Meinungsmacht begründet, so kann der angezeigte Erwerb nicht „als unbedenklich bestätigt werden“ (§ 29 Satz 3 RStV). War der Beteiligungserwerb im Zeitpunkt der ablehnenden Entscheidung bereits vollzogen, so ist die Zulassung des Veranstalters zu widerrufen (§ 29 Satz 4 RStV). Für die Durchführung des Widerrufs verweist § 29 Satz 4 RStV auf das Landesrecht. Wie sich der Widerruf auf die Wirksamkeit des Beteiligungserwerbs auswirkt, wird vom Rundfunkstaatsvertrag nicht geregelt. Es fehlt auch eine § 41 Abs. 1 Satz 2 GWB entsprechende, für die Effektivität der präventiven Fusionskontrolle grundlegende Vorschrift, wonach Rechtsgeschäfte, die gegen das Vollzugsverbot verstoßen, unwirksam sind.<sup>79</sup> Auch nach dem Rundfunkstaatsvertrag ist der vorherige Vollzug grundsätzlich rechtswidrig.

<sup>77</sup> Vgl. unten, Kap. III, Abschnitt 2.5.1.3, S. 381; Anderer Ansicht: Beucher/Leyendecker/von Rosenberg: Mediengesetze 1998: § 29 RStV Rn. 17 und Rn. 6.

<sup>78</sup> So Engel, Christoph in: ZUM Sonderheft 1993, S. 557; übereinstimmend Beucher/Leyendecker/von Rosenberg: Mediengesetze, Kommentar, 1998: § 29 RStV Rn. 8.

<sup>79</sup> Vgl. unten, Kap. III, Abschnitt 2.5.2.3, S. 382.



## 5 Europarechtlicher Rahmen

### 5.1 Einleitung

Die Notwendigkeit einer europaweiten Konzentrationskontrolle im Rundfunksektor ist sowohl von der Europäischen Gemeinschaft als auch vom Europarat intensiv erörtert worden. Anlass hierfür war der in den letzten Jahren zu beobachtende Trend der Medienunternehmen, sich international zusammenzuschließen und auf dem europäischen Markt operierende Einheiten zu bilden.<sup>80</sup>

Die Europäische Gemeinschaft hat bei dem Versuch, Konzentrationsprozesse im Medien-sektor zu begrenzen, bisher zwei Wege verfolgt: eine konsequente Anwendung der wettbewerbs- und kartellrechtlichen Kontrollmechanismen einerseits (hierzu unter 5.3, S. 74 ff.) und die Erarbeitung eines Richtlinienentwurfs zur Harmonisierung nationaler Konzentrationsvorkehrungen andererseits (hierzu unter 5.4, S. 79 ff.).<sup>81</sup> Maßnahmen, die vorrangig der Sicherung des publizistischen Wettbewerbs dienen, kann die Gemeinschaft allerdings aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht treffen (hierzu s. u. 5.2). Initiativen zur medienspezifischen Konzentrationskontrolle hat zwar auch der Europarat ergriffen; sie sind jedoch bisher ausschließlich auf der politischen Ebene angesiedelt (hierzu unter 5.5, S. 82 ff.).

### 5.2 Keine Zuständigkeit der Europäischen Union für die Sicherung von Pluralismus

#### 5.2.1 Keine Bereichsausnahme und keine ausdrückliche Rundfunkkompetenz im EG-Vertrag

Der EG-Vertrag enthält keine Bereichsausnahme für den Rundfunk. Obwohl die Ausgestaltung der Rundfunkordnung und die Sicherung von Pluralismus zu den herkömmlichen Aufgaben der Mitgliedstaaten gehören, wird die Europäische Gemeinschaft in diesen Bereichen in Übereinstimmung mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung tätig (Art. 5 Abs. 1 EGV [Art. 3 b Abs. 1 EGV a. F.], Art. 5 EUV [Art. E EUV a. F.]).<sup>82</sup> Danach dürfen die Organe der EG sich nur dort rechtssetzend betätigen, wo eine Kompetenz der Gemeinschaft begründet ist.<sup>83</sup> Die Europäische Gemeinschaft selbst ist kein Staat und verfügt daher nicht über eine so genannte Kompetenz-Kompetenz, die es ihr erlaubt, originäre Zuständigkeiten zu begründen.<sup>84</sup>

---

80 Zu den internationalen Unternehmenszusammenschlüssen siehe die Darstellung bei Clausen-Muradian, Elisabeth: Konzentrationstendenzen und Wettbewerb im Bereich des privaten kommerziellen Rundfunks und die Rechtsprobleme staatlicher Rundfunkaufsicht, in: Europäische Hochschulschriften, Reihe 2, Band 2368, Frankfurt/Main u. a. 1998, S. 206 ff.

81 Wagner, Christoph: Konzentrationskontrolle im Medien-Binnenmarkt der EG, in: AfP 1992, S. 1 ff.

82 Der weiteren Darstellung wird die Nummerierung des EG- sowie des EU-Vertrags in der Fassung des Vertrags von Amsterdam zugrunde gelegt.

83 Allgemein zur Kompetenzordnung nach dem EG-Vertrag v. Bogdandy/Nettesheim, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard: Kommentar zur Europäischen Union, Art. 3 b Rn. 1 ff.; Oppermann, Thomas: Europarecht, § 6 Rn. 513 ff.; Schweitzer, Michael/Hummer, Waldemar: Europarecht, § 4 Rn. 335 ff. Siehe auch das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 89, 155 ff.

84 V. Bogdandy/Nettesheim in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard: Kommentar zur Europäischen Union, Art. 3 b EGV Rn. 3.

Eine Befugnisnorm, die der Gemeinschaft eigenständige Rundfunkkompetenzen zuweist,<sup>85</sup> ist auch durch den Maastrichter-<sup>86</sup> und den Amsterdamer-Vertrag<sup>87</sup> nicht begründet worden. Die in Art. 3 lit. q i. V. m. Art. 151 Abs. 2 EGV (Art. 3 lit. p i. V. m. Art. 128 Abs. 2 EGV a. F.) verankerte Kulturkompetenz enthält keine Handlungsermächtigung. Der Beitrag der Gemeinschaft für die Entfaltung des Kulturlebens in den Mitgliedstaaten, der gemäß Art. 151 Abs. 2, 4. Spiegelstrich EGV den audiovisuellen Bereich umfasst, ist auf Fördermaßnahmen beschränkt (Art. 151 Abs. 5 EGV).<sup>88</sup>

## 5.2.2 Regelungskompetenz aus den Art. 49 ff. EGV

Im Gegensatz zur Rechtslage innerhalb der Mitgliedstaaten kennt der EG-Vertrag keine starre und gegenständlich abgegrenzte Kompetenzaufteilung.<sup>89</sup> Neben einigen bereichsspezifischen Zuständigkeiten, beispielsweise für transeuropäische Netze nach Art. 154 ff. EGV (Art. 129 b EGV a. F.), kann sich die Gemeinschaft auf die so genannten Querschnittskompetenzen stützen. Zu den Querschnittskompetenzen zählen insbesondere die Grundfreiheiten des EG-Vertrags und somit auch die in den Art. 49 ff. EGV (Art. 59 ff. EGV a. F.) verankerte Dienstleistungsfreiheit.<sup>90</sup>

Bei der drahtlosen und der leitungsgebundenen Übermittlung von Informationen handelt es sich unabhängig von Art und Inhalt der Information um Dienstleistungen. Das gilt nach ständiger Rechtsprechung auch für Rundfunksendungen, und zwar unabhängig von der Technik der Übertragung.<sup>91</sup> In Deutschland wurde die Beurteilung von Rundfunksendungen als Dienstleistung im Sinne der Art. 49 ff. EGV von Beginn an kritisch beurteilt.<sup>92</sup> Die Kritik zielte vor allem darauf ab, die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundprinzipien der nationalen Rundfunkordnung gegenüber denen des europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbsrechts zu behaupten.<sup>93</sup>

Art. 49 EGV erfasst diskriminierende und unterschiedslos anwendbare Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit. Diskriminierende Beschränkungen können nur gerechtfertigt werden, wenn sie unter eine ausdrücklich abweichende Vorschrift des Gemeinschaftsrechts

85 Zuleeg, Manfred: Die Medienfreiheit und ihre Grenzen in Europa, in: ZUM 1997, S. 778–783, hier: S. 779; Dörr, Dieter: Möglichkeiten und Grenzen europäischer Medienpolitik: Konvergenz und Kompetenz, in: K & R 1999, S. 97–103, hier: S. 97 f.

86 Der Maastrichter-Vertrag ist am 01. 11. 1993 in Kraft getreten, BGBl. II 1993, Nr. 38 vom 30. 10. 1993, 1947.

87 BT-Drs. 13/9339 vom 03. 12. 1997, 1 ff. Der Amsterdamer Vertrag ist am 01. 05. 1999 in Kraft getreten, BGBl. II 1999, Nr. 10 vom 20. 04. 1999, 296.

88 Ausführlich hierzu: Frey, Dieter: Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnenmarkt der EG, Baden-Baden 1998, S. 28; Dörr, Dieter: EG-Vertrag, EU-Vertrag und Medienordnung, in: Institut für Europäisches Medienrecht, Europäisches Medienrecht, S. 12; Mestmäcker, Ernst-Joachim: Über den Einfluß von Ökonomie und Technik auf Recht und Organisation der Telekommunikation der elektronischen Medien, in: ders. (Hrsg.): Kommunikation ohne Monopole II, 1995, S. 162 ff.

89 Exemplarisch sei hier verwiesen auf den in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Zuständigkeitskatalog der Art. 73 bis 75 GG.

90 Hierzu siehe Holznapel, Bernd: Rundfunkrecht in Europa, Tübingen 1996, S. 128 f.; Bullinger, Martin/Mestmäcker, Ernst-Joachim: Multimediadienste, Struktur und staatliche Aufgaben nach deutschem und europäischem Recht, 1997, S. 88–110, sowie Mailänder, Peter: Konzentrationskontrolle a. a. O., S. 95.

91 Zuerst EuGH 30. 04. 1974 SLG 1974 409, 445/46 „Sacchi“; 26. 04. 1988 SLG 1988 I 2124, 2131 „Bond van Adverteeders“.

92 Für einen Überblick über die Diskussion siehe Ricker, Reinhart/Schiwy, Peter: Rundfunkverfassungsrecht, a. a. O., S. 476 ff.; zustimmend jedoch Mestmäcker, Ernst-Joachim/Engel, Christoph/Gabriel-Bräutigam, Karin/Hoffmann, Martin: Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die deutsche Rundfunkordnung, 1990, besonders S. 34 ff.

93 Ricker, Reinhart/Schiwy, Peter: ebda. S. 476 f., Balda, Volker/Schmits, Volker: Fernsehen ohne Grenzen auf dem Weg der Konvergenz, CR 1998, S. 421. Dazu auch BVerfGE 92, 203, 241.

fallen. Eine solche Vorschrift ist Art. 46 EGV, der Maßnahmen der Mitgliedstaaten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit von der Anwendbarkeit des Vertrages ausnimmt. Kulturpolitische Ziele wie die Aufrechterhaltung eines pluralistischen Presse- und Rundfunkwesens fallen jedoch nicht unter die genannten Rechtfertigungsgründe.<sup>94</sup> Etwas anderes gilt für unterschiedslos anwendbare Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit. Sie können rechtmäßig sein, sofern ihre Anwendung auf ausländische Erbringer von Dienstleistungen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist oder den Erfordernissen, die diesen Rechtsvorschriften zugrunde liegen, bereits durch die Vorschriften Genüge getan ist, die für den Dienstleister im Heimatstaat gelten.<sup>95</sup> Im Rundfunk gehört zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses eine Kulturpolitik, durch die Meinungsfreiheit und Pluralismus gewährleistet werden sollen.<sup>96</sup> Dieser Rechtfertigungsgrund ist im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen. Hier hat Art. 10 EMRK besondere Bedeutung.<sup>97</sup> Diese Rechtsprechung des EuGH ist durch Art. 6 Abs. 2 EUV (Art. F Abs. 2 EUV a. F.) bestätigt worden. Die Vorschrift lautet:

*Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der am 4. 11. 1950 in Rom verabschiedeten europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.*

*Die menschenrechtliche Gewährleistung der Meinungsfreiheit hat im Kontext des Gemeinschaftsrechts eine doppelte Funktion. Die Vorschrift begrenzt einmal die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses, aus denen an sich einschränkende mitgliedstaatliche Maßnahmen gerechtfertigt werden können. Die Vorschrift bildet aber zugleich eine Grundlage für den gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz gegenüber Hoheitsakten der EG-Institutionen.*

Die Fernsehrichtlinie<sup>98</sup> normiert in Übereinstimmung mit dem Ursprungslandprinzip die Empfangsfreiheit für Sendungen, die in Übereinstimmung mit dem Recht des Heimatstaates und unter Beachtung der durch die Richtlinie harmonisierten Mindestbedingungen ausgestrahlt werden. Zu den Mindestbedingungen gehören die Regeln über Werbung und Sponsoring, der Jugendschutz und das Recht der Gegendarstellung. Nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten Fernsehveranstalter, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, verpflichten, strengeren oder ausführlicheren Bestimmungen in den von der Richtlinie erfassten Bereichen nachzukommen. Nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie sollen die Mitgliedstaaten im Rahmen des praktisch Durchführbaren dafür Sorge tragen, dass die Fernsehveranstalter den Hauptteil ihrer Sendezeit in den Bereichen Information, Bildung, Kultur und Unterhaltung europäischen Werken vorbehalten.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das europäische Primärvertragsrecht keine Befugnis zur Gewährleistung medialer Vielfalt begründet. Die Mitgliedstaaten sind befugt, den Rundfunk unter Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit zu regeln, wenn dies den Zielen der Meinungsfreiheit und des Pluralismus dient.

94 EuGH 16. 12. 1992, Kommission/Belgien, SLG 1992 I 6757, 6777, Rn. 10.

95 EuGH 25. 07. 1991, SLG 1991 I 4007, 4040, Rn. 11 „Gouda“.

96 Ständige Rechtsprechung EuGH 25. 07. 1991, Kommission/Niederlande, SLG 1991 I 4069, 4097, Rn. 30.

97 EuGH 18. 06. 1991, SLG 1991 I 2591, 2960 Rn. 47 „ERT“.

98 Richtlinie des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität RL 89/552/EWG (Richtlinie zum Fernsehen ohne Grenzen) vom 03. 10. 1989, ABl. EG 1989 Nr. L 289 vom 17. 10. 1989, 23 ff., heute gültig in der revidierten Fassung, RL 97/36/EG vom 30. Juni 1997, ABl. EG Nr. L 202 vom 30. 07. 1997, 60 ff.

## 5.3 Konzentrationsbegrenzung durch Wettbewerbsregeln

### 5.3.1 Kompetenzen zur Sicherung des ökonomischen Wettbewerbs

Neben der Dienstleistungsfreiheit kommt den Kompetenzen der Europäischen Kommission zur Sicherung des ökonomischen Wettbewerbs innerhalb des EG-Binnenmarktes (vgl. Art. 3 lit. g EGV) besondere Bedeutung für die audiovisuellen Medien zu.<sup>99</sup> Obwohl die Art. 81 ff. EGV keine medienspezifischen Anknüpfungspunkte enthalten, tragen sie mittelbar zum pluralistischen Wettbewerb bei. Im Mittelpunkt des europäischen Wettbewerbsrechts steht die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.<sup>100</sup> Bis zum In-Kraft-Treten der Fusionskontrollverordnung war das Kartellverbot des Art. 81 EGV sowie das Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 82 EGV auf bestimmte Erscheinungsformen von Unternehmenszusammenschlüssen anwendbar. Sie erlaubten jedoch keine umfassende und systematische Konzentrationskontrolle. Die Fusionskontrollverordnung (FKVO) vom 21. September 1990<sup>101</sup> soll diese Mängel des Wettbewerbsrechts überwinden.

Die FKVO ist auf Zusammenschlüsse im Medienbereich anwendbar. Den Besonderheiten der Medienkonzentration trägt Art. 21 Abs. 3 FKVO Rechnung. Den Mitgliedstaaten ist die Befugnis vorbehalten, geeignete Maßnahmen zum Schutz der Medienvielfalt zu treffen. Voraussetzung ist die Vereinbarkeit dieser Maßnahmen mit den allgemeinen Grundsätzen sowie den übrigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts. Im Gegensatz zum Grundsatz der ausschließlichen Geltung der FKVO für alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung sind die Mitgliedstaaten befugt, einen Zusammenschluss zum Schutz der Medienvielfalt auch dann zu untersagen, wenn er von der EG-Kommission geprüft und nicht untersagt wurde.

Die Bedeutung der FKVO ist im Mediensektor im Vergleich zur rundfunkspezifischen Konzentrationskontrolle ähnlich wie die Fusionskontrolle nach dem GWB begrenzt: Das gilt zunächst im Hinblick auf die allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle. Sie betreffen den Tatbestand des Zusammenschlusses in Art. 3 FKVO sowie die in Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO normierten Schwellenwerte für Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung. Ebenso wie das deutsche Fusionskontrollrecht findet die FKVO keine Anwendung auf die Zulassung eines Unternehmens zur Veranstaltung von Rundfunk. Aus der Begrenzung der Fusionskontrolle auf Zusammenschlusstatbestände folgt ohne Weiteres, dass das interne Wachstum nicht erfasst wird.<sup>102</sup>

Bei der Prüfung des Zusammenschlusstatbestandes unberücksichtigt bleibt eine mögliche publizistische Beeinflussung von Rundfunkveranstaltern. Der wettbewerbsrechtlichen Ausrich-

99 Frey, Dieter: Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnenmarkt der EG, Baden-Baden 1998, S. 118 ff.; Mestmäcker, Ernst-Joachim: Wege zur Rundfunkfreiheit in Europa, in: ders. (Hrsg.): Offene Rundfunkordnung, 1988, besonders S. 30 ff.

100 Umfassend dazu Immenga, Ulrich in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.): EG-Wettbewerbsrecht, 1997, Bd. 1 FKVO, S. 775 ff.

101 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, 1, berichtigt in ABl. EG Nr. L 257 vom 21. 09. 1990, 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, 1.

102 Wagner, Christoph: Konzentrationskontrolle im Medien-Binnenmarkt der EG, in: AfP 1992, S. 1 ff., hier: S. 6; Frey, Dieter: Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnenmarkt der EG, Baden-Baden 1998, S. 162; Mailänder, Peter: Konzentrationskontrolle, a. a. O., S. 244; Beispiele für internes Wachstum sind die Gründung eines Tochterunternehmens oder die Ausstrahlung eines zusätzlichen Programms.

tung entsprechend umfasst der Kontrollbegriff des Art. 3 FKVO nur gesellschafts- und wirtschaftsrechtliche Beherrschungsmöglichkeiten. Zusammenschlüsse von Medienunternehmen und Unternehmen aus anderen Branchen werden gleich behandelt.<sup>103</sup>

Liegen die Voraussetzungen der gemeinschaftsweiten Bedeutung eines Zusammenschlusses nicht vor,<sup>104</sup> so bleiben die nationalen Wettbewerbsbehörden zuständig.<sup>105</sup>

### 5.3.2 Die Entscheidungspraxis der EG-Kommission auf Basis der FKVO

Die EG-Kommission hat eine Reihe von wichtigen Entscheidungen getroffen, welche das Fortschreiten der wirtschaftlichen Konzentration auf den audiovisuellen Märkten begrenzt haben.<sup>106</sup> Diese Entscheidungspraxis, die das Ziel hatte, den ökonomischen Wettbewerb zu fördern, hat mittelbar zur Sicherung des publizistischen Wettbewerbs beigetragen.

In bisher fünf Fällen hat die Kommission den geplanten Zusammenschluss mit dem Kartellrecht für unvereinbar erklärt. Jüngste Beispiele hierfür sind die am 27. Mai 1998 untersagten Fusionsvorhaben von Bertelsmann/Kirch/Premiere und Deutsche Telekom/BetaResearch im Bereich des digitalen Pay-TV.<sup>107</sup>

Die Kommission hatte zuvor bereits die Gründung der Media Service Gesellschaft (MSG), eines Gemeinschaftsunternehmens derselben Unternehmen, untersagt. Das Ziel bestand in der Erschließung des Zukunftsmarktes für technische und administrative Dienstleistungen für Pay-TV und anderer entgeltfinanzierter Kommunikationsdienste in Deutschland.<sup>108</sup> Das Ziel, den Markt des digitalen und entgeltfinanzierten Fernsehens gemeinsam zu erschließen, blieb unverändert. Im Jahr 1997 entschlossen sich die KirchGruppe und Bertelsmann, den wirtschaftlich angeschlagenen digitalen Pay-TV-Sender DF 1 (Kirch) und den analogen Pay-TV-Kanal Premiere (Bertelsmann) zusammenzuführen. Dieses Vorhaben wurde durch die Europäische Kommission im Mai 1998 untersagt.<sup>109</sup> Die fortgeführten Bemühungen, Premiere zum zentralen Anbieter digitalen Fernsehens auszubauen, wurden im Oktober desselben Jahres vom Bundeskartellamt untersagt.<sup>110</sup>

103 Zu den Auswirkungen im Medienbereich ausführlich Frey, Dieter: Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnenmarkt der EG, Baden-Baden 1998, S. 161 ff. Frey weist darauf hin, dass auch der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung durch ein Medienunternehmen im Ergebnis zu einer publizistischen „Beherrschung“ des Fernsehveranstalters führen kann, wenn die anderen Gesellschafter branchenfremde Unternehmen sind.

104 Vgl. Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO.

105 Ausführlich hierzu Frey, Dieter: Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnenmarkt der EG, Baden-Baden 1998, S. 168 ff.; Mailänder, Peter: Konzentrationskontrolle, a. a. O., S. 251 ff.; Clausen-Muradian, Elisabeth: Konzentrationstendenzen und Wettbewerb im Bereich des privaten kommerziellen Rundfunks und die Rechtsprobleme staatlicher Rundfunkaufsicht, in: Europäische Hochschulschriften, Reihe 2, Band 2368, Frankfurt/Main u. a. 1998, S. 221 ff., die besonders auf die Diskrepanz zwischen der europäischen und der bundesdeutschen Erfassungsschwelle nach dem GWB hinweist.

106 Für einen Überblick über sämtliche von der Kommission auf Basis der Fusionskontrollverordnung getroffenen Entscheidungen siehe die Auflistungen, abrufbar unter: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/peyear.htm>; für die Entscheidungen betreffend den audiovisuellen Sektor vgl. nachstehende Tabelle.

107 KOM (1998) 1439 endg. vom 27. 05. 1998, sowie KOM (1998) 1441 endg. vom 27. 05. 1998. Die Entscheidungen sind abgedruckt in: Media Perspektiven Dokumentation II/1998, 33 ff., 59 ff.; s. auch: Kap. II, Abschnitt 1.3, S. 208 ff.

108 Europäische Kommission, Entscheidung vom 09. 11. 1994 in der Sache Nr. IV/M.469 – MSG Media Service, ABl. EG Nr. L 364, vom 31. 12. 1994, 1 ff.

109 Entscheidung der Kommission vom 27. 05. 1998 bezüglich einer Zusammenarbeit auf dem Gebiet des digitalen Pay-TV, KOM (1998) 1439 endg., vgl. Media Perspektiven Dokumentation II/1998, 33 ff.

110 Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 06. 10. 1998, im Internet abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/6101998.html>.



Verfahren	Datum, Aktenzeichen	Entscheidung
ABC/Générale des Eaux/ Canal+/W. H.Smith TV	10. September 1991/ IV/M.110	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
Sunrise	13. Januar 1992/ IV/M.176	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. a FKVO ( <i>positiv</i> )
Kirch/Richemont/Telepiù	2. August 1994/ IV/M.410	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
Bertelsmann/ News International/VOX	6. September 1994/ IV/M.489	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
MSG Media Service	9. November 1994/ IV/M.469	Entscheidung nach Art.8 Abs.3 FKVO ( <i>negativ</i> )
VOX (II)	21. Dezember 1994/ IV/M.525	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
Kirch/Richemont/Multichoice/ Telepiù	5. Mai 1995/ IV/M.584	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
CLT/Disney/Super RTL	17. Mai 1995/ IV/M.566	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
Nordic Satellite Distribution	19. Juli 1995/ IV/M.490	Entscheidung nach Art.8 Abs.3 FKVO ( <i>negativ</i> )
Canal+/UFA/MDO	13. November 1995/ IV/M.655	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
Channel Five	22. Dezember 1995/ IV/M.673	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. a FKVO ( <i>positiv</i> )
Viacom/Bear Stearns	25. März 1996/ IV/M.717	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
RTL/Veronica/Endemol	17. Juli 1996/ IV/M.553	Entscheidung nach Art.8 Abs.2, 22 Abs.4 FKVO ( <i>negativ</i> )
n-tv	16. September 1996/ IV/M.810	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
Bertelsmann/CLT	7. Oktober 1996/ IV/M.779	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
ESPN/STAR	11. November 1996/ IV/M.826	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
Bell Cable Media/ Cable & Wireless/Videotron	11. Dezember 1996/ IV/M.853	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
Cable & Wireless/Nynex/ Bell Canada	11. Dezember 1996/ IV/M.865	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
RTL 7	14. Februar 1997/ IV/M. 878	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
Castle Tower/TDF/Candover/ Bershire – HSCo	27. Februar 1997/ IV/M.887	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
Dow Jones/NBC-CNBC Europe	22. Januar 1998/ IV/M.1081	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
Cable I Televisio de Catalunya	28. Januar 1998/ IV/M.1022	Entscheidung nach Art.6 Abs.1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )

Tabelle I-1: Fusionskontrolle in der Europäischen Union: Verfahren

Fortsetzung nächste Seite

Quelle: Europäische Kommission – Generaldirektion Wettbewerb



Verfahren	Datum, Aktenzeichen	Entscheidung
CLT-UFA/Havas Intermédiation	26. Februar 1998/ IV/M.999	Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
Bertelsmann/Kirch/Premiere	27. Mai 1998/ IV/M.993	Entscheidung nach Art. 8 Abs. 3 FKVO ( <i>negativ</i> )
Deutsche Telekom/ BetaResearch	27. Mai 1998/ IV/M.1027	Entscheidung nach Art. 8 Abs. 3 FKVO ( <i>negativ</i> )
Kirch/Mediaset	3. August 1999/ IV/M.1574	Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )
BSkyB/KirchPayTV	21. März 2000/ COMP/JV.37	Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO ( <i>positiv, unter Auflagen, nicht bestandskräftig</i> )
VOX/CLT-UFA	21. März 2000/ COMP/M.1889	Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO ( <i>positiv</i> )

Tabelle I-1: Fusionskontrolle in der Europäischen Union: Verfahren

Quelle: Europäische Kommission – Generaldirektion Wettbewerb

Weitere Untersagungsentscheidungen der Kommission betreffen die Gründung der Nordic Satellite Distribution (NSD),<sup>111</sup> eines Gemeinschaftsunternehmens unter Beteiligung von drei skandinavischen Telekommunikationsunternehmen zur Koordination der Aktivitäten im Bereich des Satellitenfernsehens; ferner die Gründung der Holland Media Group (HMG)<sup>112</sup>, in der die Kooperationspartner RTL, Veronica und Endemol ihre Geschäftstätigkeiten bei der Ausstrahlung von Fernsehprogrammen, der Platzierung von Fernsehwerbung und der Produktion von Programminhalten vereinigen wollten.<sup>113</sup>

Einen Überblick über die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission auf Basis der FKVO im Bereich der audiovisuellen Medien gibt die Tabelle I-1.<sup>114</sup>

Bei der kartellrechtlichen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist das entscheidende Kriterium die ausreichende Substituierbarkeit von Produkten und Dienstleistungen aus Sicht des Konsumenten. Die EG-Kommission unterscheidet zwischen den eigenständigen Bereichen Free-TV und Pay-TV, jedenfalls solange als mischfinanzierte Pay-TV-Programme und digitale Bouquets aus Free-TV- und Pay-TV-Programmen sich nicht durchgesetzt haben.<sup>115</sup> Im Pay-TV-Bereich grenzt sie einen Markt für Pay-TV-Dienste einschließlich der Sendeformen Pay-per-

111 Europäische Kommission, Entscheidung vom 19.07.1995 in der Sache Nr. IV/M.490 – Nordic Satellite Distribution, ABl. EG Nr. L 53, vom 02.03.1996, 20 ff.

112 Europäische Kommission, Entscheidung vom 20.09.1995 in der Sache Nr. IV/M.553 – RTL/Veronica/Endemol, ABl. EG Nr. L 134, vom 05.06.1996, 32 ff.

113 Ausführlich zur Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission siehe Frey, Dieter: Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnenmarkt der EG, Baden-Baden 1998, S. 184 ff.; Schellenberg, Martin: Rundfunkkonzentrationsbekämpfung zur Sicherung des Pluralismus im Rechtsvergleich, Baden-Baden 1997, S. 240 ff.; Jestaedt, Thomas/Anweiler, Jochen: EuZW 1997, 549 ff.; siehe auch Dörr, Dieter: Vielfaltssicherung durch die EU? Chancen und Risiken europäischer Medienpolitik, in: Media Perspektiven 1996, S. 87–92, hier: S. 89 f.; Mailänder, Peter: Konzentrationskontrolle, a. a. O., S. 196 ff.

114 Hierzu auch Jestaedt, Thomas/Anweiler, Jochen: EuZW 1997, 549 ff.; Frey, Dieter: Die europäische Fusionskontrolle und die Medienvielfalt, in: ZUM 1998, S. 986–1001, hier: S. 986, dort Fn. 9.

115 Fall IV/M.469 – MSG Media Service, ABl. EG vom 31.12.1994 Nr. L 364/1, Rn.32; Fall IV/M.779 – Bertelsmann/CLT, Rn. 16.

Channel und Pay-Per-View ab;<sup>116</sup> davon unterscheidet sie den „neuen“ Markt für digitale interaktive Bildschirmdienste.<sup>117</sup> Im Free-TV-Bereich untersucht sie die Stellung der Beteiligten auf dem Fernsehwerbemarkt, auf dem die Fernsehveranstalter als Anbieter von Werbezeit den Unternehmen der Werbeindustrie als Nachfrager gegenüberstehen.<sup>118</sup> Die Kommission lässt in ihren jüngeren Entscheidungen ausdrücklich offen, ob es daneben auch einen – aus Sicht des Zuschauers einheitlichen – „Zuschauermarkt“ oder „Fernsehmarkt“ im kartellrechtlichen Sinne gibt. Eine solche Sicht erscheint angesichts der fehlenden wirtschaftlichen Austauschbeziehung zwischen Zuschauer und Fernsehveranstalter und des Aspekts, dass der Zuschaueranteil in erster Linie etwas über publizistische Macht aussagt, problematisch.<sup>119</sup> Die Kommission zieht den Zuschaueranteil vielmehr als die entscheidende Bezugsgröße für die Beurteilung der Marktmacht auf dem Fernsehwerbemarkt heran.<sup>120</sup> Als benachbarte Märkte hat die EG-Kommission u. a. folgende Märkte untersucht: den Markt für die Auftragsproduktion von Fernsehsendungen (in Abgrenzung zu Eigenproduktionen),<sup>121</sup> für die Vermarktung von Werbezeiten durch Agenturen, für Erwerb und Lizenzierung von Film- und anderen Fictionrechten für das Fernsehen,<sup>122</sup> für die Bereitstellung von Transponderkapazität für Satellitenfernsehen und damit verbundene Dienstleistungen, für die Verteilung von Pay-TV- und anderen verschlüsselten Fernsehprogrammen an direkt empfangende Haushalte, für den Betrieb von Kabelfernsehtetzen,<sup>123</sup> für administrative und technische Dienstleistungen für Pay-TV.<sup>124</sup> Der Ansatz der Kommission, Medienaktivitäten in unterschiedliche Teilmärkte aufzuteilen, hat unter dem Gesichtspunkt der publizistischen Vielfalt einerseits den Vorteil, dass eine marktbeherrschende Stellung auf einem engeren Markt eher festgestellt wird; andererseits hat er zur Folge, dass sektorübergreifende Konzentrationen weniger erfasst werden.<sup>125</sup> Allerdings hat die Kommission durchaus auch intermediäre Verflechtungen in Betracht gezogen, z. B. hat sie die vertikale Integration von Unternehmen, die auf dem Fernsehwerbemarkt und auf dem Markt für unabhängig produzierte Fernsehprogramme tätig sind, und die Wechselbeziehungen zwischen dem Fernsehwerbemarkt und anderen Werbemärkten sowie im Verhältnis zum Pay-TV-Markt berücksichtigt.<sup>126</sup> Die Abgrenzung geografischer Märkte nimmt die Kommission im Bereich der audiovisuellen Medien aufgrund der derzeit bestehenden Sprachbarrieren und Unterschiede der Rechtsordnungen nach Ländergrenzen bzw. Sprachräumen vor.<sup>127</sup> Auch hier gilt, dass

116 Fall IV/M.469 – MSG Media Service, a. a. O., Rn. 32 ff., 38.

117 Fall IV/36.539 – aufgrund von Art. 81 Abs. 3 EGV – British Interactive Broadcasting open, Ziff. 4.11; Fall COMP/JV.37 – BSkyB/KirchPayTV, public version, Rn. 30–40.

118 Fall IV/M.553 – RTL/Veronica/Endemol vom 20. 09. 1995, ABl. EG vom 05. 06. 1996, Nr. L 134/32, Rn. 22 f.

119 Vgl. Schnelle, Ulrich/Bartosch, Andreas: Entwicklung der fusionskontrollrechtlichen Kommissionspraxis im Medien- und Telekommunikationssektor, BetriebsBerater 1999, S. 1933 ff., hier: S. 1934; s. auch oben, Kap. I, Abschnitt 1, S. 39 ff. und I, Abschnitt 2, S. 41.

120 Fall IV/M.1574 – Kirch/Mediaset, Rn. 11; Fall IV/M. 553 – RTL/Veronica/Endemol, a. a. O., Rn. 17 ff.; Fall IV/M. 779 – Bertelsmann/CLT, Rn.15; auch im Fall IV/M.553 – RTL/Veronica/Endemol wurde im Ergebnis nur der Fernsehwerbemarkt berücksichtigt.

121 Fall IV/M. 553 – RTL/Veronica/Endemol, a. a. O., Rn. 24.

122 Fall IV/M.1574 – Kirch/Mediaset, Rn. 13–15.

123 Fall IV/M. 490 – Nordic Satellite Distribution, ABl. EG vom 02. 03. 1996 Nr. L 53/20, Rn. 56–64.

124 Fall IV/M. 469 – MSG Media Service, a. a. O., Rn. 20; Fall IV/M. 993 – Bertelsmann/Kirch/Premiere, Rn. 19 ff.

125 Unter anderem aus diesem Grund hat das Europäische Parlament spezifische Regelungen zur Sicherung des Pluralismus gefordert, cit. bei Wagner, AfP 1992, 1, 11.

126 Fall IV/M. 553 – RTL/Veronica/Endemol, a. a. O., Rn. 76; Fall IV/M. 779 – Bertelsmann/CLT, Rn.14; Fall IV/M. 993 – Bertelsmann/Kirch/Premiere, Rn. 55.

127 Z. B. Fall IV/M. 410 – Kirch/Richemont/Telepiù, EEC Merger Control Reporter B 229, S. 1581 (1584 f.); Fall Nr. IV/M. 584 – Kirch/Richemont/Multichoice/Telepiù, Rn. 17; Fall Nr. IV/M. 779 – Bertelsmann/CLT, Rn. 20 f.

eine enge Marktabgrenzung unter dem Aspekt der Meinungsvielfaltsicherung vorteilhaft ist; andererseits kommt die Kommission so eher zu dem Ergebnis, die Gefahr der Koordination der Aktivitäten von Unternehmen aus verschiedenen Ländern sei zu verneinen.<sup>128</sup>

## 5.4 Harmonisierung der nationalen Medienkonzentrationsregelungen

Neben der Anwendung des Wettbewerbsrechts hat die Kommission geprüft, ob die europaweite Vielfaltsicherung durch eine Harmonisierung der verschiedenen nationalen medienpezifischen Konzentrationsvorschriften in Betracht kommt.

### 5.4.1 Das Grünbuch der EG-Kommission zu Pluralismus und Medienkonzentration im Binnenmarkt

Den Anstoß zur Diskussion über eine europäische Medienkonzentrationskontrolle gab die Europäische Kommission mit ihrem im Dezember 1992 veröffentlichten Grünbuch zu Pluralismus und Medienkonzentration im Binnenmarkt – Bewertung der Notwendigkeit einer Gemeinschaftsaktion.<sup>129</sup> Im Mittelpunkt stand die Frage nach der Erforderlichkeit gemeinschaftsweiter Aktivitäten zur Sicherung von Medienvielfalt.<sup>130</sup> Ziel des Grünbuchs war die Bewertung der Notwendigkeit einer Gemeinschaftsaktion angesichts der divergierenden einzelstaatlichen Regelungen zum Medieneigentum. Zwar gelangte die Kommission zu dem Ergebnis, dass Pluralismussicherung als solche kein Gemeinschaftsziel sei und folglich eine Kompetenzgrundlage fehle.<sup>131</sup> Die voneinander abweichenden nationalen Antikonzentrationsbestimmungen seien aber als ein Hindernis für das Funktionieren des EG-Binnenmarktes zu bewerten, indem sie Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr nach Art. 49 EGV und die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EGV schüfen.<sup>132</sup> Drei Optionen für einen europäischen Regulierungsansatz wurden zur Diskussion gestellt: Option I – keine Gemeinschaftsaktion, Option II – Vorschlag für eine Empfehlung zur Transparenzsicherung im Bereich des Medieneigentums, Option III – Vorschlag zur Harmonisierung der einzelstaatlichen medienpezifischen Konzentrationskontrolle wahlweise durch eine Richtlinie oder Verordnung des Rates oder eine Richtlinie oder Verordnung des Rates unter Gründung eines unabhängigen Ausschusses.<sup>133</sup> Die Kommission gab zum damaligen Zeitpunkt keiner dieser Optionen den Vorzug. Anders die Tendenz in der Zusammenfassung des ersten Konsultationsprozesses. Hier vertrat sie die Auffassung, dass eine europäische Initiative zur Frage des Eigentums an Medienunternehmen eine gute Ausgangsbasis für die Pluralismussicherung darstellen könne, und neigte damit deutlicher als bei der

128 Bsp. Fall IV/M.1574 – Kirch/Mediaset, Rn. 18.

129 KOM (92) 480 endg. vom 23. 12. 1992. Das Grünbuch geht zurück auf die Entschlüsse des Europäischen Parlaments vom 15. 02. 1990, ABl. EG Nr. C 68 vom 19. 03. 1990, 37 ff. und vom 16. 09. 1992, ABl. EG Nr. C 284, vom 02. 11. 1992, 44 f.

130 Ausführlich zum Inhalt des Grünbuchs v. Wallenberg, Gabriela: Das Grünbuch der EG-Kommission zu „Pluralismus und Medienkonzentration im Binnenmarkt“, in: WuW 1993, S. 910 ff.; Doyle, Gillian: 16 Cardozo Arts & Entertainment L. J. (1998), S. 451 ff., hier: S. 464 ff.; vgl. auch Brühann, Ulf: Pluralismus und Medienkonzentration im Binnenmarkt, in: ZUM 1993, S. 600 ff.

131 KOM (92) 480 endg., 57.

132 KOM (92) 480 endg., 97 f.

133 KOM (92) 480 endg., 107 ff.; siehe auch v. Wallenberg, Gabriela: Das Grünbuch der EG-Kommission zu „Pluralismus und Medienkonzentration im Binnenmarkt“, in: WuW 1993, S. 910 ff., hier: S. 911.

Vorlage des Grünbuchs zum Erlass einer europäischen Regelung, vorzugsweise einer Richtlinie.<sup>134</sup>

### 5.4.2 Empfehlungen und Stellungnahmen

Das Grünbuch hat Reaktionen von einer Vielzahl der betroffenen Akteure und Institutionen nach sich gezogen.<sup>135</sup> In seiner am 20. Januar 1994 hierzu verabschiedeten Entschließung sprach sich das Europäische Parlament für die Option III (dritte Variante) aus. Es forderte die Kommission zur Vorlage eines Richtlinienvorschlages auf, der „zum einen die nationalen Beschränkungen der Medienkonzentration harmonisiert und zum anderen es der Gemeinschaft ermöglicht, bei den pluralismusgefährdenden Konzentrationsvorgängen europäischer Dimension einzuschreiten“. Des Weiteren empfahl das Parlament die Einsetzung eines unabhängigen Ausschusses respektive eines „Europäischen Medienrates“.<sup>136</sup>

Die Notwendigkeit einer europäischen Initiative auf dem Gebiet der Medienkonzentrationskontrolle betonte auch der Wirtschafts- und Sozialausschuss in seiner Stellungnahme zum Pluralismus-Grünbuch. Ebenso wie das Parlament votierte der Ausschuss für eine baldige Gemeinschaftsaktion mit dem Ziel einer einheitlichen europaweiten Konzentrationsbestimmung für Print- und elektronische Medien und hielt die Schaffung eines unabhängigen Ausschusses (Option III, dritte Variante) für sinnvoll.<sup>137</sup>

Demgegenüber sprach sich die Mehrheit der Mitgliedstaaten in Fortschreibung ihrer bisherigen Haltung zu den Aktivitäten der Europäischen Union im audiovisuellen Sektor für die Option I (keine Gemeinschaftsaktion) aus.<sup>138</sup>

### 5.4.3 Konzentrationsrichtlinien-Entwurf

Als Reaktion auf die Forderungen von Parlament und Wirtschafts- und Sozialausschuss legte die Kommission im Herbst 1996 einen ersten internen Richtlinienentwurf zum „Schutz des Pluralismus in der Beherrschung der Medien“ vor, der aber nach kontroverser Diskussion alsbald wieder zurückgezogen wurde. Auch ein zweiter überarbeiteter Entwurf, der Vorschlag einer „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Eigentum an Medien im Binnenmarkt“, veröffentlicht im März 1997, wurde letztlich nicht von der Kommission verabschiedet. Erwogen wurde stattdessen die Ausarbeitung einer unverbindlichen Empfehlung.<sup>139</sup>

134 KOM (94) 353 endg., 45; Clausen-Muradian, Elisabeth: Konzentrationstendenzen und Wettbewerb im Bereich des privaten kommerziellen Rundfunks und die Rechtsprobleme staatlicher Rundfunkaufsicht, in: Europäische Hochschulschriften, Reihe 2, Band 2368, Frankfurt/Main u. a. 1998, S. 225 ff.; Henle, Victor: Europäisierung der Medienordnungen und der Medienunternehmen, in: ders., Fernsehen in Europa, München 1998, S. 31.

135 Dokumentiert in KOM (94) 353 endg.

136 Entschließung des Europäischen Parlaments zum Grünbuch der Kommission „Pluralismus und Medienkonzentration im Binnenmarkt“ vom 20.01.1994, ABl. EG Nr. C 44 vom 14.02.1994, S. 178 f.

137 Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Grünbuch der Kommission: Pluralismus und Medienkonzentration im Binnenmarkt, ABl. EG Nr. C 304 vom 10.11.1993, S. 17.

138 Henle, Victor: in: ders., Fernsehen in Europa, München 1998, S. 31, dort Fn. 50; Europäische Kommission, KOM (94), 353 endg., 14 ff.

139 Ress, Georg/Bröhmer, Jürgen: Europäische Gemeinschaft und Medienvielfalt, Frankfurt a. M. 1998, S. 18; Frey, Dieter: Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnenmarkt der EG, Baden-Baden 1998, S. 219; vgl. auch Doyle, Gillian: 16 Cardozo Arts & Entertainment L. J. (1998), 451 (468 ff.); weiter Mailänder, Peter: Konzentrationskontrolle, a. a. O., S. 332.

### 5.4.3.1 Der Regelungsgehalt der Richtlinienentwürfe

Die Gegenüberstellung beider Richtlinienentwürfe zeigt, dass sie, abgesehen von der Übergangsfrist des Art. 5 Abs. 3 (1997) und einigen sprachlichen Modifikationen, in ihrem Regelungsgehalt weitgehend identisch sind.

Der sachliche Anwendungsbereich beider Richtlinienentwürfe erstreckt sich auf Fernseh- und Hörfunkdienste sowie auf Tageszeitungen, die mindestens fünfmal wöchentlich erscheinen (Art. 1 lit. a–e). Anders als beispielsweise im Regelungsbereich der Fernsehrichtlinie sollen die Mitgliedstaaten nicht berechtigt sein, abweichende innerstaatliche Vorschriften zu erlassen (Art. 2 Abs. 2). Kernstück der Richtlinienvorschläge sind die jeweils in Art. 3 festgelegten Beteiligungshöchstgrenzen für Fernseh- (Abs. 1) und Hörfunkdienste (Abs. 2) sowie im medienübergreifenden Bereich (Abs. 3). Danach sind Unternehmen mit einem beherrschenden Einfluss auf die in Art. 3 Abs. 1, 2 genannten Medien eine weitere Beteiligung an der Veranstaltung von Fernseh- bzw. Hörfunkdiensten, die Verlängerung auslaufender Lizenzen oder die Übernahme von Rundfunkdiensten untersagt (monomediale Rundfunkkonzentration), sofern der ihnen zurechenbare Zuschaueranteil in einem Teil oder im gesamten Verbreitungsgebiet des Mediums nach Maßgabe des Art. 1 lit. k, l eine Höhe von 30 % erreicht oder überschreitet. Im Bereich der multimedialen Konzentration, der das Medium Presse einschließt, soll die zulässige Höchstgrenze bereits bei einem Marktanteil von 10 % des gesamten Medienmarkts erreicht sein (vgl. Art. 3 Abs. 3 sowie Art. 1 lit. n). Art. 4 der Richtlinienvorschläge nennt Beurteilungskriterien, die die nationalen Behörden bei ihrer Bestimmung des beherrschenden Einflusses berücksichtigen sollen. Dazu zählen die Beteiligungen am Geschäftskapital und den Stimmrechten in den Beschlussorganen der betreffenden Unternehmen (lit. a), die Finanzierung der Investitionen und die Forderungen der betreffenden Unternehmen (lit. b) sowie die Zuliefer- und Vertriebsverträge u. a. im Hinblick auf den Erwerb von Programmrechten (lit. d). Spezielle Ausnahme- und Übergangsvorschriften enthält Art. 5, wonach die Konzentrationsregeln des Art. 3 unter bestimmten Voraussetzungen im Bereich der lokalen Medien keine Anwendung finden (Art. 5 Abs. 1). Die in Art. 5 Abs. 2 normierten Ausnahmen lassen daneben abweichende Regelungen für den in den Mitgliedstaaten binnenpluralistisch organisierten öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu. Anders als der erste Richtlinienentwurf gewährt der Vorschlag aus dem Jahr 1997 den Mitgliedstaaten in Art. 5 Abs. 3 eine 10-jährige Übergangsfrist, während derer trotz einer Überschreitung der in Art. 3 verankerten Grenzen die Verlängerung einer Lizenz oder Übernahme eines Rundfunkdienstes gestattet werden kann. Dies setzt jedoch voraus, dass die Grenzüberschreitung nur innerhalb eines Mitgliedstaates eintritt und die Medienvielfalt durch entsprechende gesetzliche Vorgaben gesichert wird. Die Art. 6 bis 8 enthalten Vorgaben für die verwaltungstechnische Durchführung der Richtlinie, während nach Art. 9 die Kommission von einem beratenden Ausschuss unterstützt werden soll, der sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzt und von einem Vertreter der Kommission geleitet wird.<sup>140</sup>

<sup>140</sup> Deziert zum Entwurf der Konzentrationsrichtlinien Ress, Georg/Bröhmer, Jürgen: Europäische Gemeinschaft und Medienvielfalt, Frankfurt a. M. 1998, S. 20 ff., und zur Regelungsbefugnis der EG Frey, Dieter: Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnenmarkt der EG, Baden-Baden 1998, S. 220 ff.

### 5.4.3.2 Kritik an den Richtlinienentwürfen

Kritik haben die vorgelegten Richtlinienentwürfe wegen der mangelnden Kompetenz der Gemeinschaft und wegen der negativen Auswirkungen auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen erfahren.

Kompetenzrechtlich sollten die Richtlinien auf die Vorschriften der Art. 57 Abs. 2, 66 und 100 a EGV a. F. (Art. 47 Abs. 2, 55, 95 EGV n. F.) gestützt werden, die der Gemeinschaft umfassende Kompetenzen zur Herstellung des europäischen Binnenmarktes zuweisen. Man könnte allerdings bezweifeln, ob von den unterschiedlichen mitgliedstaatlichen medien-spezifischen Konzentrationsvorschriften tatsächlich europarechtsrelevante Beschränkungen für die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit ausgehen. So eröffnen z. B. die in den untersuchten Mitgliedstaaten gebräuchlichen Regeln zur Begrenzung der horizontalen oder vertikalen Konzentration durchaus erhebliche Spielräume für ausländische Unternehmen, sich an inländischen Veranstaltern zu beteiligen. Auch gibt es keine Hindernisse, eine eigenständige Lizenz zu erwerben. Zudem ist zu bedenken, dass die Pluralismussicherung nicht zur Zuständigkeit einer Wirtschaftsgemeinschaft gehört. Auch die Dienstleistungsfreiheit ist nicht geeignet, eine solche Kompetenz zu begründen. Soweit hier die Europäische Gemeinschaft regelnd tätig werden sollte und den Mitgliedstaaten einen Kernbereich ihrer Zuständigkeiten streitig machte, könnte von einem Verstoß gegen den Grundsatz des europafreundlichen Verhaltens<sup>141</sup> sowie gegen das Subsidiaritätsprinzip<sup>142</sup> gesprochen werden.

Gegen den von der Kommission konkret gewählten Ansatz spricht, dass manche nationalen Konzentrationsrechtlichen Vorkehrungen in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt würden. Gegenüber den im Entwurf gewählten Schwellenwerten müssten z. B. die im französischen und britischen Medienkonzentrationsrecht bestehenden Standards erheblich abgeschwächt werden.<sup>143</sup> Aus Sicht dieser Mitgliedstaaten wäre dann eine effektive mediale Vielfaltssicherung nicht mehr gewährleistet. Der hieraus resultierende Widerstand einiger Mitgliedstaaten gegen den Entwurf dürfte ein wichtiger Grund dafür sein, dass die Kommission bisher ihren Vorschlag der entsprechenden Richtlinie nicht weiter verfolgt hat.

## 5.5 Europarat

Der Europarat ist in der Nachkriegszeit gegründet worden, um Demokratie und Frieden in Europa zu fördern. Die Gewährleistung von Pluralismus und Meinungsvielfalt ist daher schon immer eines seiner vornehmlichsten Anliegen gewesen. Diese Tradition schlägt sich auch in der Auslegung von Art. 10 EMRK nieder, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) vorgenommen hat. Darüber hinaus hat der Europarat sich häufig zu den Konzentrations-tendenzen im Mediensektor geäußert.

141 Vgl. nur v. Bogdandy, Armin, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard: Kommentar zur Europäischen Union, Art. 1 EGV, Rn 38; Art. 5 EGV, Rn. 82.

142 Ausführlich zur Europarechtskonformität des Entwurfs siehe Ress, Georg/Bröhmer, Jürgen: Europäische Gemeinschaft und Medienvielfalt, Frankfurt a. M. 1998, S. 24 ff.

143 Vgl. hierzu unten, Kap. IV, S. 385 ff.



### 5.5.1 Pluralismussicherung als anerkannter Verfassungswert

In der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ist die Meinungsäußerungsfreiheit durch Art. 10 Abs. 1 EMRK geschützt. Obgleich im Gesetz nicht explizit erwähnt, sind hiervon die Rundfunk-, Presse- und Filmfreiheit ebenfalls erfasst.<sup>144</sup> Rechtsdogmatisch ist Art. 10 EMRK sowohl subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe im klassisch liberalen Grundrechtsverständnis als auch objektiver Maßstab für die Ausformung einer an demokratischen Werten orientierten Medienordnung.<sup>145</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat die Rundfunkfreiheit bislang jedoch – im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht – nicht als eine dienende Freiheit interpretiert und keine Verpflichtung der Gesetzgeber begründet, die Rundfunkordnung im Sinne des Vielfaltgebots auszugestalten.<sup>146</sup>

Der Gerichtshof hat jedoch die Pluralismussicherung als schutzwürdiges Gebot eingestuft und es dem Gesetzgeber damit gestattet, dieses Ziel bei seiner Rechtssetzung zu verfolgen. So können kommunikations- und kulturspezifische Regelungen, wie solche zur Gewährleistung einer pluralistischen Rundfunkordnung, sowohl über die Rundfunkklausel des Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK als auch über Art. 10 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sein.<sup>147</sup> Zwar ist im Wortlaut des Art. 10 Abs. 2 EMRK die Sicherung des audiovisuellen Pluralismus als legitimes Ziel nicht ausdrücklich vorgesehen, der Gerichtshof hat aber bereits im Groppera-<sup>148</sup> und nachfolgend im Autronic-Urteil<sup>149</sup> die Vorschrift weit ausgelegt. Danach dürfen Eingriffe in die Rundfunkfreiheit zum „Schutz der Rechte anderer“ erfolgen, wenn sie dem Zweck dienen, den „Pluralismus, insbesondere die Meinungsvielfalt“ zu fördern.<sup>150</sup> Eingriffe in die Rundfunkfreiheit sind jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn sie „vom Gesetz vorgeschrieben“ und „in einer demokratischen Gesellschaft unentbehrlich“ sind. Insoweit ist jeder Einzelfall gesondert zu bewerten.<sup>151</sup>

Die Auswirkungen dieser Auslegung von Art. 10 EMRK sind nicht nur auf die Tätigkeit des Europarats beschränkt. Der Europäische Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung die Grundrechte der Mitgliedstaaten, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben,<sup>152</sup> und die Europäische Menschenrechtskonvention als Maßstab für jegliches Handeln der Europäischen Gemeinschaft

144 Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vgl. nur EGMR, Urteil vom 28.03.1990 (Groppera), Serie A, Vol. 173; Urteil vom 22.05.1990 (Autronic), Serie A, Vol. 178; Urteil vom 24.11.1993 (Informationsverein Lentia), Serie A, Vol. 276.

145 Bröhmer, Jürgen: Die innerstaatliche und europarechtliche Bedeutung von Art. 10 EMRK für die Medienordnung, in: Europäisches Medienrecht – Fernsehen und seine gemeinschaftsrechtliche Regelung, EMR-Schriftenreihe, Band 18, München u. a. 1998, S. 79–93, hier: S. 92 f.

146 Insofern entfaltet Art. 10 Abs. 1 EMRK keine dem Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG vergleichbare Wirkung. Ausführlich zur Dogmatik des Art. 10 EMRK Holznapel, Bernd: Rundfunkrecht in Europa, a. a. O., S. 156 ff., sowie Frey, Dieter: Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnenmarkt der EG, Baden-Baden 1998, S. 54 ff.

147 Holznapel, Bernd: Rundfunkrecht in Europa, a. a. O., S. 157; ebenso Petersen, Nikolaus: Rundfunkfreiheit und EG-Vertrag: die Einwirkungen des europäischen Rechts auf die Ausgestaltung der nationalen Rundfunkordnungen, Baden-Baden 1994, S. 275; zur Eigenständigkeit des Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK, Mailänder, Peter: Konzentrationskontrolle, a. a. O., S. 122 ff.

148 EGMR, Urteil vom 28.03.1990 (Groppera), Serie A, Vol. 173, Rn. 69 f.

149 EGMR, Urteil vom 22.05.1990 (Autronic), Serie A, Vol. 178, Rn. 52.

150 Holznapel, Bernd: Rundfunkrecht in Europa, a. a. O., S. 156.

151 Ebda., S. 160; Bröhmer, Jürgen: Die innerstaatliche und europarechtliche Bedeutung von Art. 10 EMRK für die Medienordnung, in: Institut für Europäisches Medienrecht (Hrsg.): Europäisches Medienrecht – Fernsehen und seine gemeinschaftsrechtliche Regelung, München 1998, S. 79–93, hier: S. 92 f.

152 Vgl. nur EuGH, Urteil vom 17.12.1970, Rs. 11/70 – Internationale Handelsgesellschaft, Slg. 1970, 1125 (1135); EuGH, Urteil vom 14.05.1974, Rs. 4/73 – Nold, Slg. 1974, 491 (507 f.).

und damit gleichsam als europäischen Grundrechtskatalog anerkannt.<sup>153</sup> Die Vorschriften des EG-Rechts sind insofern jeweils im Lichte von Art. 10 EMRK zu interpretieren.<sup>154</sup>

### 5.5.2 Die konzentrationsrechtlichen Initiativen des Europarates

Ohne dass der Europarat bisher konkrete Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt verabschiedet hätte, hat die Problematik der audiovisuellen Vielfaltsicherung in eine Reihe seiner Stellungnahmen Eingang gefunden.<sup>155</sup>

Im Zusammenhang mit dem 1990 eingesetzten Expertenkomitee Medienkonzentration, das sich mit den Auswirkungen einer modernen Medienlandschaft auf den audiovisuellen Pluralismus befasste, wurde u. a. im Dezember 1991 eine umfangreiche Länderstudie zu den nationalen Regelungen zur Konzentrationskontrolle vorgelegt.<sup>156</sup> Weitere Studien folgten, die weniger auf die Formulierung konkreter regulativer Vorschläge als vielmehr auf den politischen Diskurs um die Bedeutung der Medienvielfalt für das demokratische Rechtsstaatsprinzip ausgerichtet waren.<sup>157</sup>

Insgesamt sind die Aktivitäten des Europarats damit vorrangig auf der Ebene politischer Absichtserklärungen anzusiedeln und weniger auf die Schaffung konkreter Rechtssetzungsinitiativen ausgerichtet. Insofern ist von Seiten des Europarates auch in nächster Zeit nicht mit konkreten Vorschlägen für einen europäischen Regulierungsansatz zu rechnen.

## 5.6 Fazit

Gegenwärtig ist auf europäischer Ebene noch weitgehend ungeklärt, ob es überhaupt einer europaweiten Maßnahme zur medienspezifischen Konzentrationsbegrenzung bedarf. Zwar ist das europäische Kartellrecht nicht hinreichend auf die Erfordernisse der Pluralismussicherung eingestellt. Die Europäische Kommission hat jedoch mit den Entscheidungen in Sachen *MSG Media Service* und *Premiere* gezeigt, dass sie in der Lage ist, mit ihrem Instrumentarium auch zur Vielfaltsicherung beizutragen. Sollte die freie öffentliche Meinungsbildung durch die Herausbildung international operierender Medienkonzerne zukünftig gefährdet werden, müsste verstärkt über medienspezifische Vorkehrungen zur Pluralismussicherung nachgedacht werden. Eine entsprechende Maßnahme der Europäischen Gemeinschaft würde jedoch voraussetzen,

153 Anders als die Mehrzahl der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen kennt das EG-Recht bisher keinen geschriebenen Grundrechtskatalog. Vgl. hierzu statt vieler Pieper, Stefan Ulrich: *Europarecht*, in: Bleckmann, Albert: *Europarecht: Das Recht der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Gemeinschaften*, Köln 1997, Rn. 99 sowie mit umfassenden Nachweisen zur Rechtsprechung des EuGH – Holznapel, Bernd: *Rundfunkrecht in Europa*, a. a. O., S. 150 ff. Vgl. auch Art. 6 Abs. 2 EUV.

154 Im Einzelnen ist das Verhältnis der EMRK zum Gemeinschaftsrecht allerdings nach wie vor umstritten. Während insoweit teilweise von einer unmittelbaren Bindung der Gemeinschaftsorgane an die EMRK ausgegangen wird, gibt die wohl überwiegende Meinung einer bloß mittelbaren Geltung den Vorzug, weil die Europäische Gemeinschaft wegen Art. 66 EMRK schon nicht Vertragspartner der EMRK ist. Näher hierzu zuletzt Grünwald, Andreas: *Schall und Rauch?*, Münster 1999, S. 47 ff. m. w. N.

155 Siehe nur Council of Europe, MM-CM (98) 6, Appendix III: *Draft Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Measures to Promote Media Pluralism*; Gornig, Gilbert-Hanno: *Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte*, S. 367 ff.

156 Lange, André/van Loon, Ad: *Pluralism, Concentration and Competition in the Media Sector*, IDATE – Montpellier, IVIR – University of Amsterdam, Straßburg 1991, S. 55 ff.

157 Hierzu siehe Council of Europe, *Recommendation on Measures to Promote Media Transparency*, No. R (94) 13; Doyle, Gillian: *16 Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* (1998), 451 (463 f.); Frey, Dieter: *Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnenmarkt der EG*, Baden-Baden 1998, S. 214 ff.

dass sie hierfür primärrechtlich über die notwendigen Kompetenzen verfügt. Eine entsprechende Auslegung von Art. 10 EMRK kommt dafür nach der Rechtsprechung des EuGH nicht in Betracht. Diese von der EG-Kommission im Grünbuch „Fernsehen ohne Grenzen“<sup>158</sup> vertretene Auffassung hat der EuGH zurückgewiesen. Zwar habe er für die Beachtung der Grundrechte im Bereich des Gemeinschaftsrechts Sorge zu tragen, er könne aber nicht prüfen, ob eine nationale Regelung, die nicht im Rahmen des Gemeinschaftsrechts liege, mit der EMRK vereinbar sei.<sup>159</sup> Art. 10 EMRK kommt mithin keine zuständigkeitsbegründende Wirkung zu. Die Mitgliedstaaten werden, wie die Erfahrung zeigt, der vertraglichen Begründung einer neuen Gemeinschaftskompetenz nur zustimmen, wenn ihnen hinreichende Spielräume verbleiben, um ihre eigene Tradition der Pluralismussicherung aufrechtzuerhalten.

---

158 Grünbuch über die Errichtung des gemeinsamen Marktes für den Rundfunk, insbesondere über Satellit und Kabel, Mitteilung der Kommission an den Rat, Brüssel 16.04.1984, KOM (84, 300 endgültig, S. 127).

159 EuGH 11.07.1985, SLG 1985 2605, 2627, Rn. 26 „Cinéthèque“; übereinstimmend EuGH 30.09.1987, SLG 3719, 3754, Rn. 28 „Demirell“.

