

# Inhalt

<b>Vorwort</b> .....	13
<b>Die Ergebnisse im Überblick</b> .....	15
<b>Kapitel I</b>	
<b>Medienkonzentration und Sicherung der Meinungsvielfalt</b> .....	35
<b>1 Konzentration im privaten Rundfunk und auf medienrelevanten verwandten Märkten</b> .....	35
1.1 Wirtschaftlicher und publizistischer Wettbewerb als Voraussetzung für Meinungsvielfalt .....	35
1.2 Ansatzpunkte für die Kontrolle von wirtschaftlichem und publizistischem Wettbewerb .....	36
1.3 Erscheinungsformen und Ursachen der Medienkonzentration .....	37
1.3.1 Horizontale Konzentration .....	37
1.3.2 Vertikale Konzentration .....	38
1.3.3 Diagonale Konzentration .....	39
<b>2 Medienspezifische Konzentrationskontrolle im Rundfunk</b> .....	41
2.1 Die verfassungsrechtlichen Grundlagen .....	41
2.1.1 Die Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit .....	41
2.1.2 Die Sicherung der Meinungsvielfalt als Pflichtaufgabe der Landesgesetzgeber .....	42
2.2 Die Sicherung der Meinungsvielfalt im bundesweiten Fernsehen nach dem Rundfunkstaatsvertrag (RStV) .....	43
2.2.1 Die Neuregelungen im 6. RÄndStV .....	44
2.2.1.1 Die 30-Prozent-Grenze des § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV .....	44
2.2.1.2 Das Verhältnis der Vermutungsgrenze des § 26 Abs. 2 zu § 26 Abs. 1 RStV .....	45
2.2.1.3 Die Problematik der neuen 25-Prozent-Grenze des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV .....	47
2.2.1.4 Die neue 20- bzw. 10-Prozent-Grenze und die Sendezeit für unabhängige Dritte .....	48
2.2.2 Die Rechtsfolgen einer „vorherrschenden Meinungsmacht“ .....	50
2.2.3 Die Regelungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt und das Kartellrecht ..	51
2.3 Der europarechtliche Rahmen .....	52
2.3.1 Die (Un-)Zuständigkeit der Europäischen Union für die Sicherung des Pluralismus .....	52
2.3.1.1 Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben – Rundfunkkompetenz aus dem EG-Vertrag .....	52

2.3.1.1.1	Die Grundfreiheiten – Regelungskompetenz aus Art. 49 ff. EG .....	53
2.3.1.1.2	Die Kompetenzen aus dem europäischen Wettbewerbs- und Kartellrecht .....	53
2.3.1.2	Entscheidungen der EU-Kommission im Medienbereich .....	57
2.3.1.3	Gesetzgebung, Richtlinien, Entscheidungen, Stellungnahmen der EU .....	59
2.3.1.3.1	EG-Fernsehrichtlinie .....	59
2.3.1.3.2	Harmonisierung der nationalen Medienkonzentrationsregelungen – Grünbücher .....	59
2.3.1.3.3	Neuer Rechtsrahmen für Kommunikationsnetze und -dienste .....	60
2.3.1.3.4	Die Mitteilung der Kommission zum „Recht auf die Parabolantenne“ .....	61
2.3.1.3.5	EU-Charta .....	63
2.3.2	Europarat .....	63
2.3.3	Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) ....	64
2.3.4	Fazit .....	65

## Kapitel II

### Konzentrationsentwicklung im privaten Rundfunk .....

<b>1</b>	<b>Bundesweites Fernsehen .....</b>	<b>67</b>
1.1	Entwicklung des Programmangebots .....	67
1.2	Entwicklung der Veranstaltergruppen .....	79
1.2.1	Bertelsmann AG/RTL Group .....	84
1.2.1.1	Beteiligungsverhältnisse .....	85
1.2.1.2	Unternehmensbereiche der Bertelsmann AG .....	87
1.2.1.3	RTL Group .....	87
1.2.1.4	Weitere Geschäftsbereiche der Bertelsmann AG .....	96
1.2.2	ProSiebenSAT.1 Media AG .....	99
1.2.2.1	Beteiligungsverhältnisse .....	99
1.2.2.2	Veranstalterbeteiligungen .....	101
1.2.2.3	Weitere Geschäftsfelder .....	103
1.2.2.4	Aktuelle Entwicklungen .....	104
1.2.3	Tele-München-Gruppe und EM.TV & Merchandising AG .....	104
1.2.3.1	Beteiligungsverhältnisse .....	104
1.2.3.2	Veranstalterbeteiligungen .....	105
1.2.3.3	Geschäftsfelder der Tele-München-Gruppe .....	107
1.2.3.4	Geschäftsfelder der EM.TV & Merchandising AG .....	108
1.2.4	Vivendi Universal S. A. ....	109
1.2.4.1	Veranstalterbeteiligungen in Deutschland .....	110
1.2.4.2	Beteiligungsverhältnisse und europäische Geschäftsfelder .....	112
1.2.4.3	Das Geschäftsfeld USA: Vivendi Universal Entertainment (VUE) ..	115
1.2.4.4	Aktuelle Entwicklung .....	116

1.2.5	AOL Time Warner, Inc. ....	116
1.2.5.1	Veranstalterbeteiligungen in Deutschland .....	116
1.2.5.2	Beteiligungsverhältnisse und Geschäftsfelder .....	121
1.2.5.3	Medien- und wettbewerbsrechtliche Prüfungen des Zusammen- schlusses AOL Time Warner durch US-amerikanische und europäische Behörden .....	125
1.2.5.4	Aktuelle Entwicklungen .....	126
1.2.6	Viacom, Inc. ....	127
1.2.6.1	Veranstalterbeteiligungen in Deutschland .....	128
1.2.6.2	Beteiligungsverhältnisse und Geschäftsfelder .....	130
1.2.7	The Walt Disney Company .....	133
1.2.7.1	Veranstalterbeteiligungen in Deutschland .....	134
1.2.7.2	Beteiligungsverhältnisse und Geschäftsfelder .....	136
1.2.8	The News Corporation Limited .....	138
1.2.8.1	Veranstalterbeteiligungen in Deutschland .....	138
1.2.8.2	Beteiligungsverhältnisse und Geschäftsfelder .....	140
1.2.8.3	Sky Global .....	142
1.2.8.4	Beteiligungen von News Corp. in Großbritannien .....	145
1.2.8.5	USA .....	148
1.2.9	Fininvest S. p. A. und Mediaset S. p. A. ....	152
1.2.9.1	Veranstalterbeteiligungen in Deutschland .....	152
1.2.9.2	Beteiligungsverhältnisse und Geschäftsfelder .....	152
1.2.9.3	Fininvest S. p. A. und die Regierung des Bündnisses Casa delle libertà .....	154
1.2.10	Fazit .....	157
<b>2</b>	<b>Verflechtungen zwischen Fernsehen und medienrelevanten verwandten Märkten</b> .	<b>158</b>
2.1	Fiction-Rechte .....	161
2.1.1	Stellenwert fiktionaler Programme .....	162
2.1.1.1	Frei empfangbares Fernsehen .....	162
2.1.1.2	Pay-TV .....	165
2.1.2	Der Markt für die Beschaffung von Fiction-Programmen .....	167
2.1.3	Der Markt für Auftragsproduktion .....	169
2.1.3.1	Horizontale Konzentration .....	172
2.1.3.2	Vertikale Integration .....	174
2.1.3.3	Abhängigkeit der TV-Produzenten von Fernsehveranstaltern ....	178
2.1.4	Der Markt für Kaufprogramme .....	179
2.1.4.1	Fiction-Rechtehändler .....	181
2.1.4.2	Output-Deals und Paketverträge .....	183
2.1.5	Fazit .....	186
2.2	Kinderprogrammrechte .....	187
2.2.1	Kinderprogrammangebote im bundesweiten Fernsehen .....	187
2.2.2	Gesellschafterveränderungen bei Kinderspartenprogrammen .....	190
2.2.3	Der Markt für die Beschaffung von Kinderprogrammrechten .....	190
2.2.3.1	Vertikale Verflechtungen von Veranstaltern und Produzenten bzw. Rechtehändlern .....	191

2.2.3.2	Produzenten bzw. Rechthändler ohne maßgebliche Veranstalterbeteiligung .....	193
2.2.4	Fazit .....	195
2.3	Sportrechte .....	195
2.3.1	Sportprogramme im Fernsehen .....	196
2.3.1.1	Sportsendungen in Vollprogrammen .....	196
2.3.1.2	Sportspartenprogramme .....	197
2.3.2	Entwicklungen im Sportrechtehandel .....	204
2.3.2.1	Die originären Rechteinhaber .....	205
2.3.2.2	Die Rechte: Korrektur bei der Preisentwicklung .....	209
2.3.2.3	Die Rechteagenturen .....	211
2.3.3	Fazit .....	213
2.4	Beschaffung von Informationen und Rechten an Nachrichtenmaterial .....	214
2.4.1	Informations- und Nachrichtensendungen im bundesweiten Fernsehen ...	215
2.4.2	Bezugsquellen für Informations- und Nachrichtenmaterial .....	219
2.4.3	Vertikale Integration von Nachrichtenagenturen bzw. -dienstleistern .....	221
2.4.4	Zugang zu Rechten an Informations- und Nachrichtenmaterial .....	222
2.4.5	Vielfalt der Informationsquellen .....	223
2.4.6	Fazit .....	225
2.5	Programmzeitschriften .....	225
2.5.1	Entwicklung des Programmzeitschriftenmarkts .....	226
2.5.2	Supplements und sonstige Presseerzeugnisse .....	228
2.5.3	Elektronische Programminformationsquellen .....	230
2.5.4	Fazit .....	231
2.6	Fernsehwerbung .....	231
2.6.1	Bedeutung der Fernsehwerbung für das private Fernsehen .....	232
2.6.2	Entwicklung des TV-Werbemarkts .....	233
2.6.3	Marktanteile der Fernsehsender .....	236
2.6.4	Vermarktungsgesellschaften .....	239
2.6.5	Fazit .....	240
2.7	Technische und administrative Dienstleistungen für digitales Fernsehen und Pay-TV	241
2.7.1	Medienrelevante Dienstleistungen für den Betrieb von digitalem Fernsehen und Pay-TV .....	241
2.7.2	Multiplexierung .....	243
2.7.3	Digitale Programm- bzw. Vermarktungsplattformen .....	245
2.7.4	Errichtung und Betrieb eines digitalen Zugangs- und Abrechnungssystems (Conditional-Access-(CA-)Systeme) .....	248
2.7.5	Betrieb der Decoderinfrastruktur .....	250
2.7.6	Elektronische Programmführer .....	255
2.7.6.1	Bedeutung von elektronischen Navigationssystemen beim Digitalfernsehen .....	255
2.7.6.2	Navigationssysteme, EPG und Medienkonzentration .....	256
2.7.6.3	Entwicklungsstand .....	258
2.7.6.4	EPG und Application Programming Interface (API) .....	258
2.7.7	Fazit .....	260

2.8	Übertragungswege (Kabel, Terrestrik, Satellit, Internet) .....	261
2.8.1	Die Digitalisierung der Kommunikationswege .....	261
2.8.2	Kabel .....	262
2.8.3	Terrestrik .....	265
2.8.4	Satellit .....	265
2.8.5	Internet .....	266
2.8.5.1	Technische Grundlagen für Fernsehübertragungen per Internet .	267
2.8.5.2	Video-on-Demand über das Internet .....	272
2.8.5.3	Angebote an Fernsehen im Internet .....	272
2.8.5.3.1	Abruf von Fernsehprogrammen in Echtzeit (Live-Video-Stream) .....	272
2.8.5.3.2	Stream-on-Demand .....	274
2.8.5.4	Bedeutung der Entwicklung des Internets für Fernsehübertragungen .....	275
2.8.6	Fazit .....	275
2.9	Ballungsraumfernsehen .....	276
2.9.1	Wirtschaftliche Voraussetzungen .....	276
2.9.2	Programmangebote .....	277
2.9.3	Vermarktung von Ballungsraumsendern .....	280
2.9.4	Seherkreis .....	281
2.9.5	Programmulieferung .....	282
2.9.6	Fazit .....	282
2.10	Teleshopping .....	283
2.10.1	Rechtliche Einordnung .....	283
2.10.2	Programmangebote .....	284
2.10.3	Fazit .....	286
2.11	Presse .....	286
2.11.1	Verflechtungen von bundesweitem Fernsehen und Presse .....	286
2.11.2	Beteiligungen von Presseunternehmen an Veranstaltern von bundesweitem Fernsehen .....	287
2.11.3	Beteiligungen von Fernsehveranstaltern an Presseunternehmen .....	290
2.11.4	Cross-Promotion .....	291
2.11.5	Fazit .....	293
2.12	Hörfunk .....	293
2.12.1	Die Angebots- und Anbieterstruktur im privaten Hörfunk .....	293
2.12.2	Bedeutende Eigner von landes- und bundesweiten Sendern .....	299
2.12.2.1	RTL Group .....	301
2.12.2.2	Axel Springer AG .....	306
2.12.2.3	Hubert Burda Media Holding GmbH & Co. KG .....	309
2.12.2.4	Verlagsgesellschaft Madsack .....	312
2.12.2.5	Radio Schleswig-Holstein KG GmbH & Co. ....	313
2.12.2.6	Nordwest Medien GmbH & Co. KG .....	315
2.12.2.7	Ippen-Gruppe .....	317
2.12.2.8	Medien Union GmbH .....	318
2.12.2.9	Frank Otto Medienbeteiligungs GmbH & Co. KG .....	320
2.12.2.10	Radio NRJ GmbH .....	321
2.12.2.11	Oschmann-Gruppe .....	322

2.12.3	Vermarktungsunternehmen und Programmzulieferer .....	328
2.12.3.1	Vermarktungsunternehmen .....	328
2.12.3.2	Programmzulieferer .....	330
2.12.4	Fazit .....	331
2.13	Online-Medien .....	333
2.13.1	Cross-Ownership zwischen Fernsehen und Online-Angeboten .....	333
2.13.2	Entwicklung der Internet- und Online-Nutzung in Deutschland .....	337
2.13.3	Strategie der Fernsehsender im Internet, dargestellt am Beispiel der RTL Group .....	339
2.13.4	Daten über die Nutzung der Online-Angebote der Fernsehsender im Internet .....	341
2.13.5	Fazit .....	347
<b>Kapitel III</b>		
<b>Internationale Entwicklungen – Entwicklung der Regulierung der Medienkonzentration .....</b>		
		<b>349</b>
<b>1</b>	<b>USA .....</b>	<b>349</b>
1.1	Reform der US-Medienregulierung .....	349
1.2	Rolle des Kongresses und der Gerichte .....	350
1.3	2003 modifizierten Regeln im Einzelnen .....	350
1.3.1	Horizontale Konzentrationskontrolle .....	350
1.3.2	Vertikale Konzentrationskontrolle .....	351
1.3.3	Cross-Ownership-Regelung zwischen Rundfunk und Tageszeitungen .....	351
1.3.4	Eigentum an lokalen Radiosendern .....	352
1.3.5	Dual-Network-Ownership-Prohibition .....	352
1.4	Reaktionen des US-Senats .....	352
<b>2</b>	<b>Großbritannien .....</b>	<b>353</b>
2.1	Reform des britischen Medien- und Telekommunikationsrechts .....	353
2.2	Grundstrukturen der Reform .....	353
2.2.1	Institutionelle Ausgestaltung der Regulierung: die Gründung von OFCOM ..	354
2.2.2	Neuerungen bei der Regulierung .....	354
2.2.3	Must-Carry-Regel .....	356
2.2.4	Zulassung des Handels mit Frequenzen .....	356
2.2.5	Modifikation des medienspezifischen Konzentrationsrechts .....	356
2.2.6	Beseitigung von Disqualifizierungsregeln .....	357
2.3	Gesetzgebungsverfahren .....	358
<b>3</b>	<b>Italien .....</b>	<b>358</b>
3.1	Reform des Mediengesetzes (Legge Gasparri) .....	358
3.2	Strukturveränderungen im öffentlich-rechtlichen Rundfunk .....	359
3.2.1	Umstrukturierungen bei der RAI .....	359
3.2.2	Neuordnung des Rundfunkrates .....	359
3.3	Gelockerte Werbebestimmungen bei den privaten Rundfunkanbietern .....	359
3.3.1	Neudefinition des relevanten Marktes .....	359
3.3.2	Stundenbegrenzung für Werbung .....	360

3.4	Neue Medienkonzentrationsregelungen .....	360
3.4.1	Horizontale Konzentrationsregelungen .....	360
3.4.2	Cross-Media-Ownership .....	360
3.5	Voranschreitende Digitalisierung .....	360
<b>4</b>	<b>Schweiz</b> .....	<b>361</b>
4.1	Reform des Schweizer Radio- und Fernsehgesetzes (RTVG) .....	361
4.1.1	Sicherung eines starken Service-public .....	361
4.1.2	Verbesserung der Bedingungen für private Radio- und Fernsehveranstalter .	362
4.1.3	Maßnahmen gegen die Medienkonzentration .....	362

## Kapitel IV

### Anwendung der §§ 26 bis 32 RStV .....

<b>1</b>	<b>Verfahrensfragen</b> .....	<b>365</b>
1.1	Überblick .....	365
1.2	Zuständigkeitskonflikte .....	366
1.2.1	Vorlagepflichten .....	366
1.2.1.1	Zulassungsverlängerungen .....	366
1.2.1.2	Zulassungen anderer Konzernunternehmen anstelle des bisherigen Lizenznehmers .....	367
1.2.2	Anwendung der Bonusregelung .....	368
1.2.3	Künftige Einschränkung der Kompetenzen der KEK durch den 7. RÄndStV .	368
1.3	Informationsmöglichkeiten und -defizite .....	369
1.3.1	Informationsmängel im Rahmen der Medienkonzentrationskontrolle .....	369
1.3.2	Ermittlungsbefugnisse im Rahmen eigenständiger Aufgaben .....	370
1.3.2.1	Programmliste und Zuschaueranteilsermittlung .....	370
1.3.2.2	Konzentrationsbericht .....	370
1.3.3	Publizitätspflichten (Programmbezugsquellen) .....	371
1.3.4	Informationsaustausch mit anderen Einrichtungen .....	371
<b>2</b>	<b>Schwerpunkte der Anwendungspraxis und Reformbedarf</b> .....	<b>372</b>
2.1	§ 26 RStV: Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen .....	372
2.1.1	§ 26 Abs. 1 und 2 RStV .....	372
2.1.1.1	Bonusregelung, § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV .....	372
2.1.1.1.1	Anwendungspraxis .....	372
2.1.1.1.2	Geplante Änderung durch den 7. RÄndStV .....	373
2.1.1.2	Medienrelevante verwandte Märkte .....	374
2.1.1.2.1	Anwendungspraxis .....	374
2.1.1.2.2	Überlegungen zur Gesamtbetrachtung nach § 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alt. RStV .....	375
2.1.2	§ 26 Abs. 5 RStV i. V. m. § 31 RStV: Sendezeiten für unabhängige Dritte ....	375
2.1.2.1	Benehmensherstellung .....	376
2.1.2.2	Reichweite der Regionalfensterprogramme .....	376
2.1.2.3	Auswahl des unabhängigen Dritten .....	378
2.1.2.4	Lizenzdauer .....	378
2.1.2.5	Platzierung der Drittsendezeiten .....	379

2.2	§ 27 RStV: Bestimmung der Zuschaueranteile .....	379
2.2.1	Anwendung der Übergangsbestimmung des § 34 RStV .....	379
2.2.2	Berücksichtigung der EU-Ausländer bei der Bestimmung der Zuschaueranteile .....	380
2.2.3	Senderbezogene Messung der Zuschaueranteile des digitalen Fernsehens .	380
2.2.4	Ausweitung der Veröffentlichungspraxis durch die AGF/GfK-Fernsehforschung .....	380
2.2.5	Zuschaueranteile der Premiere-Programmplattform .....	381
2.2.6	Gutachten: Das Zuschaueranteilsmodell – Herausforderung durch Pay-TV und Online-Medien .....	381
2.2.7	Problemfeld: Zuschaueranteile von Drittfenstern und der DCTP-Programme auf VOX .....	382
2.3	§ 28 RStV: Zurechnung von Programmen .....	382
2.3.1	Zurechnung nach § 28 Abs. 1 Satz 1 RStV .....	383
2.3.2	Zurechnung nach § 28 Abs. 1 Satz 2 RStV .....	384
2.3.3	Zurechnung nach § 28 Abs. 1 Satz 3 RStV .....	385
2.3.4	Zurechnung nach § 28 Abs. 2 RStV .....	386
2.4	§ 29 RStV: Veränderung von Beteiligungsverhältnissen .....	387
2.4.1	Umfang der Anmeldepflicht .....	387
2.4.1.1	Anmeldepflichtige Veränderungen .....	387
2.4.1.2	Konzerninterne Umstrukturierung und Wechsel des Zulassungsnehmers .....	387
2.4.1.3	Börsennotierte Aktiengesellschaften .....	389
2.4.2	Vollzugsdefizite .....	389
<b>Kapitel V</b>		
<b>Schlussfolgerungen</b> .....		<b>391</b>
<b>Anhang</b> .....		<b>395</b>
§§ 26 bis 34 RStV .....		395
<b>Abbildungs- und Tabellenverzeichnis</b> .....		<b>403</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....		<b>409</b>
<b>Sachregister</b> .....		<b>415</b>



# Vorwort

Die erfreulich große Resonanz, die der erste Konzentrationsbericht der KEK vom Juli 2000 bei allen für die Freiheiten in einer Informationsgesellschaft eintretenden Unternehmen, Bürgern, Wissenschaftlern, Verwaltungsstellen und Politikern auch über die Landesgrenzen hinaus erfahren hat, war Anreiz, die Sorge um die Sicherung der Meinungsvielfalt im bundesweiten Fernsehen auch im Folgebericht wach zu halten. Die KEK entspricht mit diesem zweiten Konzentrationsbericht der ihr durch § 26 Abs. 6 RStV gestellten Aufgabe.

Der Bericht ist unter den Leittitel „Sicherung der Meinungsvielfalt in Zeiten des Umbruchs“ gestellt. Die Kommission thematisiert damit ihre Vorstellungen, dass vorbeugender Schutz gegen das Entstehen vorherrschender Meinungsmacht aller Anstrengungen der dafür gesetzgeberische Verantwortung tragenden Bundesländer wert ist und gegen wechselnde interessenpolitische Einflüsse gefeit bleiben muss. Dies gilt in gesteigerter Form in Zeiten des Umbruchs. In technischer Hinsicht wird dieser Umbruch bei der Umstellung von der analogen auf die digitale Sendetechnik absehbar. Auch das wirtschaftliche Umfeld für die Veranstaltung von Fernsehen stellt in rezessiven Perioden neue Herausforderungen, denen zuletzt die KirchGruppe als der neben dem Bertelsmann-Konzern andere große Verbund von Programmveranstaltern nicht gewachsen war; es bleibt abzuwarten, ob der Fernsehmarkt wieder zum sich annähernden Gleichgewicht zweier Sender-Gruppen tendiert und mit dem Wettbewerb zwischen diesen auch die Meinungsvielfalt fördert. Auch im politischen Raum ist Umbruch bemerkbar: Der in diesen Tagen ausgebrochene Streit um den Grad der Deregulierung des Medienkonzentrationsrechts in den USA ist Beleg dieser Spannungsbeziehung zwischen Wettbewerbs- und Meinungsfreiheit. Im Geltungsbereich des Rundfunkstaatsvertrags ist diese Sensibilität bei dem anstehenden Änderungsvorhaben der Länder noch nicht genügend ausgeprägt.

Vertiefte empirische Erkenntnisse auf dem dem Fernsehen nächstverwandten Hörfunkmarkt hat die Kommission aus einem dem FORMATT-Institut unter der wissenschaftlichen Verantwortung von Horst Röper in Auftrag gegebenen Gutachten gewonnen, dessen Ergebnisse in den Bericht eingeflossen sind.

Die Vorlage eines die Kommissionspraxis von drei Jahren und die vielfältigen und weitreichenden Fragestellungen im In- und Ausland umfassenden Berichts wäre ohne die für die Aufgabenstellung uneingeschränkt motivierende Zuarbeit der Geschäftsstelle unter der Leitung von Bernd Malzanini und der fachkundigen Mitarbeit von Constanze Barz, Dr. Hardy Gundlach, Karen Sokoll, LL.M. sowie Kerstin Behrendt und Kerstin Kopf ausgeschlossen. Die Kommission dankt ihnen für ihren großen, von Begeisterung für die Aufgabe geprägten Einsatz.

In Zeiten des Umbruchs verspricht eine rege Diskussion Anregungen und Beiträge, die der Kommission bei der Wahrnehmung der ihr zur abschließenden Beurteilung von Fragestellungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im bundesweiten Fernsehen übertragenen Aufgabe hilfreich sein können. Der zweite Konzentrationsbericht der KEK soll diesen Meinungs austausch auslösen.

Potsdam, im September 2003

K. Peter Mailänder · Dieter Dörr · Peter M. Huber · Hans-Dieter Lübbert  
Michael Rath-Glawatz · Insa Sjurts · Adolf Eiber (stv.) · Christoph Wagner (stv.)



# Die Ergebnisse im Überblick

## I Medienkonzentration und Sicherung der Meinungsvielfalt

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

Die KEK ist nach dem Rundfunkstaatsvertrag (RStV) dafür zuständig, die Einhaltung der Vorschriften zur Sicherung der Meinungsvielfalt im bundesweiten privaten Fernsehen zu überprüfen. Es gilt insbesondere, vorherrschende Meinungsmacht eines oder mehrerer Veranstalter zu verhindern.

Voraussetzung für Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk ist das Bestehen von publizistischem und wirtschaftlichem Wettbewerb. Zu den medienkonzentrationsrechtlich relevanten Risiken des wirtschaftlichen Wettbewerbs gehören ausgeprägte Tendenzen zur Unternehmenskonzentration. Medienkonzentrationsrecht und Kartellrecht ergänzen sich partiell, verfolgen jedoch unterschiedliche Regelungsziele – Meinungsvielfalt bzw. wirtschaftlichen Wettbewerb. Die Ansatzpunkte der medienspezifischen und wettbewerbsrechtlichen Konzentrationskontrolle sind dementsprechend verschieden. Die wettbewerbsrechtliche Konzentrationskontrolle prüft die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf der Grundlage von Marktanteilen, die anhand eines relevanten Bedarfsmarkts ermittelt werden. Da werbe- und gebührenfinanzierte Programme in ökonomischer Hinsicht Merkmale eines öffentlichen Guts aufweisen und daher insofern nicht „marktfähig“ sind, sind die Kategorien des Wettbewerbsrechts nicht geeignet, den mit Hilfe des Programmangebots zwischen privaten Veranstaltern untereinander und mit öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten geführten Wettbewerb zu erfassen.

Der Rundfunkstaatsvertrag knüpft deshalb an das für den publizistischen Wettbewerb maßgebliche Kriterium des Zuschaueranteils als wesentliches Indiz für das Vorliegen vorherrschender Meinungsmacht an. Das Nebeneinander von wirtschaftlichem und publizistischem Wettbewerb spiegelt sich jedoch in den medienkonzentrationsrechtlichen Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrags wider: Die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht bezieht neben dem Kriterium des Zuschaueranteils auch die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens auf medienrelevanten verwandten Märkten ein.

### 2 Medienspezifische Konzentrationskontrolle

#### 2.1 Verfassungsrecht

Die verfassungsrechtliche Grundlage für die Aufgabe der Sicherung der Meinungsvielfalt bildet die Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes), die ihre Ausprägung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erfahren hat. Sie verpflichtet die Länder der

Bundesrepublik Deutschland, eine Rundfunkordnung zu schaffen und zu bewahren, die die Freiheit der Meinungsbildung fördert und nicht beeinträchtigt. Es ist sicherzustellen, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen in möglicher Breite und Vollständigkeit zum Ausdruck gelangt. Tendenzen zur Medienkonzentration ist rechtzeitig und so wirksam wie möglich entgegenzutreten, da diesbezügliche Fehlentwicklungen schwer rückgängig zu machen sind. Für die bundesweit verbreiteten Fernsehprogramme werden einheitliche Anforderungen im Rundfunkstaatsvertrag normiert.

## **2.2 Rundfunkstaatsvertrag (RStV)**

Im 6. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, der am 01.07.2002 in Kraft getreten ist, wurde an der bestehenden Zuschaueranteilsgrenze von 30 Prozent festgehalten, ab der vorherrschende Meinungsmacht vermutet wird. Neu eingeführt wurden in § 26 Abs. 2 RStV ein Schwellenwert von 25 %, ab dem die Stellung in medienrelevanten verwandten Märkten in die Prüfung einzu beziehen ist, sowie eine Bonusregelung, wonach bei der Berechnung dieses Zuschaueranteils Prozentpunkte für die Aufnahme von Regionalfensterprogrammen und für die Einräumung von Sendezeiten für unabhängige Dritte abzuziehen sind. Davon unberührt bleibt der Grundtatbestand des § 26 Abs. 1 RStV, wonach auch außerhalb der Vermutungstatbestände vorherrschende Meinungsmacht festgestellt werden kann.

Eine weitere Neuerung betraf die Verpflichtung der Veranstalter zur Einräumung von Sendezeit für unabhängige Dritte (§ 26 Abs. 5 RStV). Nunmehr trifft diese Verpflichtung ein Unternehmen auch dann, wenn zwar keines der ihm zurechenbaren Programme allein im Jahresdurchschnitt einen Zuschaueranteil von 10 % erreicht, dafür aber alle zurechenbaren Programme zusammen einen Zuschaueranteil von 20 % auf sich vereinigen.

## **2.3 Europarecht**

Die EU hat keine ausdrückliche Kompetenz, den Bereich des Rundfunks und damit die diesbezügliche Meinungsvielfalt zu regulieren. Mittelbar nimmt sie Einfluss aufgrund anderer Zuständigkeiten. Das Ziel der Europäischen Kommission ist allerdings nicht vorrangig die Gewährleistung der Meinungsvielfalt, sondern die Sicherung des Wettbewerbs. Damit gehen teilweise positive, teilweise negative Einflüsse auf den Meinungspluralismus einher. Sowohl im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit als auch des Wettbewerbsrechts muss die EU allerdings die Grenzen ihrer Kompetenzen beachten. Diese ergeben sich u. a. aus den zwingenden Gründen des Allgemeinwohls. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) haben ein pluralistisches Medienwesen als Allgemeinwohlinteresse anerkannt, so dass pluralismussichernde Maßnahmen der Mitgliedstaaten, soweit sie verhältnismäßig sind, zulässig sind.

# **II Konzentrationsentwicklung im privaten Rundfunk**

## **1.1 Entwicklung des Programmangebots**

Im Fernsbereich besteht seit den 1980er Jahren eine dynamische Angebotsentwicklung. So stieg die Zahl der Programmangebote kontinuierlich an. Gemäß der aktuellen Programmliste der KEK konnten im September 2003 53 private Programme (Juli 2000: 46) mit bundesweiter Lizenz empfangen werden. Die damit einhergehende Ausdifferenzierung des Angebots spiegelt

sich auch in der langfristigen Entwicklung der Zuschaueranteile wider. Seit den Jahren 2001 und 2002 setzt sich der positive wirtschaftliche und programmliche Trend beim Fernsehangebot nicht mehr fort. Es lässt sich zur Zeit aber noch nicht einschätzen, ob damit die Entwicklung beendet oder gar rückläufig ist und eine Trendumkehrung eingesetzt hat. Die derzeitigen wirtschaftlichen Schwierigkeiten hängen auch mit den rückläufigen Werbeerlösen zusammen, deren Entwicklung mit der Konjunktur korreliert. Mit einem Anspringen der Konjunktur wird eine erneute positive Entwicklung erwartet. Die Auswirkung der schwachen nationalen und weltweiten Konjunktur auf die Werbeausgaben beeinflusst die Angebotsentwicklung im Fernsbereich, denn nach wie vor stellt die Werbung die wichtigste Einnahmequelle der privaten Fernsehveranstalter dar.

Die wichtigsten Veränderungen in der deutschen Fernsehbranche stehen im Zusammenhang mit der Insolvenz der KirchGruppe. Die Schwierigkeiten der Unternehmen der KirchGruppe stellen aber kein isoliertes Ereignis dar. Weltweit wird berichtet, dass bei vielen börsennotierten Medienunternehmen und -konzernen hohe Schulden und nachlassende Werbeeinnahmen sowie ausbleibende Erfolge von Fusions- oder Diversifikationsstrategien zu einem starken Sinken der Börsenkapitalisierung dieser Unternehmen geführt haben. Dies zwingt viele Medienunternehmen zu mehr oder weniger drastischen Anpassungsmaßnahmen. Die Insolvenz der KirchGruppe stand auch im engen Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Schwierigkeiten beim Pay-TV-Angebot von Premiere. Nicht zuletzt aufgrund des bereits vorhandenen breiten Spektrums an frei empfangbarem Fernsehen in Deutschland war bislang kein hinreichend großer Teil der Bevölkerung bereit, die Kosten des Pay-TV-Angebots zusätzlich zu tragen. Mit Ausnahme von BSkyB in Großbritannien erwies sich Pay-TV in Europa bislang als ein verlust- und risikoreiches Geschäft.

Vielfach wird erwartet, dass von einer umfassenden Digitalisierung der Übertragungswege für Fernsehangebote und vom Internet eine neue, positive und dynamische Entwicklung ausgehen wird. Allerdings bleiben derzeit sowohl die wirtschaftliche Entwicklung des Internets als auch der Ausbau der Breitbandkabelnetze hinter den Erwartungen zurück.

Zwar führten die Insolvenzverfahren bei der ehemaligen KirchGruppe insofern zu einer Dekonzentration, als nunmehr der Sportsender DSF unabhängig von der ProSiebenSAT.1 Media AG weitergeführt wird. Auch wird seit Ende 2002 der Pay-TV-Anbieter Premiere unabhängig von den privaten Gruppierungen im Free-TV-Sektor geführt. Nach wie vor besteht im Medienbereich aber der Trend zu großen integrierten internationalen Konzernen. Außerdem wird der Markt für Pay-TV in Deutschland von der Programmplattform Premiere beherrscht. Zudem zeigen sich, gemessen an der Fernsehnutzung durch die Zuschauer, weiterhin enge, oligopolistische Marktverhältnisse. Es versorgen nur wenige Sendergruppierungen bzw. die Fernsehsender weniger Konzerne den Bedarf an Fernsehen. Beim bundesweit verbreiteten Fernsehangebot haben sich die Sender der vier Gruppierungen ARD, ZDF, RTL Group und ProSiebenSAT.1 Media AG etabliert. Ihre Programmangebote erfüllen, gemessen an durchschnittlichen Sehdaueranteilen, über 90 % des Bedarfs der Zuschauer an Fernsehprogrammen.

## **1.2 Entwicklung der Veranstaltergruppen**

Die zum Bertelsmann-Konzern gehörige RTL Group ist derzeit die zuschaueranteilsstärkste Sendergruppierung im bundesweiten privaten Fernsehen. Die ihr zuzurechnenden Zuschaueranteile der Sender RTL, RTL II, VOX, Super RTL sowie – seit November 2002 – n-tv liegen seit September 2002 über denen der ProSiebenSAT.1 Media AG, während zuvor die KirchGruppe die zuschaueranteilsstärkste Gruppe gebildet hatte. Auch nach der insolvenzbedingten Auflösung der KirchGruppe steht der RTL Group mit den der ProSiebenSAT.1 Media AG zuzurechnenden Programmen (SAT.1, ProSieben, Kabel 1, N24 und NEUN LIVE) weiterhin eine zweite zuschaueranteilsstarke private

Sendergruppierung gegenüber. Zur Zeit befindet sich die Fernsehbranche, bedingt durch die Werbekrise und den technologischen Fortschritt, in einer Umbruchphase. Die ProSiebenSAT.1 Media AG war nach der Insolvenz der KirchGruppe von einer langwährenden Unsicherheit über eine neue Gesellschafterstruktur betroffen. Auch nach der Übernahme der Mehrheit der Anteile durch die Saban Capital Group sind Prognosen über die Entwicklung der Zuschaueranteile, auch im Verhältnis zur RTL Group, schwierig.

Weiterhin bilden die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, deren Programme insgesamt seit geraumer Zeit Zuschaueranteile zwischen 40 und 45 % erzielen, ein starkes publizistisches Gegengewicht zu den privaten bundesweiten Veranstaltern. Sie verfügen über ein erhebliches, die Meinungsvielfalt förderndes Potenzial. Sie sind infolge ihrer schwerpunktmäßig auf Gebühren beruhenden Finanzierung von den Einbrüchen bei der Werbefinanzierung weniger stark betroffen.

Der **Bertelsmann-Konzern** verfolgt eine Strategie der Integration aller wesentlichen Medienbereiche (Fernsehen, Produktion, Rechtehandel, Hörfunk, Zeitungen, Zeitschriften, Musik, Buch, Online-Dienste). Durch Anteilserhöhungen konnte die Bertelsmann AG ihren schon zuvor bestehenden bestimmenden Einfluss auf die RTL Group gesellschaftsrechtlich verfestigen. Im Bereich der Fernsehveranstaltung hat die RTL Group ihr programmliches Spektrum durch die Beteiligung am Nachrichtensender n-tv erweitert. Durch den Erwerb der AVE-Hörfunkbeteiligungen konnte die RTL Group ihre starke Position im Hörfunk weiter ausbauen. Eine marktbeherrschende Stellung der RTL Group oder der Bertelsmann AG in einem medienrelevanten verwandten Markt lässt sich nach Erkenntnissen der KEK trotz führender Stellungen in den Bereichen Fernsehen, TV-Produktion und Hörfunk sowie starken Marktstellungen bei TV-Werbemarkt, Rechtehandel und Online-Angeboten nicht feststellen. Auch ohne dass der Bertelsmann-Konzern auf einem dieser benachbarten Medienmärkte bereits marktbeherrschend wäre, ist gleichwohl festzustellen, dass er die mit Abstand finanziell stärkste, in allen Sektoren maßgeblich vertretene und zur Nutzung möglicher Querverbindungen am ehesten befähigte Mediengruppe in der Bundesrepublik Deutschland ist. Daraus resultiert ein Gefährdungspotenzial für die Meinungsvielfalt; es rechtfertigt für sich genommen aber nicht die Annahme vorherrschender Meinungsmacht.

Die **ProSiebenSAT.1 Media AG** ist als ehemals zum Kernbereich der TV-Aktivitäten im frei empfangbaren Fernsehen gehöriger Teil der KirchGruppe in besonderem Maße von deren Insolvenz und Auflösung betroffen. Vertikale Verbindungen zu den Bereichen des Fiction- und Sportrechtehandels und der TV-Produktion wurden durch verschiedene Beteiligungsveräußerungen der insolventen Kirch Media GmbH & Co. KGaA und letztlich durch deren Ausscheiden als Mehrheitsgesellschafterin gelöst. Die Unternehmensgruppe der ProSiebenSAT.1 Media AG ist derzeit, verglichen mit der RTL Group, in einem weitaus geringeren Maße diversifiziert. Der Schwerpunkt liegt deutlich beim Fernsehgeschäft, die Betätigung in anderen Geschäftsfeldern ist eng mit den Fernsehaktivitäten verknüpft. Die ProSiebenSAT.1 Media AG ist als Sendergruppierung nach wie vor im TV-Werbemarkt führend, sie hat jedoch seit Beginn der Werbekrise größere Einbußen hinnehmen müssen als die RTL Group.

Auch wenn angesichts der deutlich geringeren Zuschaueranteile der zuzurechnenden Programme die Bezeichnung als „dritte Kraft im bundesweiten Fernsehen“ ein wenig hoch gegriffen erscheinen mag, so ist doch die Ausweitung der Aktivitäten der **EM.TV & Merchandising AG** und der **Tele-München-Gruppe** in diesem Bereich bemerkenswert. Die Tele-München-Gruppe hat ein Vollprogramm unter dem Namen Tele 5 gestartet; die EM.TV & Merchandising AG hat gemeinsam mit der KarstadtQuelle AG die Mehrheit an der Veranstalterin des Sportspartenprogramms DSF übernommen. Beiden Unternehmen sind aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen die Programme Tele 5, RTL II, DSF und Junior zuzurechnen.

Neben den drei genannten Sendergruppierungen halten die Medienkonzerne **Vivendi Universal S. A., AOL Time Warner, Inc., Viacom, Inc.** und **The Walt Disney Company** relevante Beteiligungen an deutschsprachigen Fernsehprogrammen. Die Konzerne **News Corporation Limited** und **Fininvest S. p. A.** bzw. **Mediaset S. p. A.** haben sich nicht zuletzt infolge der Kirch-Insolvenzen aus Deutschland zurückgezogen. Allerdings werden sie weiterhin als potenzielle Wettbewerber oder Partner für Bereiche des deutschen Fernsehens angesehen. Bei Vivendi Universal und AOL Time Warner stehen deren Großfusionen der vergangenen Jahre auf dem Prüfstand. Hieraus könnten auch Veränderungen für deren deutsche Fernseheteiligungen resultieren. Viacom ist über das MTV Network auch in Deutschland stark bei jungen und musikinteressierten Fernsehzuschauern präsent. In diesem Feld besteht ein intensiver Wettbewerb mit den Musikkanälen von VIVA. An letzteren hat AOL Time Warner ihr Einflusspotenzial vergrößert. Walt Disney trifft auch in Deutschland mit seinen markengeprägten Filmen, Fernsehprogrammen und Printprodukten auf einen starken Zuspruch der Medienkonsumenten. Im Fernsehbereich wird dies anhand der Zuschaueranteile von Super RTL im Alterssegment der Kinder und an den Spartenkanälen Disney Channel und Fox Kids auf Premiere sichtbar.

## 2 Verflechtungen zwischen Fernsehen und medienrelevanten verwandten Märkten

In die medienkonzentrationsrechtliche Prüfung sind die medienrelevanten verwandten Märkte mit einzubeziehen. Die amtliche Begründung zum Rundfunkstaatsvertrag zählt exemplarisch Werbung, Hörfunk, Presse, Rechte und Produktion auf; diese Aufzählung ist jedoch nicht abschließend. Wie schon im ersten Konzentrationsbericht der KEK ist festzustellen, dass die Veranstalter von bundesweitem privatem Fernsehen stark mit vor- und nachgelagerten Medienmärkten verflochten sind; daneben ist eine Zunahme von diagonalen Verflechtungen zu beobachten. In einigen Teilbereichen sind aber auch dekonzentrierte Tendenzen zu verzeichnen, die zumeist im Zusammenhang mit der Insolvenz der KirchGruppe stehen.

### 2.1 Fiction-Programmrechte

Im Markt für die Beschaffung von Fictionprogrammen für das Fernsehen hat die Insolvenz der ehemaligen KirchGruppe dekonzentrierte Entwicklungen bewirkt. Diese bestanden zum einen im Verkauf von maßgeblichen Produktionsunternehmen, zum anderen im Ausscheiden der KirchMedia, der Inhaberin der größten Filmrechtebibliothek in Deutschland, als Mehrheitsgesellschafterin der ProSiebenSAT.1 Media AG. Angekündigt ist auch der Rückzug der KirchMedia aus dem Rechtehandel, soweit es um den Ausbau der bestehenden Rechtebibliothek geht. Ein umfangreicher Vertrag über Programmrechte der KirchMedia wurde mit der ProSiebenSAT.1 Media AG geschlossen; der Erwerb der gesamten Rechtebibliothek durch den neuen Mehrheitsgesellschafter Haim Saban ist hingegen nicht (mehr) beabsichtigt. In der Presse wurde über Kaufinteressenten für den Rechtstock berichtet; die weitere Entwicklung ist indes noch offen. Die Stellung der KirchMedia im Bereich des Rechtehandels ist derzeit schwer einschätzbar.

Neben der genannten Lösung horizontaler und vertikaler Verflechtungen sind jedoch auch gegenläufige Tendenzen zu verzeichnen. Die 10 outputstärksten Produktionsunternehmen produzierten nach Marktuntersuchungen im Jahr 2000 nahezu 50 % des gesamten Produktionsvolumens im Bereich der Auftragsproduktion. Zudem werden zunehmend Produktionsunternehmen von Programmveranstaltern vertikal in die Wertschöpfungskette integriert. Mit Programmveranstaltern verflochtene Produktionsunternehmen sind sowohl in Hinblick auf erzielte

Umsätze als auch auf das Produktionsvolumen den unabhängigen Produzenten überlegen. Die RTL Group erscheint nach diesen Erkenntnissen als im Bereich der TV-Produktion führend, ohne allerdings marktbeherrschend zu sein. Ob die angesichts der Sparpolitik der Fernsehsender prognostizierte Reduzierung der Anzahl von kleinen und mittelständischen Produktionsunternehmen tatsächlich eingetreten ist, kann mangels aktueller Marktuntersuchungen nicht allgemein beantwortet werden.

Im Bereich der fiktionalen Kaufprogramme sind eine eher schwächere Nachfrage im frei empfangbaren Fernsehen und ein Trend zum direkten Abschluss zwischen Veranstaltern und Studios zu beobachten. Ein Preisrückgang bei Kaufprogrammen ist nach Presseberichten vor allem im Bereich der US-amerikanischen Filme und Serien zu verzeichnen; die Nachfrage nach zuschauerattraktiven „Blockbustern“ ist hingegen ungebrochen. Eine bedeutende Rolle spielen Kaufprogramme nach wie vor für die Veranstaltung von Pay-TV; mit der Digitalisierung und der damit einhergehenden Kanalervielfachung ist noch mit einer Verstärkung der Nachfrage zu rechnen. In der Regel müssen neue Veranstalter, um im Wettbewerb mit dem umfangreichen etablierten Angebot bestehen zu können, über Zugang zu exklusiven, attraktiven Programminhalten wie z. B. Premium-Spielfilmen verfügen.

## 2.2 Kinderprogrammrechte

Die zur RTL Group gehörigen Sender Super RTL, RTL und RTL II sind – unter Zugrundelegung der Sehdauer von 03:00 Uhr bis 03:00 Uhr – die von Kindern am meisten gesehenen Programme im frei empfangbaren Fernsehen. Die höchsten Zuschaueranteile erreicht der Sender Super RTL, der u. a. auf umfangreiche Programmressourcen seiner Gesellschafterin Walt Disney Company zurückgreifen kann. Die starke Position der RTL Group im Segment der Kinderprogramme ist im Hinblick auf die u. U. langfristige Bindung von Zuschauern an Programme der RTL Group bedeutsam. Konkurrenz besteht vornehmlich durch die öffentlich-rechtlichen Programme.

Im international ausgerichteten Rechtehandel mit Kinderprogrammen finden sich mehrere starke Marktteilnehmer. In Deutschland ist hier insbesondere die EM.TV & Merchandising AG zu nennen, die nach dem Kenntnisstand der KEK im Marktsegment der Kinder- und Jugendprogramme aber nicht marktbeherrschend ist.

## 2.3 Sportrechte

Im Fernsehbereich ist mit der Loslösung von DSF und Premiere von der ehemaligen Kirch-Gruppe eine Dekonzentration bei den Sportspartenprogrammen zu verzeichnen. Der Eintritt von KarstadtQuelle bei DSF ist insofern bemerkenswert, als damit ein Unternehmen im Sportfernsehen aktiv wird, das den Schwerpunkt seiner Aktivitäten bislang nicht im Medienbereich hat und sich von der Beteiligung im Fernsehbereich in erster Linie Vorteile für das traditionelle Geschäft (hier: den Sportartikelhandel) verspricht.

Im Hinblick auf vertikale Verbindungen wurden im Vorgängerbericht Konzentrationstendenzen festgestellt, die ressourcenstarke Medienkonzerne bei der Beschaffung zuschauerattraktiver Sportübertragungsrechte begünstigten (steigende Rechtekosten, Trend zur Gesamtvermarktung, Vorwärts- und Rückwärtsintegration von Sportrechteagenturen). Seither hat sich die vertikale Konzentration zwischen Rechtehandel und Fernsehveranstaltung infolge der Auflösung der KirchGruppe gelockert und sind die Preise für attraktive TV-Rechte – trotz fortdauernden Wettbewerbs um das knappe Gut und teilweise zentraler Vermarktung durch monopolistische Rechteinhaber – stark zurückgegangen.



## 2.4 Rechte an Nachrichtenmaterial

Dem Fernsehen kommt als einer der Hauptinformationsquellen über aktuelle Ereignisse aus Politik und öffentlichem Leben in diesem gesellschaftlich relevanten Bereich ein hohes Beeinflussungspotenzial zu. Im Markt für die Beschaffung von Informations- und Nachrichtenmaterial bestehen u. a. vertikale Verflechtungen zwischen Nachrichtenagenturen und Fernsehveranstaltern. Eine maßgebliche Verflechtung wurde durch die Veräußerung der Beteiligung der ProSiebenSAT.1 Media AG an der Nachrichtenagentur ddp gelöst.

Neben Agenturdiensten und bilateralen Austauschvereinbarungen zwischen Veranstaltern bestehen zahlreiche weitere Informationsquellen. Veränderungen im Bereich des Zugangs von Fernsehveranstaltern zu Nachrichtenmaterial ergaben sich auch insoweit, als nach der Integration des Senders N24 in die ProSiebenSAT.1 Media AG nunmehr auch die RTL Group durch die Beteiligung an der Veranstalterin von n-tv über einen eigenen Nachrichtensender verfügt. Grundsätzlich besteht bei einer zentralen Belieferung von Sendern einer Sendergruppierung mit Nachrichtenmaterial oder auch einer gemeinsamen Nutzung von Informationsquellen, wie z. B. Korrespondenten, die Gefahr einer Homogenisierung der Inhalte. Die Meinungsvielfalt erscheint aber angesichts der zahlreichen bestehenden alternativen Informationsquellen nicht gefährdet.

## 2.5 Programmzeitschriften

Die unternehmerische Verflechtung von Fernsehveranstaltern und im Programmzeitschriftenmarkt tätigen Verlagsunternehmen ist unter dem Blickwinkel der Sicherung der Meinungsvielfalt von Belang, weil sie dem Veranstalter die Möglichkeit einräumt, über eine bevorzugte Präsentation des eigenen Programms die Zugangschancen zum Zuschauer gegenüber den Wettbewerbern zu erhöhen. Mit 17 IVW-gemeldeten Titeln besteht ein umfangreiches Angebot an Programmzeitschriften. In diesem Segment ist der Heinrich Bauer Verlag marktbeherrschend, aber auch Springer, Burda und die WAZ erzielen hohe Marktanteile. Die Bertelsmann AG verfügt – neben der WAZ – über eine starke Stellung im Bereich der Programm-Supplements. Neben den konkurrierenden Programmzeitschriften und Supplements stehen den Zuschauern weitere Informationsmöglichkeiten zur Verfügung, insbesondere durch elektronische Programmführer, die im Zuge der Digitalisierung der Übertragungswege an Bedeutung gewinnen werden.

## 2.6 Fernsehwerbung

Der Verkauf von Fernsehwerbezeiten stellt, trotz der Entwicklung alternativer oder komplementärer Finanzierungsmodelle (z. B. Einnahmen aus Merchandising oder Telefonmehrwertdiensten), nach wie vor die wesentliche Finanzierungsquelle im privaten frei empfangbaren Fernsehen dar. Insofern waren die privaten Fernsehsender besonders stark von den ab dem Jahr 2001 zu verzeichnenden Umsatzrückgängen im Werbemarkt betroffen. Die negative Entwicklung hielt auch im Jahr 2002 noch an. Dies wird insbesondere anhand eines Vergleichs der um Rabatte etc. bereinigten Nettoumsätze deutlich, die im Jahr 2002 um 11,5 % gegenüber dem Vorjahr zurückgingen. Das verringerte Werbevolumen fällt im Hinblick auf die Angebots- und Anbietervielfalt umso mehr ins Gewicht, als über 90 % der Werbeumsätze auf die Sender der RTL Group, der ProSiebenSAT.1 Media AG sowie auf ARD und ZDF entfallen. Die drei größten Werbeträger RTL, ProSieben und SAT.1 bilden unverändert ein Oligopol im Werbemarkt. Veränderungen im Vermarktungsportfolio haben sich bei den großen Vermarktungsunternehmen, der IP Deutschland

und der SevenOne Media, ergeben. Beide Unternehmen vermarkten ausschließlich die zur eigenen Sendergruppierung gehörigen Sender.

## **2.7 Technische und administrative Dienstleistungen für digitales Fernsehen und Pay-TV**

Die Technik des Digitalfernsehens hat neue Dienstleistungsmärkte geschaffen. Die Multiplexierung und die Digital-Analog-Wandlung (-Konvertierung) sind zusätzliche technische Dienstleistungen, die beim digitalen Fernsehen im Unterschied zur analogen Verbreitungsform erforderlich sind. Beim digitalen Pay-TV kommen Verschlüsselung, Zugangskontrolle (Conditional Access) und Abonnentenverwaltung (Subscriber Management System) hinzu. Auch werden die Pay-TV-Programme regelmäßig von Plattformbetreibern in Paketen angeboten. Weitere Dienstleistungen digitaler Plattformen sind (Basis-) Navigatoren und elektronische Programmführer (Electronic Programme Guide, EPG).

Die Digitalisierung der einzelnen Inhalte und die Multiplexierung werden in einem Playout-Center durchgeführt. Konkrete Zugangsprobleme beim Multiplexing bestehen derzeit nicht. Zugangsprobleme könnten sich aber bei Kapazitätsengpässen ergeben. Auch weil diese Bereiche eng reguliert sind, sind diese Probleme bislang nicht praktisch relevant geworden.

Digitale Plattformbetreiber bündeln eigen- und fremderstellte Fernsehprogramme zu Programmpaketen (Bouquets) und vermarkten sie an die Haushalte. Der Plattformbetreiber führt die Abonnentenverwaltung und -betreuung nicht nur für die Abonnenten seiner eigenen Programme, sondern auch für die Abonnenten der Dritt- bzw. Fremdprogramme durch. Die Bündelung zu Paketen ähnelt dem Veranstalten von Programmen, denn auch hier werden Inhalte aufgrund von inhaltlichen Auswahl- und Bewertungsentscheidungen zu einem Gesamtprogrammangebot zusammengestellt.

In Deutschland sind zur Zeit etwa vier Fünftel der Digitalempfänger Kunden der Pay-TV-Plattform Premiere. Bei kartellrechtlichen Prüfungen des deutschen Pay-TV-Marktes stand bislang die monopolartige Stellung der Programmplattform von Premiere im Mittelpunkt. Die KEK wies bei medienkonzentrationsrechtlichen Prüfungen der Beteiligungsveränderungen bei Premiere darauf hin, dass Pay-TV-Programme bei der Entwicklung des digitalen Fernsehens in Deutschland eine Schlüsselrolle einnehmen. Derzeit kommt ihnen aber im Hinblick auf die Bildung der öffentlichen Meinung noch keine entscheidende Bedeutung zu.

Als technische Komponenten erfordert digitales Pay-TV ein spezielles System der Zugangskontrolle und eine Smart-Card-Technologie zur Freischaltung. Als administrative Komponente wird eine Abonnentenverwaltung einschließlich eines Abrechnungssystems notwendig. Neben dem Multiplexing und der kompatiblen Decoderbasis ist das Conditional-Access-System das zentrale Element der Systemtechnologie für den Zugang zum Pay-TV-Markt.

Zentraler Bestandteil der technischen Plattform des digitalen Pay-TV ist die Decoderinfrastruktur der Set-Top-Box. Hierbei gelang es der KirchGruppe, über die dominante Programmplattform Premiere die patentrechtlich geschützten Standards zum digitalen Programmempfang (D-Box), zur Verschlüsselung (Betacrypt-Conditional-Access-System) und Freischaltung bei der Zugangskontrolle vorzugeben. Von dieser früheren Geschäftspolitik der KirchGruppe ist noch heute die Marktsituation in Deutschland gekennzeichnet. Aufgrund der aktuellen Entwicklungen bei der Geschäftsstrategie von Premiere und am Markt für digitale Empfangsgeräte dürfte sich aber diese enge Marktstruktur zukünftig auflockern.

Aufgrund der gestiegenen Angebotsvielfalt haben Programmführer eine große Bedeutung für den Zugang zum digitalen Fernsehen. Der Rundfunkgesetzgeber unterwirft (Basis-) Navigatoren

einer eigenen Zugangsregulierung (§ 53 Abs. 2 RStV). Im Unterschied zum Basisnavigator erstellt ein EPG nicht nur einfache Verzeichnisse. Vielmehr handelt es sich um eine umfassende Programminformation, die redaktionell gestaltet und als eigener (Medien-) Dienst vom EPG-Anbieter ausgestrahlt wird. Die Entwicklung der Angebote an EPGs weist eine beachtenswerte Marktdynamik auf. Regulatorisch ist zu überlegen, ob für anbieterneutrale, bouquetübergreifende EPGs eine Zugangsregulierung vorgesehen werden sollte, die mit derjenigen für Basisnavigatoren vergleichbar ist.

EPGs Dritter benötigen eine Schnittstelle bzw. ein Application Programming Interface (API) in der Betriebssoftware der Set-Top-Box. Mit der – unverbindlichen – „Mainzer Erklärung“ verständigten sich ARD, ZDF, KirchGruppe, RTL und die Landesmedienanstalten auf die eine gemeinsame und offene API ermöglichende Multimedia Home Platform (MHP). Dies bedeutet eine Abkehr vom bisher vorherrschenden (API-) Middleware-Standard der D-Box. Der Zeitpunkt für die Umstellung der D-Box 2 auf MHP durch Premiere ist aktuellen Meldungen zufolge allerdings offen.

## 2.8 Übertragungswege

Die Verwendung digitaler Technik führt dazu, dass sich die Verbreitung von Fernsehprogrammen mittels Kabel, Satellit und Terrestrik erheblich verändert.

Von den derzeit verfügbaren analogen Übertragungswegen ist das Breitbandkabelnetz (BK-Netz) der wichtigste. Zur digitalen Nutzung wurde das BK-Netz von der Deutsche Telekom AG nur in einem sehr geringen Maß ausgebaut. Auch nach dem mittlerweile vollzogenen Verkauf des BK-Netzes durch die Deutsche Telekom AG an ausländische Investoren ist die Erwartung eines raschen digitalen Ausbaus einer erheblichen Ernüchterung gewichen.

Der klassische Weg der Fernsehversorgung über analoge terrestrische Sender spielte in den letzten Jahren eine immer geringere Rolle. Eine positivere Entwicklung wird im Falle der Digitalisierung dieses Übertragungsweges erwartet. So ist im Ballungsraum Berlin/Potsdam im Jahr 2003 die terrestrische Fernsehversorgung auf die digitale Übertragung umgestellt worden. Weitere Einföhrungsszenarien sind in anderen Bundesländern geplant.

Der Satellitendirekttempfang hat bereits bei der analogen Verbreitung erheblich und kontinuierlich an Bedeutung gewonnen. Im Bereich der digitalen Rundfunkübertragung ist der Satellit das innerhalb Europas am weitesten verbreitete Übertragungsmedium und wird diese dominante Position noch ausbauen.

Für das Fernsehen stellt das Internet als vierte Übertragungsmöglichkeit derzeit insgesamt noch keine echte Alternative zu den herkömmlichen Übertragungswegen terrestrische Verbreitung, Kabel und Satellit dar.

## 2.9 Ballungsraumfernsehen

Im Bereich des Ballungsraumfernsehens hat in medienkonzentrationsrechtlicher Hinsicht das Ausscheiden der ehemaligen KirchGruppe einen deutlichen Wandel bewirkt. Die KirchGruppe verfügte bis zum Beginn der Reihe von Insolvenzen konzernzugehöriger Unternehmen im April 2002 durch Anteilsbesitz, Vermarktung und Programmlieferung über maßgeblichen Einfluss auf einen nahezu bundesweiten Verbund von Ballungsraumsendern. Diese Sender dienten als zusätzliche Abspielstätte der Erweiterung der Wertschöpfungskette der KirchGruppe. Nach dem Verkauf der Anteile an tv.berlin und Hamburg 1 besteht nur noch eine Beteiligung von Thomas Kirch am Veranstalter von tv.münchen.

Zwar sind auch jetzt verschiedene Unternehmen zugleich an mehreren Veranstaltern von Ballungsraumfernsehen beteiligt (z. B. DFA Deutsche Fernsehnachrichten Agentur, Oschmann-Gruppe), es lässt sich jedoch keine anteilmäßige oder programmbeeinflussende Dominanz auf das Ballungsraumsendernetzwerk als solches mehr erkennen. Die gemeinsame überregionale Vermarktung der Ballungsraumsender erfordert nach wie vor eine gewisse Harmonisierung des Programmschemas. Eine einheitliche Rahmenprogrammzulieferung und Vermarktung, wie in der Vergangenheit durch die KirchGruppe, erfolgt jedoch nicht mehr. Insofern leistet die Veranstaltung von Ballungsraumfernsehen mit seiner lokalen und regionalen Schwerpunktberichterstattung durchaus einen Beitrag zur Meinungsvielfalt.

## 2.10 Teleshopping

Teleshopping-Programmen ist ein potenzieller Einfluss auf die Meinungsbildung nicht generell abzusprechen. Mit der RTL Group und der ProSiebenSAT.1 Media AG sind beide großen Veranstaltergruppen im bundesweiten privaten Fernsehen auch im Teleshopping-Bereich aktiv. Durch die Einräumung von Teleshopping-Fenstern im Programm der eigenen Sendergruppierung können die in einen Fernsehkonzern eingebundenen Teleshopping-Programme Reichweite hinzugewinnen und ihre Umsatzchancen weiter erhöhen. Sowohl die Umsätze von RTL Shop als auch von sonnenklar TV liegen jedoch deutlich unter denen der im Teleshopping-Markt etablierten Anbieter QVC und HSE.

## 2.11 Presse

Die auflagenstärksten Verlagsgruppen im Bereich der Publikumspresse und/oder der Tageszeitungen (Springer, Bauer, Burda, WAZ) sind jeweils auch an Veranstaltern von bundesweitem privatem Fernsehen beteiligt. In diesem Bereich wurden jedoch auch unternehmerische Verflechtungen gelöst: So ist z. B. kein Fernsehveranstalter mehr an der Axel Springer AG beteiligt; die Verlagsgruppe Holtzbrinck hat ihre Beteiligung an der Veranstalterin von n-tv veräußert. Die stärksten diagonalen Verflechtungen zum Zeitschriften- und Zeitungsmarkt weist die RTL Group über die Beteiligung ihrer Konzernspitze, der Bertelsmann AG, an der Gruner + Jahr AG & Co. KG auf. Das Unternehmen beabsichtigt allerdings, sich von verschiedenen Zeitungsbeteiligungen zu trennen. Diagonale Verbindungen von Fernsehen und Presse sind kritisch zu beobachten, da sie die Möglichkeit zur Steigerung des Einflusses auf die Meinungsbildung durch multimediale Meinungsmacht und Cross-Promotion bieten.

## 2.12 Hörfunk

Bezogen auf die Hördaueranteile sind die Konzentrationsraten beim Hörfunk auf Bundesebene, verglichen mit den Werten für den Fernsehmarkt, relativ niedrig. Die Gründe dafür liegen insbesondere in der Regionalisierung sowohl der Angebots- als auch der Anbieterstruktur. Trotz der mit der Kabel- und Satellitentechnik erreichten Vergrößerung der Verbreitungsgebiete erzielen die Programme außerhalb ihres Kernsendegebiets kaum nennenswerte Marktanteile. Bundesweite Angebote haben eher randständige Bedeutung.

Durch Beteiligungen von Anbietern an Veranstaltern auch außerhalb ihres Kernsendegebietes ist die horizontale Konzentration im Privatfunk erheblich gestiegen. Die Marktbeobachtungen stützen die These, dass sich die Konzentrationsentwicklung im Hörfunk nicht nur fortsetzen, sondern beschleunigen wird. Einige der wichtigsten Hörfunkunternehmen beabsichtigen eine

weitere Expansion. Zu ihnen zählen etwa die RTL Group, der Burda-Konzern, die Oschmann-Gruppe und in jüngster Zeit auch der Springer-Konzern, der den Hörfunk in den Fokus seiner Rundfunkstrategien rückte. Auch gehen aufgrund der konjunkturellen und strukturellen Krise im Zeitungsmarkt Zeitungsverlage, die insgesamt die wohl größte Eignergruppe im Hörfunk darstellen, vermehrt dazu über, sich wieder auf ihr Kerngeschäft, den Zeitungsverlag und den Zeitungsdruck, zu konzentrieren. Auch der bereits länger zurückliegende Verkauf des Anteilspakets des Holtzbrinck-Konzerns an die RTL Group ist mit einer veränderten Geschäftspolitik und der Konzentration auf die Printmedien begründet worden. Keines der untersuchten Unternehmen dürfte allerdings bislang auf der nationalen Ebene eine Anbieterstellung erreicht haben, die etwa mit den Konzentrationswerten der führenden Unternehmen im Fernseh- oder Zeitschriftenmarkt vergleichbar wäre.

Weniger unter dem Aspekt der Anbieterkonzentration als unter dem der publizistischen Konzentration könnten sich auch die diversen Kooperationsformen im Hörfunk als problematisch für die Vielfalt herausstellen. Zu nennen ist insbesondere der Einfluss von Rahmenprogramm-anbietern auf die Programmgestaltung, da im Sinne einer einheitlichen Programmfarbe wesentliche Setzungen (bis hin zu dem für den Hörfunk gewichtigen Musikformat) vom Lieferanten festgelegt werden. Als ähnlich einflussreich könnten sich auch Vermarktungsunternehmen erweisen. Die von diesen gebildeten Kombis (Gesamtkombination bzw. Auswahl von Sendern) sind für einzelne Sender wegen ihres Werbevolumens lukrativ, bedingen aber eine Angleichung von Programmen untereinander, da im Werbemarkt insbesondere jene Programme gebündelt vermarktet werden können, die ein unter soziodemografischen Aspekten möglichst homogenes Publikum erreichen. Erleichtert werden den Anbietern solche Angleichungen, wenn landesgesetzliche oder lizenzrechtliche Auflagen zur Eigenproduktion mit dem Ziel der Vielfaltsicherung entfallen, wie dies jüngst in Hamburg mit dem Gesetz zur Neuordnung des Hamburgischen Medienrechts geschehen ist. Hierdurch ergeben sich Möglichkeiten für Einsparungen insbesondere bei jenen Programmteilen, die zu den aufwändigeren und damit kostenintensiven zählen, z. B. bei einzelnen journalistischen Beiträgen und Nachrichtensendungen. Gerade die Eigner von mehreren Radiostationen können so Synergiepotenziale erschließen. Deregulierungen können insofern beschleunigende Wirkung auf ohnehin vorhandene Konzentrationstendenzen entfalten.

## 2.13 Online-Medien

Im Internet entwickeln sich neue publizistische Wettbewerbsstrukturen; Print- und Fernsehunternehmen sind dort Konkurrenten. Dadurch kommt es zu einer Auflockerung der Marktstrukturen bei redaktionell gestalteten Online-Inhalten. Aber nicht nur Fernsehsender, Zeitungen oder Verlage konkurrieren mit ihren Nachrichten- und Informationsangeboten oder unterhaltsamen Angeboten um die Internetnutzer. Hinzu kommen als Konkurrenten Radiosender, Internet Service Provider, Web-Portale, Suchmaschinen oder auch ausschließliche Anbieter von Online-Informationen oder -Nachrichten.

## III Internationale Entwicklungen – Entwicklung der Regulierung der Medienkonzentration

International stehen derzeit mehrere Mediengesetze auf dem Prüfstand. Deutlichen Deregulierungstendenzen in den Gesetzesentwürfen steht jedoch vielfach eine breite politische und öffentliche Opposition gegenüber.

## 1 USA

In den USA hat die FCC am 02.06.2003 beschlossen, mehrere ihrer Bestimmungen zur Beschränkung des Besitzes an Radio- und Fernsehstationen sowie an Zeitungen zu lockern. Beim bundesweiten Fernsehen zielt der Regulierungsansatz darauf, die horizontale Konzentration durch die Bildung der Ownership Groups zu begrenzen und den Einfluss der Broadcast Networks zurückzudrängen. Nach der bisherigen Regel war der gemeinsame Besitz von Fernsehstationen, die bundesweit mehr als 35 % der US-Fernsehhaushalte erreichten, verboten. Nach der neuen Regelung soll diese Grenze auf 45 % angehoben werden. Nach der neuen Regel für das Eigentum am lokalen Fernsehen ist nunmehr der gemeinsame Besitz von drei Fernsehstationen in Märkten mit 18 oder mehr Fernsehstationen erlaubt; der gemeinsame Besitz von zwei Fernsehstationen ist erlaubt in Märkten mit 5 bis 17 Stationen. Die Regeln zur Kontrolle vertikaler Konzentration wurden bereits im Jahre 1995 aufgehoben. Seither gibt es in den USA keine auf die Verhinderung einer vertikalen Konzentration zielende Regelung mehr. Erfasst wird diese nur noch indirekt durch gesellschafts- und wirtschaftsrechtliche Zurechnungsregelungen (Attribution-Rules). Bei der Cross-Ownership-Regelung zwischen Rundfunk und Tageszeitungen soll nunmehr ein abgestuftes Modell gelten, das kombiniertes Eigentum an Fernseh-, Radio- und Zeitungsunternehmen regelt. Die Regeln, die das Eigentum an lokalen Radiosendern beschränken, die ein Einzelner innerhalb eines einzelnen Marktes besitzen darf, werden von der FCC als weiterhin im öffentlichen Interesse notwendig erachtet. Allerdings wird die Methodik der Definition der Radiomärkte geändert. Ebenfalls beibehalten wird die bereits aus dem Jahre 1946 stammende Regelung, die die Fusion zwischen den vier großen Fernsehnetzwerken verbietet. Die FCC betont, dass ihr Verbot der Doppelbeteiligung an Fernsehnetzwerken weiterhin notwendig ist, um den Wettbewerb im nationalen Fernsehwerbemarkt als auch im Beschaffungsmarkt für Programmrechte zu fördern. Ferner wird auf die Notwendigkeit der Regelung im Hinblick auf die Vielfalt in den lokalen Märkten hingewiesen. Die am 02.07.2003 von der FCC veröffentlichten neuen Regeln konnten bislang wegen politischer Initiativen in Senat und Kongress und aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung nicht in Kraft treten.

## 2 Großbritannien

In Großbritannien bezieht die neue Communications Bill in ihren Anwendungsbereich sowohl Netze und Dienste der Telekommunikation (Individualkommunikation) wie auch Netze und Dienste der elektronischen Medien (Massenkommunikation) ein und unterwirft beide Bereiche einem einheitlichen Regulierungsregime. Allerdings beabsichtigt die Communications Bill keinen vollständigen Bruch mit den überkommenen Rechtsgrundlagen der Regulierung für Telekommunikation und Medien. Für den Regulierungssektor von Fernsehen und Hörfunk werden die Broadcasting Acts 1990 und 1996 bestehen bleiben; allerdings sollen sie an die Vorgaben des neuen Regulierungsansatzes in der Communications Bill angepasst werden. Das Gesetz sieht die Errichtung eines Office of Communications (OFCOM) vor. Bei OFCOM werden die Aufgaben und Kompetenzen von den fünf bisher getrennt operierenden Regulierungsbehörden im Telekommunikations- und Medienbereich konzentriert. Die bisher selbständigen Regulierungsbehörden werden aufgelöst. Das Lizenzerfordernis bei Telekommunikation und Rundfunk wird in weiten Bereichen dieser Sektoren in Zukunft abgeschafft und durch ein bloßes Anmeldeerfordernis ersetzt. Beibehalten wurde das Lizenzierungserfordernis hingegen für die Verbreitung von Fernsehsendungen über Satellit oder Kabel. Sehr starke Veränderungen hat der Gesetzgeber im Bereich des medienspezifischen Konzentrationsrechts vorgesehen. Allerdings wird es als nicht

möglich erachtet, die Sicherung des Wettbewerbs auf den Medienmärkten allein dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zu überlassen. Dies könne Aspekte von Konzentration, Effizienz und Konsumentensouveränität behandeln, sei aber nicht geeignet, die Probleme von Meinungsvielfalt, Bürgerbeteiligung an den Medien und verlegerischer Freiheit angemessen zu lösen. Nach der Neuregelung in der Communications Bill bleibt nur noch ein Kernbestand von bisher existierenden Regeln bestehen. Nach zum Teil heftig und kontrovers geführten Debatten haben sich Regierung und die Mehrheitsführer des Englischen Oberhauses auf bereits ins Gesetz aufgenommene Änderungen geeinigt. Bei den Änderungen handelt es sich unter anderem um eine strengere Kontrolle von Cross-Media-Ownership in Form eines „Public Interest Plurality Test“. Das Gesetz wurde am 17.07.2003 verabschiedet.

### **3 Italien**

In Italien soll die Legge Gasparri im Herbst 2003 in Kraft treten. Der Entwurf des neuen Mediengesetzes sieht im Wesentlichen strukturelle Änderungen des öffentlich-rechtlichen Fernsehens sowie gelockerte Werbebestimmungen bei den privaten Rundfunkanbietern und die Änderung der Konzentrationsrechtlichen Regeln im privaten Fernsehbereich vor. Zur Ermittlung der Konzentrationsrechtlich relevanten Marktanteile soll der gesamte Medienmarkt herangezogen werden, statt wie bisher nur der Fernsehsektor, für den allein bislang eine 30 %-Grenze galt. Die Marktabgrenzung des Gesetzes geht von einem integrierten Kommunikationssystem (Sistema integrato della comunicazione, kurz SIC) aus bzw. davon, dass digitalisierte Inhalte über verschiedene Medien (Fernsehen, Hörfunk, Printmedien, Tonträger, Film und Werbung) verbreitet werden, und somit insgesamt in die Bewertung einzubeziehen sind. Das neue Mediengesetz sieht eine Reform der Konzentrationsregeln vor, die unter anderem die weitere terrestrische Ausstrahlung von Rete 4 ermöglicht. Die bisher geltende Cross-Media-Ownership-Regelung, wonach Medienunternehmen, die mehr als einen Fernsehsender betreiben, keine Zeitungen besitzen dürfen, soll nur noch bis Ende 2008 gelten. Ab 2009 soll der Erwerb von Zeitungsverlagen durch Fernsehsender betreibende Unternehmen erlaubt sein.

### **4 Schweiz**

In der Schweiz ist Kernanliegen des am 18.12.2002 vom Bundesrat verabschiedeten Gesetzesentwurfes, auch in Zukunft einen starken Service public zu sichern und gleichzeitig die Vorschriften für die privaten Programmveranstalter zu lockern. Insbesondere soll die Unterstützung für lokal-regionale Privatveranstalter aus Gebührengeldern (Splitting) nicht geschmälert, sondern ausgebaut werden, um Service-public-Leistungen auch im Nahbereich zu fördern. Änderungen betreffen auch die Behördenorganisation. Zuständig für die Konzessionierung von Programmveranstaltern und die Anordnung von Vorkehrungen gegen die Medienkonzentration ist die neu zu konstituierende Kommission für Fernmeldewesen und elektronische Medien.

Der Gesetzesentwurf schafft ein umfangreiches Instrumentarium zur Bekämpfung der Medienkonzentration. Bisherigen regulatorischen Defiziten soll durch eine neue Regelung begegnet werden, die bei Vorliegen einer Gefährdung für die Meinungs- und Angebotsvielfalt konkrete Maßnahmen vorsieht. Berücksichtigt werden alle medienrelevanten Märkte, die für die Meinungsbildung einflussreich sind, darunter auch die vor- und nachgelagerten Märkte wie der Rechtehandel und die Verbreitungsebene. Zur Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung wird die Wettbewerbskommission im Rahmen eines institutionalisierten Konsultationsverfahrens beigezogen. Die Entscheidung, ob die festgestellte Marktbeherrschung zu einer Gefährdung der

Meinungs- und Angebotsvielfalt geführt hat, obliegt hingegen der Kommission für Fernmeldewesen und elektronische Medien. Sie kann Schritte zur Einräumung von Sendezeit für Dritte, zur Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit anderen Marktteilnehmern, zum Erlass eines Redaktionsstatutes, zur Anpassung unternehmerischer und organisatorischer Strukturen und zur Herauslösung einzelner Unternehmensteile einleiten. Neuerungen sind darüber hinaus bei der Konzessionsvergabe vorgesehen. So sollen unter Bewerbern, die unter dem Aspekt der Erfüllung des Leistungsauftrags gleichwertig sind, diejenigen bevorzugt werden, die am wenigsten von anderen Programmveranstaltern und anderen Medienunternehmen abhängig sind.

## IV Anwendung der §§ 26 bis 32 RStV

### 1 Verfahrensfragen

Die KEK hat keine unmittelbar nach außen wirkenden Ermittlungsmöglichkeiten. Verfahrensrechte (§§ 21, 22 RStV) stehen ihr nur durch die zuständige Landesmedienanstalt zu.

Konfliktträchtig ist es, wenn die Verpflichtung der Landesmedienanstalten zur Vorlage von Fragestellungen der Sicherung der Meinungsvielfalt im Zusammenhang mit der bundesweiten Veranstaltung von Fernsehprogrammen (§§ 36 Abs. 1, 37 Abs. 1 und 3 RStV) unterschiedlich umgesetzt wird. Einzelne Anträge auf Zulassungsverlängerung und ersatzweise Zulassung anderer Konzerntöchter konnten nicht geprüft werden, weil die zuständige Landesmedienanstalt der KEK die Unterlagen nicht vorlegte, weil sie die KEK nicht für zuständig hielt.

Fehlende eigene Auskunftsrechte und Ermittlungsbefugnisse führen zu Informationslücken. So hat die KEK, trotz der Pflicht der Veranstalter zur vorherigen Anzeige von Beteiligungsveränderungen, von mehreren Veränderungen erst im Nachhinein, z. B. aus veröffentlichten Informationen, Kenntnis erlangt. Auch wird sie im Nachgang zu ihren Entscheidungen zum Teil nur unzureichend über medienkonzentrationsrechtlich relevante Sachverhalte informiert.

- Zur Gewährleistung einer effektiven bundeseinheitlichen Konzentrationskontrolle bedarf es einer stärkeren verfahrensrechtlichen Absicherung der Unabhängigkeit der KEK. Die KEK schlägt daher erneut vor, in § 36 Abs. 1 Satz 3 RStV klarzustellen, dass sie selbst auch die Voraussetzungen für ihre Entscheidungen in eigener Zuständigkeit ermittelt, etwa durch folgenden Wortlaut: „Die KEK und die KDLM ermitteln die Voraussetzungen für ihre Entscheidungen in eigener Zuständigkeit, ihnen stehen insbesondere die Verfahrensrechte nach §§ 21 und 22 zu.“

Für die Erfüllung der eigenständigen Aufgaben der KEK – die Erstellung der Konzentrationsberichte und Programmlisten, die Ermittlung der Zuschaueranteile – stehen ihr ebenfalls nur eingeschränkte Ermittlungsmöglichkeiten zur Verfügung. So ermittelt die KEK die Zuschaueranteile noch immer durch Auswertung allgemein zugänglicher Fachveröffentlichungen, obwohl dies nach dem Willen des Gesetzgebers nur eine Übergangslösung sein soll (vgl. § 34 Satz 1 RStV). Im Hinblick auf die Programmbezugsquellen dürfte künftig eine verbesserte Informationslage bestehen. Wie bereits im letzten Bericht regt die KEK insbesondere mit Blick auf die Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Beteiligungs- und Einflussverhältnisse bei ausländischen Beteiligten an,

- das Europäische Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen (FSÜ, konkret Art. 19 Abs. 3 c) zu ergänzen und Verwaltungsabkommen abzuschließen, um die Zusammenarbeit und den gegenseitigen Informationsaustausch mit ausländischen Behörden zu ermöglichen.



Für Erkenntnisse zu den medienrelevanten verwandten Märkten und die Berichterstattung über die Medienkonzentration wäre es ferner hilfreich, wenn ein Informationsaustausch mit dem Bundeskartellamt ermöglicht würde. Ein erster Schritt in diese Richtung ist die im 7. RÄndStV vorgesehene Ergänzung des § 39 Abs. 1 RStV, wonach die Landesmedienanstalten im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgabe mit der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) und dem Bundeskartellamt zusammenarbeiten und auf deren Anfrage Erkenntnisse übermitteln.

## **2            Schwerpunkte der Anwendungspraxis und Reformbedarf**

### **2.1           § 26 RStV: Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen**

In den Berichtszeitraum fällt die Einführung der Bonusregelung im Rahmen des 2. Vermutungstatbestands für vorherrschende Meinungsmacht durch den 6. RÄndStV. Die KEK prüfte die Anrechnung der im Rahmen des Hauptprogramms RTL veranstalteten Regionalfensterprogramme auf den Zuschaueranteil der RTL Group; dazu müssen diese Programme „in angemessenem, mindestens im bisherigen Umfang“ in das zuschaueranteilstärkste Vollprogramm aufgenommen sein. Diese Voraussetzung ist ebenso wie die volle Anrechnungsmöglichkeit der Regionalfenster auf den geschuldeten Umfang an Drittfensterprogrammen (§ 31 Abs. 2 Satz 3 RStV) nur dann gegeben, wenn die Regionalfenster eine wöchentliche Sendezeit von 150 Minuten aufweisen, in redaktioneller Unabhängigkeit veranstaltet werden und insgesamt bundesweit mindestens 50 vom Hundert der Fernsehhaushalte erreichen (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 2 und 3 RStV).

In Zukunft soll sich nach dem von den Ministerpräsidenten der Länder beschlossenen Entwurf eines 7. Rundfunkänderungsstaatsvertrages die Bonifikation von Regionalfensterprogrammen auf den Zuschaueranteil allein danach richten, ob in den beiden bundesweit verbreiteten reichweitenstärksten Fernsehvollprogrammen mindestens im zeitlichen und regional differenzierten Umfang der Programmaktivitäten zum 1. Juli 2002 nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts Fensterprogramme aufgenommen sind.

- Die KEK hält es dagegen für unabdingbar, dass die Gewährung von Bonuspunkten für Regionalfensterprogramme nach § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV weiterhin von den bereits bisher herangezogenen, in § 31 Abs. 2 RStV genannten Mindestvoraussetzungen einer jeweils aktuellen Mindestreichweite, der redaktionellen Unabhängigkeit der Regionalfensterprogrammveranstalter und einer wöchentlichen Mindestdauer abhängig gemacht wird. Die geplante anders lautende Bonusregelung ist dem Medienkonzentrationsrecht systemfremd, verfassungsrechtlich bedenklich und sollte nicht Gesetz werden. Die KEK sollte dabei weiterhin für die Überprüfung dieser Voraussetzungen zuständig sein.

Die Einflussmöglichkeiten der beteiligten Unternehmen auf medienrelevanten, mit dem Fernsehen verwandten Märkten hat die KEK insbesondere im Hinblick auf die RTL-Gruppe und die Bertelsmann AG geprüft. Eine marktbeherrschende Stellung der RTL Group oder der Bertelsmann AG in einem dieser Märkte ließ sich trotz führender Stellungen in den Bereichen Fernsehen, TV-Produktion und Hörfunk sowie starken Marktstellungen im TV-Werbemarkt, im Rechtehandel und bei Online-Angeboten nicht feststellen.

Zu der Frage, nach welchen Kriterien die von § 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alt. RStV geforderte Gesamtbeurteilung der Aktivitäten eines Unternehmens im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten zu erfolgen hat, hat die KEK ein kommunikationswissenschaftliches Gutachten beim Hans-Bredow-Institut in Auftrag gegeben. Die im Sommer 2003 vorgelegte, auf den Internet-

seiten der KEK abrufbare Studie entwickelt Ansätze eines Modells für die systematisch begründbare und pragmatische Einbeziehung medienrelevanter verwandter Märkte im Rahmen des Zuschaueranteilsmodells. Bislang hatte die KEK keinen Anlass, sich im Rahmen eines Prüfverfahrens mit den dargelegten Überlegungen auseinander zu setzen.

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

Im Berichtszeitraum war die KEK an den Verfahren zur erneuten Vergabe der Drittsendezeiten bei RTL und bei SAT.1 beteiligt. Die KEK hat im Rahmen der Benehmensherstellung den Spielraum der zuständigen Landesmedienanstalt hinsichtlich der Rechtsfolgen nicht in Frage gestellt. Sie geht allerdings davon aus, dass die Herstellung des Benehmens eine umfassende Rechtmäßigkeitsüberprüfung erfordert und die vom Rundfunkstaatsvertrag geforderte Einbindung der KEK dazu verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass die Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrags bei der Auswahl und Zulassung von Drittsendezeitveranstaltern auch beachtet werden.

Auf die auszuschreibende Sendezeit für unabhängige Dritte können Regionalfensterprogramme angerechnet werden, wenn sie u. a. mindestens 50 % der bundesweiten Fernsehhaushalte erreichen. Der von § 31 Abs. 2 Satz 3 RStV vorgegebene unbestimmte Rechtsbegriff der „Reichweite“ bezeichnet den Anteil der Fernsehhaushalte, in denen das Regionalfenster empfangen werden kann. Empfangbarkeit in diesem Sinn bedeutet, dass ein im Haushalt befindliches Fernsehgerät auf den Empfang von Programmen mit Regionalfenstern im Verbreitungsgebiet tatsächlich ausgerichtet ist. Die KEK sah sich in den beiden Verfahren zur Vergabe der Drittsendezeiten mangels einer ausreichenden vorhandenen Datengrundlage veranlasst, die Frage der Mindestreichweite selbst aufzuklären. Nach den so gewonnenen Erkenntnissen ist davon auszugehen, dass die Regionalfenster in den Hauptprogrammen RTL und SAT.1 über 50 % der bundesweiten Fernsehhaushalte erreichen.

Im Rahmen der einvernehmlichen Auswahl des Drittfensterveranstalters durch die Landesmedienanstalt und den Hauptveranstalter kann auch die Auswahl eines unter Vielfaltgesichtspunkten nicht optimalen Bewerbers rechtmäßig sein. Zudem ist vorrangig der Vielfaltbeitrag des Drittfensters im jeweiligen Hauptprogramm und nur nachrangig auch der Aspekt möglichst großer Anbietervielfalt zu berücksichtigen. Insbesondere der letztgenannte Aspekt sprach in beiden Verfahren gegen die Auswahl der bereits bislang zugelassenen, im Fall von DCTP zudem parallel in beiden Hauptprogrammen lizenzierten Drittveranstalter. Dennoch konnte die KEK ihre erneute Auswahl durch die LPR Rheinland-Pfalz und die NLM, die jeweils alle abwägungsrelevanten Aspekte berücksichtigt hatten, rechtlich nicht beanstanden.

Für eine Überschreitung der nach § 31 Abs. 6 Satz 4 RStV für die Drittfenster vorgesehenen Regellizenzdauer von drei Jahren muss ein wichtiger Grund gegeben sein. Es mindert den Beitrag der Drittfenster zur Vielfaltsicherung, wenn sie bei der Ausschreibung fast durchwegs auf späte Nacht- bzw. frühe Morgenstunden platziert werden. Die KEK empfahl für die Zukunft eine deutlich frühere Platzierung.

## **2.2 § 27 RStV: Bestimmung der Zuschaueranteile**

Unter Anwendung der Übergangsbestimmung des § 34 Satz 1 RStV legt die KEK in der Regel die allgemein zugänglichen Daten der AGF/GfK-Fernsehforschung ihren Prüfungen zugrunde. Diese Datengrundlage hat sich durch die Berücksichtigung der EU-Ausländer und der senderbezogenen Digitalnutzung sowie durch eine Ausweitung der Veröffentlichungspraxis der AGF zwar verbessert, es bestehen aber weiterhin Informationsdefizite und Unsicherheiten bei der Verwendung dieser öffentlich zugänglichen Daten.

Diese betreffen zum Beispiel die Zuschaueranteile der Pay-TV-Plattform Premiere. Die AGF/GfK veröffentlicht hierzu keine Zahlen. Die von Premiere selbst erhobenen Zuschaueranteile sind nach den Aussagen der Veranstalter mit den AGF/GfK-Zahlen vergleichbar. Außerdem liegen der KEK weder Daten über die monatlichen Zuschaueranteile für die Drittfensterprogramme auf RTL und SAT.1 noch für das DCTP-Programm auf VOX vor.

- Die nach wie vor bestehende Unsicherheit bei der Ermittlung der Zuschaueranteile belegt, dass das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren zur Bestimmung der Zuschaueranteile nach § 27 RStV unverzüglich durchgeführt werden muss.

## 2.3 § 28 RStV: Zurechnung von Programmen

Die KEK lässt bei der Zurechnung gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 RStV Zwischenholdinggesellschaften, die im Wesentlichen keine eigenständigen unternehmerischen Aufgaben erfüllen, außer Betracht. Die Anwendung der 25 %-Schwelle des Satzes 1 darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass die Beteiligung am Veranstalter durch eine eingeschobene Zwischenholding ausgeübt wird. Deshalb verlangt eine verfassungskonforme, an Sinn und Zweck des RStV orientierte Auslegung des § 28 Abs. 1 RStV, dass eine mittelbare Beteiligung gemäß Satz 2 nur dann anerkannt wird, wenn die zwischengeschaltete Kapitalgesellschaft eigenständigen unternehmerischen Zwecken dient und nicht als eine im Übrigen weitgehend funktionslose Zwischenholding genutzt wird. Dafür ist u. a. auf die Satzung, die Beteiligungsstruktur und die faktischen Funktionen der Konzernzwischenmitglieder abzustellen.

Der Status der Insolvenz in Eigenverwaltung ist nicht geeignet, die Beherrschungsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung zu widerlegen und damit den Zurechnungszusammenhang nach § 28 Abs. 1 Satz 2 RStV i. V. m. §§ 15 ff. AktG zu unterbrechen: Aufgrund der angeordneten Eigenverwaltung hat die Gemeinschuldnerin trotz ihrer Insolvenz weiterhin die Möglichkeit, die Stimmrechte bei ihren Tochtergesellschaften auszuüben. Dagegen wird der Zurechnungszusammenhang durch Eröffnung des Regelinsolvenzverfahrens über das Vermögen eines Unternehmens unterbrochen.

Mehrfach wurde in Prüfverfahren die Frage der gemeinsamen Beherrschung eines Unternehmens durch zwei Minderheitsgesellschafter oder durch einen Minderheits- zusammen mit einem Mehrheitsgesellschafter aktuell (§ 28 Abs. 1 Satz 2 RStV i. V. m. § 17 AktG und § 28 Abs. 1 Satz 4 RStV). Bei einer Personengesellschaft setzt die Feststellung einer gemeinsamen Beherrschung voraus, dass über die für eine solche Gesellschaft typische gemeinsame Interessenlage und Leitungsmacht der Gesellschafter hinaus weitere Umstände vorliegen, die eine gesicherte einheitliche Einflussnahme auf der Grundlage einer auf Dauer angelegten Interessengleichheit erwarten lassen.

Innerhalb einer Unternehmensgruppe findet eine Zurechnung nicht nur von „oben nach unten“, sondern auch in der umgekehrten Richtung statt, arg. e § 28 Abs. 1 Satz 3 und § 29 Satz 1 RStV. Dagegen erfolgt die gegenseitige Zurechnung der Veranstalterbeteiligungen von zwei Unternehmensgruppen nur bei einem gegebenen Verbundtatbestand zwischen diesen Gruppen (über ihre Kooperation als Mitgesellschafter eines Veranstalters hinaus). Dies konnte bislang in keinem Fall festgestellt werden.

Eine Zurechnung gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 RStV aufgrund von vertraglich abgesicherten Einflussmöglichkeiten auf die Veranstalterin war im Fall des Beteiligungserwerbs von BSKyB an der Kirch PayTV GmbH & Co. KGaA gegeben, auch wenn sich BSKyB nicht unmittelbar an Premiere, sondern erst auf der Stufe der KirchPayTV beteiligt und Vereinbarungen getroffen hatte. Ebenso

wurde die Zurechnung zwischen den Veranstalterinnen der VIVA-Programme und der AOL-Time-Warner-Gruppe bejaht. Die Zurechnung der auf der Pay-TV-Plattform von Premiere veranstalteten Drittprogramme zur Plattformbetreiberin wurde angenommen, sofern Premiere über den der Programmausstrahlung zugrunde liegenden Plattform- und Vermarktungsvertrag Einflussmöglichkeiten auf das Drittprogramm hat, in anderen Fällen dagegen verneint.

## 2.4 § 29 RStV: Veränderung von Beteiligungsverhältnissen

Anzumelden ist jede geplante Veränderung von Beteiligungsverhältnissen oder sonstigen Einflüssen beim Veranstalter oder bei den an ihm im Sinne von § 28 RStV beteiligten Unternehmen. Das „Ob“ des Beteiligungserwerbs und seine konkreten Modalitäten müssen bereits feststehen. Eine „Vorratsbestätigung“ des Erwerbs von Anteilen bis zu einer bestimmten Höhe ist nicht möglich. Ebenso anmeldepflichtig wie Veränderungen von Beteiligungsverhältnissen durch Anteilsübertragungen sind Verträge über die Ausübung von Stimmrechten, z. B. Stimmbindungs- und Treuhandvereinbarungen.

Im Berichtszeitraum wurden bei beteiligten Unternehmen zahlreiche konzerninterne Umstrukturierungen vorgenommen. Zumeist wurden Zwischengesellschaften eingeschoben oder ausgetauscht, die nach ihrem Unternehmenszweck reine Zwischenholdings darstellten. Durch konzerninterne Umstrukturierungen ändert sich die Beteiligungsstruktur; schon deshalb sind sie als „Veränderungen von Beteiligungsverhältnissen“ anmeldepflichtig. Sofern sich durch sie weder die materiellen Beteiligungsverhältnisse (insbesondere die Beteiligungen der Obergesellschaften) noch die sonstigen Einflussmöglichkeiten der Beteiligten verändern, sind sie medienkonzentrationsrechtlich ohne Belang und bedürfen daher nicht der Unbedenklichkeitsbestätigung. Dies ergibt sich aber nicht bereits daraus, dass es sich bei den Beteiligten um 100 %ige Tochtergesellschaften eines Konzerns handelt, sondern es hängt von den jeweiligen Gesamtumständen, insbesondere der Funktion der beteiligten Unternehmen, ab.

Beteiligungsveränderungen bei börsennotierten Aktiengesellschaften, auch über den Börsenhandel, sind anzeigepflichtig, sofern sie durch Erwerb, Veräußerung oder einen sonstigen Übertragungstatbestand von mehr als 5 % des Kapitals oder der Stimmrechte bewirkt werden und durch sie nicht Beteiligungen von 25 %, 50 % oder 75 % erreicht, überschritten oder unterschritten werden. Diese Anmeldepflichten sind zumutbar, weil das betroffene Unternehmen aufgrund der Meldepflichten des Wertpapierhandelsgesetzes von anzeigepflichtigen Veränderungen zeitnah erfährt. Darüber hinaus müssen Gesellschaften, die selbst die Zulassung zur Programmveranstaltung innehaben oder denen Programmveranstalter zuzurechnen sind, sicherstellen, dass den Anmeldevorschriften des § 29 RStV genügt werden kann, z. B. durch Offenlegungsvorschriften in den Gesellschaftsverträgen.

Insbesondere von „kleineren“ Veranstaltern sind mehrfach Beteiligungsveränderungen vollzogen worden, bevor die KEK ihre Unbedenklichkeit bestätigt bzw. die zuständige Landesmedienanstalt sie genehmigt hatte. Die KEK hat bereits im letzten Konzentrationsbericht die Aufnahme eines ausdrücklichen Vollzugsverbots in § 29 RStV mit der Rechtsfolge der schwebenden Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte angeregt und vorgeschlagen, gleichzeitig eine Entscheidungsfrist von drei Monaten ab Eingang aller erforderlichen Informationen entsprechend § 41 Abs. 1 Satz 3 GWB und Art. 7 Abs. 1 Fusionskontrollverordnung einzuführen. Diesen Vorschlag hat der Gesetzgeber bislang nicht aufgegriffen, insbesondere unter Verweis auf die unklare Frage der Zuständigkeit der Länder für eine solche Maßnahme (Art. 74 Nr. 1 Grundgesetz). Es verbleibt damit bei einem wenig effizienten Verfahrensinstrumentarium.

## V Schlussfolgerungen

Mit den der Sicherung der Meinungsvielfalt dienenden Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags will der Gesetzgeber allein den Gefahren vorherrschender Meinungsmacht im bundesweiten Fernsehen begegnen. Dabei sieht der Rundfunkstaatsvertrag keine ausdrückliche Beschränkung der diagonalen Konzentration vor; Verflechtungen zwischen verschiedenen Medienmärkten und davon ausgehende Wechselwirkungen können nur im Zusammenhang mit der Prüfung vorherrschender Meinungsmacht Berücksichtigung finden. Umso bedenklicher ist es, wenn selbst diese Vorgaben für die sektorale Konzentrationskontrolle im bundesweiten Fernsehen Beständigkeit und Konsequenz vermissen lassen.

Mit der Einführung der Zuschaueranteilsgrenze von maximal 30 % im Dritten Rundfunkänderungsstaatsvertrag wurde deutlich, dass die bestehende Struktur mit zwei großen Veranstaltergruppen neben den öffentlich-rechtlichen Anstalten konzentrationsrechtlich toleriert werden sollte. Im Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag wurde diese Grenze zwar auf 25 % abgesenkt, durch die Gewährung von Bonifikationen für Regionalfenster- und Drittsender-Programme aber dafür gesorgt, dass diese Zuschaueranteilsgrenze nicht zu einem wirklichen Test geraten konnte. Der Zusammenbruch der KirchGruppe hat zu einer Erosion einer Senderfamilie geführt. Die von der ProSiebenSAT.1 Media AG kontrollierten Programme haben bislang ihre Zuschaueranteile halten können; die Sendergruppierung befindet sich aber unter der neuen Führung der Saban-Gruppe noch in einem Umstrukturierungsprozess. Es ist in dieser Situation Aufgabe der medienkonzentrationsrechtlichen Kontrolle, dem mit dem Rundfunkstaatsvertrag verfolgten Modell der Vielfaltsicherung nachdrücklich Geltung zu verschaffen.

Das Zuschaueranteilsmodell hat sich im Grundsatz bewährt. Die sich häufenden Korrekturen und Anpassungen geben aber Anlass zur Sorge, dass dieses Modell zugunsten von Partikularinteressen aufgeweicht und seine vorrangige Aufgabe der Vielfaltsicherung zunehmend verdrängt werden könnte. Die für die Bonuslösung gegebene Begründung hat nicht versucht, den Kompensationseffekt für bis zu 5 Prozentpunkte des bundesweiten Zuschaueranteils eines zeitlich knappen Regionalfensterprogramms oder eines regelmäßig außerhalb der Kernsendezeit liegenden Beitrags eines Drittveranstalters zu erklären. Vor diesem Hintergrund hat die KEK auf die sachlich vertretbaren Erwägungen für die Anrechenbarkeit solcher vielfaltsichernder Maßnahmen abgehoben und dabei u. a. Mindestanforderungen für die Reichweite der Regionalfensterprogramme aufgestellt. Die dadurch aufgeworfene Frage, ob die Regionalfenster solchen rundfunkstaatsvertraglichen Anforderungen tatsächlich genügen würden, hat zu der weiteren Initiative geführt, mit dem Siebten Rundfunkänderungsstaatsvertrag festzuschreiben, dass der zum 1. Juli 2002 erreichte – regional sehr unterschiedliche – Umfang der Fensterprogrammaktivitäten genügen soll, um ohne Rücksicht auf absehbare Folgeentwicklungen und -prüfungen den permanenten Bonus auf den Zuschaueranteil zu gewähren. Das ist mit Blick auf die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht unbefriedigend und in verfassungsrechtlicher Perspektive bedenklich.

Trotz aller Unvollkommenheit der fernsehspezifischen Konzentrationskontrolle ist den immer wieder aufkeimenden Vorstellungen, allein auf die Wettbewerbskontrolle zu setzen, eine Absage zu erteilen. Vorkehrungen gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Macht können allein den Verfassungsauftrag der Meinungsvielfaltsicherung nicht einlösen. Zudem würde es für das Angebot an frei empfangbarem Fernsehen an einem dafür zu entrichtenden Marktpreis als Parameter für ein Wettbewerbsverhältnis als Tatbestandsvoraussetzung für die Wettbewerbskontrolle fehlen. Zwar können auch Vorkehrungen gegen wirtschaftliche Macht komplementäre Schutzwirkung gegen vorherrschende Meinungsmacht entfalten. Man muss aber gewahr bleiben, dass wirt-

schaftlicher und publizistischer Wettbewerb sich allenfalls überschneiden und nicht decken. Vermengungen der divergierenden Schutzanliegen sind sowohl im Wettbewerbsrecht als auch im Medienrecht Fremdkörper.

Während die Koppelung einer Ersatz-Vermutungswirkung für vorherrschende Meinungsmacht bei weniger als 30 % Zuschaueranteil an das medienrechtliche Element „25 % Zuschaueranteil“ in Kombination mit dem wettbewerbsrechtlichen Element „marktbeherrschende Stellung auf einem medienrelevanten verwandten Markt“ noch praktikabel ist, bereitet die Gesamtbeurteilung von Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten mit Bezug auf den Meinungseinfluss bei 30 %igem Zuschaueranteil erhebliche Schwierigkeiten. Dem Tatbestandsmerkmal des „medienrelevanten verwandten Marktes“ ist wegen „Medienrelevanz“ einerseits und „Markt“ andererseits nur mit gekoppeltem Geltungsanspruch beider Rechtsgebiete beizukommen. Die mit dem Vermutungstatbestand verbundene Gleichstellung von 5 Prozentpunkten Zuschaueranteil mit einer marktbeherrschenden Stellung auf irgendeinem medienrelevanten verwandten Markt oder mit der Gesamtbeurteilung einer gleichgewichtigen aktiven Meinungsbeeinflussung stellt dann weitere anspruchsvolle Anforderungen für die Rechtsanwendung. Die Steigerung dieser Vermengung von Messgrößen findet sich in der Abzugsberechtigung auf den Zuschaueranteil von 2 Prozentpunkten für Regionalfensterprogramme und weiteren 3 Prozentpunkten für Drittsendezeiten, womit dann die in den vorangegangenen Prüfungsschritten gefundene Marktbeherrschung oder gewichtige Meinungsbeeinflussung wieder neutralisiert werden. Dieses hoch stehenden Anforderungen an die Meinungsvielfaltsicherung nicht genügende medien- und wettbewerbsrechtliche Mischsystem sollte Anlass sein, die Kontrolle für den Medienbereich wenigstens transparenter und einfacher zu gestalten.

Legislative Initiativen sind gerade in Zeiten des Umbruchs von Nöten, um den in unserer Gesellschaft aufgelaufenen Reformstau in Fragen der Beschäftigung, des Wirtschaftswachstums, der Gesundheits- und Altersversorgung aufzulösen. Die langfristig nicht weniger wichtige Ausrichtung auf die ideellen Fundamente unserer sozialen Ordnung darf jedoch nicht ins Hintertreffen geraten. Das gilt auch für die Bedeutung der Meinungsvielfalt. Nachlässigkeit im Umgang mit diesem Grundwert unserer Gesellschaftsordnung würde sich langfristig rächen.

Der vorliegende Konzentrationsbericht misst sich damit neben seiner berichtenden eine warnende Funktion bei. Der Berichtsteil zeigt, dass durchsetzungsfähige Programmangebote allein von wirtschaftlich starken Veranstaltergruppen zu erwarten sind und dass mit dem Wechsel von Beteiligungs- und Kontrollrechten an etablierten Fernsehsendern nachhaltige Veränderungen in der gesamten Programmlandschaft ausgelöst werden können. Zugleich belegt dieser Berichtsteil einmal mehr, dass zufolge der vielfältigen Verflechtungen zwischen den verschiedenen Medien samt der ihnen zuzuordnenden Interessen auf Märkten und den daraus resultierenden Gefahren für die Meinungsvielfalt nur eine umfassende Gesamtbetrachtung die Gewähr für eine aussichtsreiche und dem Verfassungsgebot genügende Vielfaltsicherung im bundesweiten privaten Fernsehen bietet.

# Kapitel I

## Medienkonzentration und Sicherung der Meinungsvielfalt

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

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

#### 1.1 Wirtschaftlicher und publizistischer Wettbewerb als Voraussetzung für Meinungsvielfalt

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

Ein konstituierendes Element der Meinungsvielfalt ist der publizistische Wettbewerb, d. h. die geistig-publizistische Konkurrenz von Meinungen. Sind mehrere Unternehmen zur Veranstaltung von privatem Fernsehen zugelassen, so lässt sich ein annäherndes Gleichgewicht der Stimmen jedoch nicht mehr unter Begrenzung auf die Erfordernisse des publizistischen Wettbewerbs als „reinen Ideenwettbewerb ohne jede wirtschaftliche Konsequenz“<sup>1</sup> gewährleisten. Die Bedingungen, unter denen privater Rundfunk von einer Mehrzahl von Veranstaltern betrieben wird, führen zugleich zu wirtschaftlichem Wettbewerb und den damit verbundenen Chancen und Risiken. Zu den unter Vielfaltaspekten relevanten Risiken gehören ausgeprägte Tendenzen zur Unternehmenskonzentration. Die Chance zu unabhängiger, auch kontroverser Meinungsbildung im Wettbewerb ist aber größer, wenn Veranstalter wirtschaftlich voneinander unabhängig sind. Zudem gilt, dass einseitig gleichschaltende Manipulation unter Bedingungen wirtschaftlicher Rivalität, sei es auch der Rivalität im Oligopol, mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen ist.

---

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

Der wirtschaftliche Wettbewerb garantiert aber allein noch keine publizistische Vielfalt. Ein verfassungspolitisches Risiko privaten Rundfunks besteht vielmehr darin, dass der wirtschaftliche Wettbewerb im Programmangebot zur Homogenität des Banalen führen kann, wenn dies zu einer Erhöhung der Akzeptanz der Werbeprogramme führt. Voraussetzungen für Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk sind vielmehr das Bestehen von sowohl wirtschaftlichem als auch publizistischem Wettbewerb.

## 1.2 Ansatzpunkte für die Kontrolle von wirtschaftlichem und publizistischem Wettbewerb

Nach dem Rundfunkstaatsvertrag sind Zuschaueranteile ein wesentliches Kriterium für die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht. Sie unterscheiden sich von Marktanteilen, die der wettbewerbsrechtlichen Konzentrationskontrolle zugrunde liegen. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) knüpft an die Begründung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen an. Die hierfür maßgeblichen Marktanteile werden anhand des relevanten Marktes auf der Grundlage von Bedarfsmärkten ermittelt. Nach diesem Konzept sind sämtliche Güter in einen Markt einzubeziehen, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der Konsument sie für die Deckung eines bestimmten Bedarfs als austauschbar ansieht.<sup>2</sup> Innerhalb des sachlich-gegenständlichen und räumlich relevanten Marktes werden die Marktanteile der Anbieter und die vom Wettbewerb nicht oder nicht ausreichend kontrollierten Verhaltensspielräume ermittelt.

Werden Fernsehprogramme durch Werbung oder Gebühren finanziert, so weisen sie Merkmale eines öffentlichen Gutes im ökonomischen Sinne auf:<sup>3</sup> Die Programmanbieter haben 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>4</sup> Die Kategorien des Wettbewerbsrechts sind daher nicht geeignet, den mit Hilfe des Programmangebots zwischen privaten Veranstaltern untereinander und mit öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten geführten Wettbewerb zu erfassen.

Ein unmittelbarer, über Marktpreise vermittelter Zusammenhang zwischen Angebot und Nachfrage besteht nur im Bezahlfernsehen (Pay-TV). „Marktfähigkeit“ erlangen frei empfangbare Programme dagegen im Hinblick auf die Programmfinanzierung durch Bereitstellung von Sendezeit für Werbebotschaften. Auf dem gesonderten Markt für Fernsehwerbung besteht die Leistung des Veranstalters darin, dass er die Zuschauer seines Programms für die Wahrnehmung von Werbebotschaften zur Verfügung stellt. Hier konkurrieren die Veranstalter mit ihren Programmen zugleich um die Gunst der Zuschauer und um die Nachfrage der werbenden Wirtschaft nach Sendezeit. Für das werbende Unternehmen steigt der Wert des Produkts „Zugang zum Zuschauer für Werbebotschaften“ mit der Zahl und Qualität der möglichen Werbekontakte.

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

3 Näher dazu Ernst-Joachim Mestmäcker: Über den Einfluss von Ökonomie und Technik auf Recht und Organisation der Telekommunikation und der elektronischen Medien, in: ders. (Hrsg.): Kommunikation ohne Monopole II, 1995, S. 48 ff.

4 Vgl. BVerfGE 90, 60, 102.



Im Bereich der Rundfunkveranstaltung besteht eine Vielzahl möglicher publizistischer und ökonomischer Wettbewerbsbeziehungen. Das gilt auch für das Verhältnis von privatem und öffentlich-rechtlichem Rundfunk. Im publizistischen Wettbewerb soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk ein Gegengewicht zum privaten Rundfunk bilden. Der Rundfunkstaatsvertrag trägt dem Rechnung, indem die für vorherrschende Meinungsmacht maßgeblichen Zuschaueranteile unter Einbeziehung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu ermitteln sind. Wirtschaftlicher Wettbewerb bestimmt ihr Verhältnis auf rundfunknahen Märkten, insbesondere in der Werbung, in der Produktion sowie in der Nachfrage nach und im Handel mit Programmrechten.

Der Rundfunk und insbesondere das Fernsehen als „Leitmedium“ ist ein wichtiger Faktor der Meinungsbildung in der Gesellschaft. In dieser Rolle lässt sich der Rundfunk nicht von anderen Medien isolieren. Printmedien, Kinofilm und Online-Angebote 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, den Medienkonzerne, die in einer Vielzahl von Medienmärkten tätig sind, häufig in ihre Unternehmensstrategien einbeziehen. Auch dieser Wettbewerb ist publizistischer und wirtschaftlicher Wettbewerb zugleich.

Das Nebeneinander von wirtschaftlichem und publizistischem Wettbewerb spiegelt sich in den medienkonzentrationsrechtlichen Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrags wider: Die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht bezieht neben dem Kriterium des Zuschaueranteils auch die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens auf medienrelevanten verwandten Märkten ein. Die Medienkonzentrationskontrolle folgt demnach einem in der Anwendungspraxis problematischen medien- und wettbewerbsrechtlichen Mischsystem.

## 1.3 Erscheinungsformen und Ursachen der Medienkonzentration

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

### 1.3.1 Horizontale Konzentration

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

- Fixkostendegression

Die Programmkosten pro Zuschauer sind für einen Veranstalter um so geringer, je höher seine Zuschauerreichweite ist. Dieser Kontaktkostenvorteil verschafft dem reichweitenstärksten Veranstalter Vorteile im Qualitäts- und Preiswettbewerb gegenüber seinen Konkurrenten. Eine mögliche Folge der Fixkostendegression ist die Tendenz zur Monopolisierung. Dies ist zunächst nur bei einer direkten Preisfinanzierung (z. B. Pay-per-View) der Fall, weil sinkende Preise dort zu einer steigenden Reichweite führen. Bei der Werbefinanzierung führen sinkende Preise nicht zu einer Erhöhung der Reichweite, sondern zu einer steigen-

---

5 Vgl. Jürgen Heinrich, Medienökonomie Band 2, Opladen/Wiesbaden 1999, S. 122 ff., S. 282 ff.

den Nachfrage nach Werbezeiten. Dies kann wiederum zu einer Reichweitenerhöhung führen.

- Werbeeinnahmen-Reichweiten-Spirale

Aufgrund der Zusammenhänge zwischen Zuschauer und Werbemarkt führen höhere zielgruppenspezifische Reichweiten zu höheren Werbeerlösen. Reichweitevorteile ergeben sich ähnlich wie in der Presse daraus, dass die Preise für Werbung unter Berücksichtigung der Zahl der erwarteten Werbekontakte berechnet werden (Tausendkontaktpreise). 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 Fixkostendegression werden aufgrund dieses Spiraleneffekts nochmals verstärkt. Die zusätzlichen Gewinne können z. B. in eine Verbesserung der Programmqualität investiert werden, um die Reichweite weiter zu steigern.

Die genannten Ursachen begünstigen die Bildung von Sendergruppierungen. Zur Schaffung von horizontalen Anbietergemeinschaften hatte nach verbreiteter Auffassung auch das vor der Änderung im 3. Rundfunkänderungsstaatsvertrag geltende Medienkonzentrationsrecht beigetragen.<sup>6</sup>

### 1.3.2 Vertikale Konzentration

Unter vertikaler Konzentration versteht man die Integration aufeinander folgender Wirtschaftsstufen innerhalb eines Unternehmensverbundes. Beispiele im Rundfunk sind unternehmerische Verflechtungen eines Fernsehveranstalters mit den Bereichen Programmproduktion und Rechtehandel. In der Regel sind auf den einzelnen Wirtschaftsstufen auch einstufige Unternehmen tätig. Wenn ein Unternehmen mit seinen Zulieferern und Abnehmern vertikal verflochten ist, so besteht die Gefahr, dass der Zugang zu den einzelnen Märkten für solche einstufigen Unternehmen erschwert wird.<sup>7</sup>

Ein Vorteil vertikaler Konzentration ist u. a. die Einsparung von Transaktionskosten (z. B. Such-, Informations-, Kontrakt- und Kontrollkosten). Weitere mögliche Ursachen sind je nach konkret verbundener Produktions- oder Vertriebsstufe:

- 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 dem Streben nach Vorwärtsintegration zusammen, um eine optimale Verwertung zu sichern. Produzenten und Rechteinhaber versuchen auch, ihr Absatzrisiko dadurch zu vermindern, dass sie attraktive Programmrechte nur im Paket mit weniger attraktiven Rechten veräußern. Hierdurch entstehen auf Veranstalterseite zusätzlich Anreize zum Aufbau von Senderketten, die mit ihren Haupt-, Neben- und Spartenkanälen eine möglichst umfangreiche, kostenarme Mehrfachverwertung des Programm-Materials anstreben.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Vgl. hierzu Medienkonzentrationsbericht der KEK 2000, Fortschreitende Medienkonzentration im Zeichen der Konvergenz, Schriftenreihe der Landesmedienanstalten, Band 17, Berlin 2000, S. 52 ff. m. w. N.

<sup>7</sup> Monopolkommission 1982, Tz. 574, 575.

<sup>8</sup> Peter Mailänder, Konzentrationskontrolle zur Sicherung von Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk, Baden-Baden 2000, S. 167.

- Attraktive Medieninhalte sind knapp und nicht beliebig vermehrbar. Sie sind für Veranstalter wesentliche Parameter im Qualitätswettbewerb. Daraus entstehen Anreize zur Rückwärtsintegration der Veranstalter in den Produktionsbereich, um das Beschaffungsrisiko zu reduzieren.
- Die vertikale Integration von Veranstaltern und nachgelagerten Vertriebswegen kann dazu dienen, den Zugang zum Zuschauer zu sichern. Der Zugang zum Kunden ist auch bei der Integration von Unternehmen, die technische oder administrative Dienstleistungen für das Digitalfernsehen und Pay-TV erbringen (z. B. Decodertechnik, Conditional-Access-Systeme), der entscheidende Faktor. Wer über diesen Zugang verfügt, kann – z. B. aufgrund von Kapazitätsengpässen oder Netzwerkeffekten – eine strategische Position als Gatekeeper einnehmen. Als solcher kann er den Zugang zum Markt kontrollieren und dadurch die Chancen von aktuellen und potenziellen Wettbewerbern beeinflussen. Darüber hinaus ist er in einer überlegenen Position für die Entwicklung und das Angebot neuer Dienste.

### 1.3.3 Diagonale Konzentration

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

Als Hauptvorteil der diagonalen Konzentration gelten Verbundvorteile, d. h. die Erzielung von Synergieeffekten. Diese können im Medienbereich z. B. durch crossmediale Mehrfachnutzung von Inhalten und medienübergreifende Werbung (Cross-Promotion)<sup>9</sup> entstehen. Ein weiterer Vorteil ist die Risikominderung durch geringere Abhängigkeit von Schwankungen innerhalb eines Marktes durch Ausgleichsmöglichkeiten auf anderen Märkten. Zudem können Produkte, die (noch) unrentabel sind, weil sie sich z. B. in der Anfangsphase der Markteinführung befinden, durch Gewinne aus dem jeweils anderen Tätigkeitsbereich intern querfinanziert werden. Die Verflechtung der Unternehmen bietet darüber hinaus eine bessere Ausgangslage für die weitere Expansion und die Erschließung neuer Märkte. Ein häufiges Motiv für diagonale Konzentration im Medienbereich ist auch die Abwehr von Substitutionskonkurrenz auf dem Rezipienten- und Werbemarkt.<sup>10</sup> Insbesondere auf regionaler Ebene beteiligten sich nach der Zulassung von privaten Rundfunkveranstaltern im Jahr 1984 Zeitungsverlage an Hörfunk- und TV-Sendern, um potenzieller Konkurrenz in den regionalen Werbemärkten zu begegnen.

Durch Cross-Media-Strategien können sich Wettbewerbskonstellationen ergeben, bei denen Unternehmen in dem einen Medienmarkt konkurrieren, in einem anderen dagegen kooperieren. So konkurrieren beispielsweise die Axel Springer AG und der Heinrich Bauer Verlag im Markt der

<sup>9</sup> Als Cross-Promotion wird die redaktionelle Überkreuzwerbung für unterschiedliche Produkte eines Medienkonzerns bezeichnet.

<sup>10</sup> Vgl. Insa Sjurts, Strategien in der Medienbranche, Wiesbaden 2002, S. 350 ff.

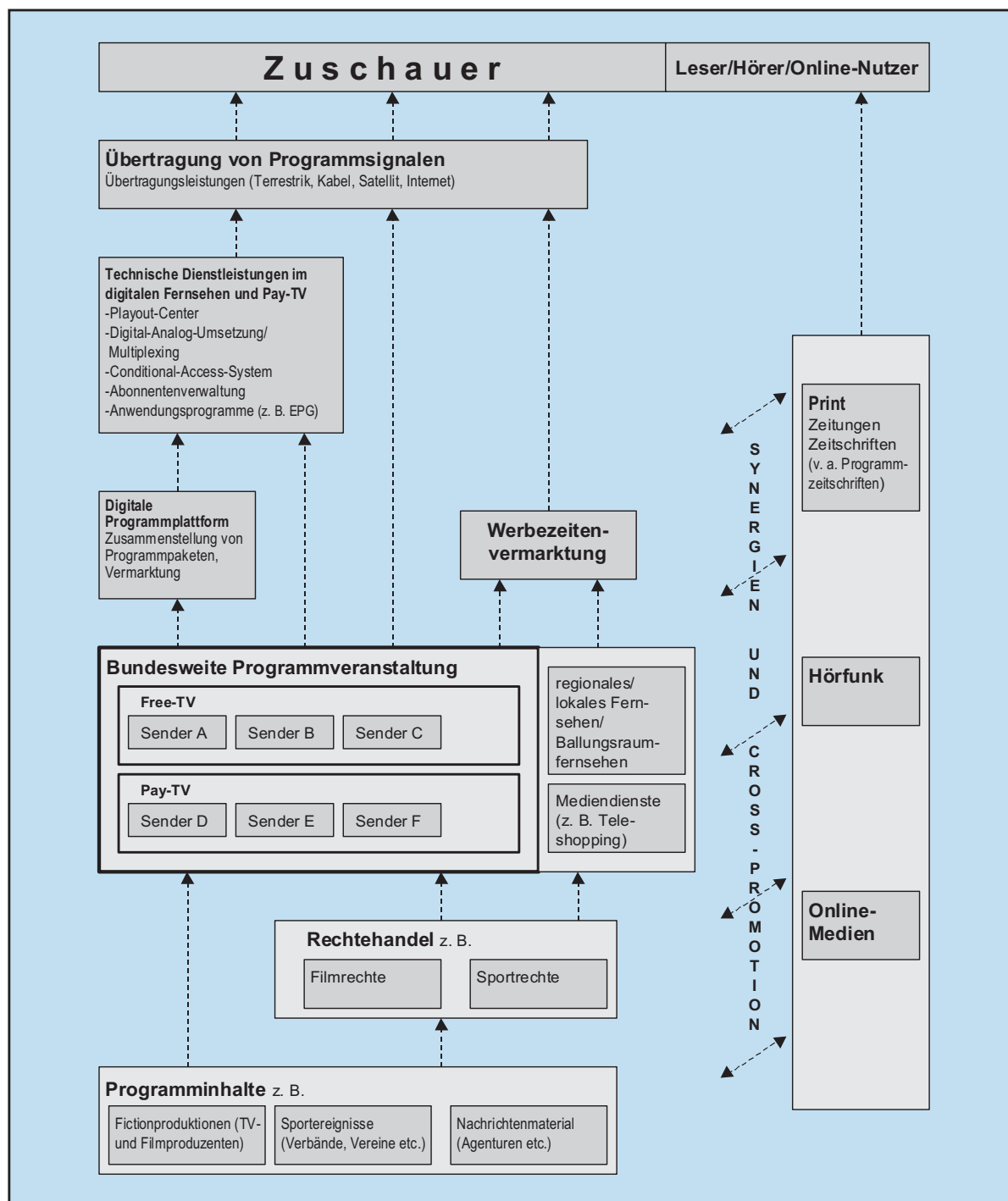


Abbildung I-1: Horizontale, vertikale und diagonale Verflechtungen im Bereich der Fernsehveranstaltung

Programmzeitschriften (vgl. Kapitel II 2.5), sie kooperieren aber zugleich als Gesellschafter von Radio Hamburg.<sup>11</sup> Derartige Wettbewerbskonstellationen (Coopetition) können Gefahren für den ökonomischen Wettbewerb nach sich ziehen, wenn Marktteilnehmer aus Rücksichtnahme auf den Kooperationspartner in einem Markt von Wettbewerbsvorstößen in einem anderen Markt absehen.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Vgl. Insa Sjurts, Strategien in der Medienbranche, Wiesbaden 2002, S. 354.

<sup>12</sup> Vgl. Insa Sjurts, Kollektive Unternehmensstrategie, Wiesbaden 2000, S. 154 ff.

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

Einen schematischen Überblick über horizontale, vertikale und diagonale Verflechtungen im Bereich der Fernsehveranstaltung gibt die Abbildung I-1. Die einzelnen Ebenen weisen untereinander verschiedene Grade der horizontalen Konzentration auf.

## 2 Medienspezifische Konzentrationskontrolle im Rundfunk

### 2.1 Die verfassungsrechtlichen Grundlagen

Wie kaum ein anderer Bereich wird die Rundfunkordnung in der Bundesrepublik Deutschland durch das Verfassungsrecht geprägt, obwohl der Rundfunk nur an einer Stelle im Grundgesetz erwähnt wird. Dort heißt es in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG: „Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet.“ Angesichts des sehr knappen Wortlauts ist es zunächst verwunderlich, dass dieses Grundrecht wesentlichen Einfluss auf die Sicherung der Meinungsvielfalt im Bereich des Rundfunks hat. Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht als authentischer Interpret des Grundgesetzes aus der knappen Bestimmung weitreichende Anforderungen an die Rundfunkordnung in der Bundesrepublik Deutschland entwickelt. Dabei spielen die acht „Rundfunkurteile“<sup>13</sup> eine besonders wichtige Rolle. Diese Rechtsprechung hat erhebliche Auswirkungen auf die Gestaltung und die Auslegung sowie die Anwendung der Vorschriften, die die Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk sichern sollen. Dem Rundfunkverständnis des Bundesverfassungsgerichts kommt deshalb entscheidende Bedeutung zu, da es das Grundgesetz für die Staatsgewalten nach Maßgabe des § 31 BVerfG verbindlich auslegt. Demnach haben sich sowohl die Länder bei der Gestaltung des Rundfunkstaatsvertrages als auch die Landesmedienanstalten sowie die KEK bei der Anwendung und Auslegung dieser Regelungen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu richten.

#### 2.1.1 Die Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit

Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit zu verstehen sei.<sup>14</sup> Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass die Grundrechte normalerweise Freiheiten enthalten, die der Selbstverwirklichung des Individuums dienen, also subjektiv-rechtliche, individuellen Eigeninteressen dienende Handlungsrechte sind. Daneben gibt es aber nach dieser Vorstellung auch Verbürgungen von Befugnissen, die im Interesse Dritter gegen den Zwang und die Intervention des Staates abgeschirmt sind. Bei den letztgenannten Grundrechten spricht man von dienenden oder drittnützigen Freiheitsrechten. Der Sinn von Freiheit kann demnach auch darin liegen, einem Rechtssubjekt Handlungs-, Gestaltungs- und Entscheidungsautonomie zuzuerkennen, weil entweder ein öffentliches Interesse an einem aus autonomer Handlung, Gestaltung und Entscheidung hervorgegangenen geistigen oder

<sup>13</sup> Vgl. BVerfGE 12, 205; 31, 315; 57, 295; 73, 118; 74, 297; 83, 238; 87, 181; 90, 60.

<sup>14</sup> BVerfGE 87, 181, 197; 83, 238, 295; 57, 295, 319.

gegenständlichen Produkt besteht<sup>15</sup> oder weil die Abschirmung von Handlungsbefugnissen der Gewährleistung des Rechts- und Freiheitsstatus Dritter dient.<sup>16</sup> Diese letztgenannte Kategorie von drittnützigen Freiheitsrechten, zu der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts klassischerweise die Rundfunkfreiheit zu zählen ist, kann am sinnfälligsten als dienende Freiheitsgewährleistung gekennzeichnet werden.<sup>17</sup>

Die Rundfunkfreiheit stellt demnach in erster Linie ein drittnütziges Freiheitsrecht dar, sie dient der freien, individuellen und öffentlichen Meinungsbildung und ist auch eine Grundvoraussetzung für eine funktionsfähige Demokratie.<sup>18</sup> In der gesamten neueren Rundfunkrechtsprechung geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass sich Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG wegen seines dienenden Charakters nicht in der Abwehr staatlicher Einflussnahmen erschöpfe. Vielmehr gebiete die Rundfunkfreiheit auch die Schaffung einer positiven Ordnung, die die Meinungsvielfalt gewährleistet und sicherstellt, dass der Rundfunk ebensowenig dem Staat wie einzelnen gesellschaftlichen Gruppen oder gar einer einzigen gesellschaftlichen Gruppe ausgeliefert wird. Daher entspricht es nicht dem verfassungsrechtlichen Gebot, die Freiheit des Rundfunks zu gewährleisten, wenn dieser dem freien Spiel der Kräfte überlassen würde.<sup>19</sup> Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen verpflichtet, eine positive Ordnung zu schaffen, die die Erreichung des Normziels von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet. Er hat die Informationsfreiheit des Bürgers und damit die Ausgewogenheit und Vielfältigkeit des Gesamtangebotes von Verfassungs wegen zu gewährleisten.<sup>20</sup> Diese positive Ordnung muss so ausgestaltet sein, dass das Gesamtangebot der inländischen Programme der bestehenden Meinungsvielfalt im Wesentlichen entspricht, dass der Rundfunk nicht einer oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird und dass die in Betracht kommenden Kräfte im Gesamtprogramm zu Wort kommen können.

### **2.1.2 Die Sicherung der Meinungsvielfalt als Pflichtaufgabe der Landesgesetzgeber**

Dabei hat das Bundesverfassungsgericht<sup>21</sup> klargestellt, dass die Erfordernisse der Meinungsvielfalt und der Ausgewogenheit zu unterscheiden sind. Das Gesamtangebot, das zum Endabnehmer gelangt, muss sowohl ausgewogen als auch vielfältig sein. Weder ein vielfältiges noch ein ausgewogenes Gesamtangebot allein genügen den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil ein Gesamtangebot sehr wohl ausgewogen, aber nicht vielfältig sein kann, genauso wie es vielfältig, aber nicht ausgewogen zu sein braucht. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht unmissverständlich darauf hingewiesen, dass dies auch für das Gesamtangebot im privaten Bereich gilt. Nach seiner Rechtsprechung ist die Vielfalt der Anbieter und damit der Meinungen von Verfassungs wegen auch im Bereich privater Veranstalter durch die Rundfunk-

15 So verhält es sich etwa bei der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit zugunsten der beamteten Hochschullehrer; andeutungsweise in diesem Sinn BVerfGE 47, 327, 379; näher dazu Joachim Burmeister, Die Freiheit von Forschung und Lehre – Typus eines dritt- oder gemeinnützigen Individualfreiheitsrechts, in: 10 Jahre Fachhochschule für die Verwaltung des Saarlandes, S. 63, 77 ff.

16 So verhält es sich bei der Rundfunkfreiheit, vgl. dazu eingehend Peter Niepalla, Die Grundversorgung durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, München 1990, S. 21 ff.

17 Vgl. dazu Peter Niepalla, a. a. O., S. 6 ff.; Martin Stock, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, S. 325 ff.

18 Vgl. grundlegend zum dienenden Charakter der Rundfunkfreiheit Joachim Burmeister, Medienmarkt und Menschenwürde, in: Institut für Europäisches Medienrecht (Hrsg.), EMR-Dialog Duale Rundfunkordnung für Europa, München, Berlin 1992, S. 38 ff., S. 55 ff. m. w. N.

19 Vgl. eingehend dazu BVerfGE 57, 295, 323; 73, 118, 172.

20 Vgl. nur BVerfGE 83, 238, 297 f.; 90, 60, 88 ff.

21 Vgl. BVerfGE 83, 238, 296 f.

gesetzgeber, also die Länder, zu sichern.<sup>22</sup> Der Gesetzgeber ist verpflichtet, der Entstehung vorherrschender Meinungsmacht entgegenzuwirken. Dahinter steht die Überlegung, dass auch die private Verfügung über hoch konzentrierte Massenmedien die Okkupation der Staatsgewalt ermöglicht. Die Funktionsfähigkeit des freiheitlich-demokratischen Ordnungsgefüges verlangt also auch den Schutz des Gemeinwesens vor der Überwältigung durch partikuläre Mächte.<sup>23</sup>

Das Bundesverfassungsgericht betont, dass gesetzliche Regelungen notwendig seien, die sicherstellen, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglicher Breite und Vollständigkeit bzw. unverkürzt zum Ausdruck gelangt.<sup>24</sup> Dabei ist zunächst auf das Gesamtangebot der elektronischen Medien abzustellen, also das Angebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in die Ermittlung des Vielfaltbefundes einzubeziehen. Aber auch der private Rundfunk unterliegt für sich allein einem entsprechenden Gebot in freilich abgesenkter Weise: Er hat lediglich einem „Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt“ zu genügen.<sup>25</sup>

Ein ausgewogenes und vielfältiges Angebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten allein genügt nach dieser Rechtsprechung nicht, um eventuelle Defizite im privaten Bereich auszugleichen; deshalb ist die Vielfalt der Anbieter und damit der Meinungen von Verfassungen wegen auch im Bereich der privaten Veranstalter durch den Rundfunkgesetzgeber zu sichern.<sup>26</sup> Dabei handelt es sich nicht um eine bloße Zuständigkeit der Länder, sondern um eine Pflichtaufgabe von hoher Bedeutung, da Fehlentwicklungen in diesem Bereich besonders schwer rückgängig gemacht werden können.<sup>27</sup>

Die Länder haben in ihren Landesmediengesetzen auf unterschiedliche Weise den Versuch unternommen, diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben gerecht zu werden. Tendenziell gelten wegen des Problems der Doppelmonopole von Rundfunk und örtlicher Presse im regionalen und lokalen Bereich besonders strenge organisatorische Anforderungen zur Vielfaltsicherung, um den dort sehr stark ausgeprägten Tendenzen zur Monopolisierung entgegenzuwirken. Dagegen legt der RStV für bundesweit verbreitete Fernsehprogramme einheitliche Anforderungen fest. Diese Regelungen sind praktisch von hoher Bedeutung, da das bundesweite Fernsehen wirtschaftlich und im Hinblick auf die öffentliche Meinungsbildung eine herausragende Rolle einnimmt.

## 2.2 Die Sicherung der Meinungsvielfalt im bundesweiten Fernsehen nach dem Rundfunkstaatsvertrag (RStV)

Der Rundfunkstaatsvertrag als Teil des Staatsvertrages über den Rundfunk im vereinten Deutschland (RStV) hat schon in der Fassung des Dritten Rundfunkänderungsstaatsvertrages, die am 01.01.1997<sup>28</sup> in Kraft trat, für den Bereich des bundesweiten Fernsehens einen neuen Ansatz gewählt, um die Meinungsvielfalt im privaten Bereich und damit auch im Gesamtangebot zu

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

23 Vgl. dazu eingehend Friedrich Kübler Die verfassungsrechtliche Verbürgung der Vielfalt in der Bundesrepublik Deutschland, in: Kohl (Hrsg.), Vielfalt im Rundfunk, Konstanz 1997, S. 21 ff., 23 ff.

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

25 BVerfGE 73, 118, 159; 83, 238, 297.

26 BVerfGE 83, 238, 296 f.; 57, 295, 324.

27 So eindringlich BVerfGE 57, 295, 323; 73, 118, 160; vgl. zum Ganzen auch Dieter Dörr, Das für die Medienkonzentration maßgebliche Verfahrensrecht, in: Die Landesmedienanstalten (Hrsg.), Die Sicherung der Meinungsvielfalt, Berlin 1995, S. 331 ff., hier 337 ff.

28 Nunmehr in der Fassung des Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrages, der am 01.07.2002 in Kraft getreten ist.

sichern. Dort verständigte man sich auf das so genannte Zuschaueranteilsmodell<sup>29</sup> als Alternative zu der bestehenden Beschränkung für Beteiligungen an einem Veranstalter. Bei den Beratungen des Rundfunkstaatsvertrages setzte sich die Auffassung durch, dass das bisherige Modell über den Zwang zu Anbiertergemeinschaften die Bildung von „Senderfamilien“ begünstigt, den Einfluss von Programmen auf die öffentliche Meinungsbildung nur unzureichend berücksichtigt und einen permanenten Anreiz zur Umgehung rundfunkrechtlicher Regelungen mit sich gebracht habe. Strittig blieb aber lange Zeit, wie das Zuschaueranteilsmodell im Einzelnen ausgestaltet werden sollte. So bewegten sich die Diskussionen über die Höhe des zulässigen Zuschaueranteils in einer Bandbreite zwischen 25 und 33 Prozent und bei der Frage der so genannten Bagatellgrenze der Beteiligung eines Unternehmens an einem Programmveranstalter, bis zu der keine Zurechnung eines Zuschaueranteils erfolgt, in einer Bandbreite zwischen 5 und 25 bzw. 50 Prozent.

Erst während der bekannt gewordenen Medienklausurtagung der Regierungschefs am 13./14. 10. 1995 in Bad Neuenahr gelang es, die Grundstrukturen festzuschreiben. Dort verständigten sich die Länder darauf, dass bei dem relevanten Zuschauermarkt, auf dessen Grundlage die Zuschaueranteile jeweils errechnet werden, alle deutschsprachigen Fernsehprogramme Berücksichtigung finden, also auch die Programme der öffentlich-rechtlichen Anstalten. Als Obergrenze des Zuschaueranteils wurde ein Wert von 30 Prozent als Vermutung für wesentliche Meinungsmacht für angemessen gehalten.<sup>30</sup> Auch im Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 20./21. 12. 2001, der am 01. 07. 2002 in Kraft getreten ist, haben die Länder am Zuschaueranteilsmodell festgehalten, aber die einschlägige Bestimmung des § 26 RStV verändert.

## **2.2.1 Die Neuregelungen im 6. RÄndStV**

### **2.2.1.1 Die 30-Prozent-Grenze des § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV**

Die Einzelheiten des Zuschaueranteilsmodells sind in den Vorschriften über die Sicherung der Meinungsvielfalt (§§ 25–34 RStV) geregelt. Das Kernstück der Regelung bildet § 26 RStV in der Fassung des Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrages, in dem auch die 30-Prozent-Grenze verankert ist. Die Regelung über die 30-Prozent-Grenze des § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV ist unverändert geblieben. Das Modell geht davon aus, dass in Deutschland durch die öffentlich-rechtlichen und privaten bundesweiten Programme grundsätzlich eine Außenpluralität gewährleistet ist. Dabei dokumentiert § 26 Abs. 1 RStV bereits den 1996 vorgenommenen Wechsel im Vielfaltssicherungsmodell. Während der alte RStV 1991 die Programmzahl beschränkte, stellt die geltende Regelung auf den Zuschaueranteil ab. Mit der Bestimmung wird klargestellt, dass ein Unternehmen in der Bundesrepublik selbst oder durch ihm zuzurechnende Unternehmen bundesweit eine unbegrenzte Anzahl von Programmen veranstalten darf, es sei denn, er erlangt eine vorherrschende Meinungsmacht. Welche Unternehmen jeweils zuzurechnen sind, richtet sich nach der Vorschrift

<sup>29</sup> Vgl. grundlegend zum Zuschaueranteilsmodell Albrecht Hesse, *Rundfunkrecht*, München 1999, S. 241 ff.; Martin Stock, Horst Röper, Bernd Holznagel, *Medienmarkt und Meinungsmacht*, Berlin 1997; Martin Stock, *Meinungsvielfalt und Meinungsmacht*, in: JZ 1997, S. 583 ff.; Johannes Kreile, *Die Reform des Rundfunkstaatsvertrages – Neue Wege bei der Vielfaltssicherung im privaten Rundfunk*, in: NJW 1997, S. 1329 ff.; Dieter Dörr, *Maßnahmen zur Vielfaltssicherung gelungen?*, in: *Media Perspektiven* 1996, S. 621 ff.; Elisabeth Clausen-Muradian, *Konzentrationskontrolle im privaten Rundfunk – Der neue Rundfunkstaatsvertrag (RfStV) 1997*, in: ZUM 1997, S. 934 ff.; Wolfgang Hess, *Medienkonzentrationsrecht nach dem Rundfunkstaatsvertrag*, in: AfP 1997, S. 680 ff.; Hansjörg Kuch, *Das Zuschaueranteilsmodell – Grundlage der Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen*, in: ZUM 1997, S. 12 ff.

<sup>30</sup> Vgl. dazu im Einzelnen Jörg Ukrow *Entstehungsgeschichte des 3. Rundfunkänderungsstaatsvertrages*, in: Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, *Rundfunkstaatsvertrag*, München 2002, *Entstehungsgeschichte*, Rn. 106 ff.



des § 28 RStV. Eine Zurechnung erfolgt danach prinzipiell dann, wenn die Beteiligung 25 vom Hundert erreicht oder übersteigt.

Bei der Bewertung der 30-Prozent-Grenze ist vor allem zu berücksichtigen, dass bei der Bezugsgröße der Zuschaueranteil der öffentlich-rechtlichen Veranstalter mitgerechnet wird. Insgesamt beläuft sich der Zuschaueranteil der öffentlich-rechtlichen Programme auf etwas über 40 Prozent, derjenige der privaten Programme auf etwas unter 60 Prozent. Die 30-Prozent-Grenze bedeutet deshalb im Ergebnis, dass der private nationale Fernsehmarkt zwischen zwei großen Anbietern bzw. Anbietergruppen aufgeteilt werden darf. Dieser Zustand war faktisch bereits vor Abschluss des RStV 1996 nahezu eingetreten. Insoweit waren die damaligen Neuregelungen eine Reaktion auf die fortgeschrittene und bereits eingetretene massive Medienkonzentration. Bertelsmann/CLT auf der einen Seite und die KirchGruppe auf der anderen Seite verfügten bereits über Marktanteile von 26 bis 27 Prozent. Dies hätte man allenfalls dadurch verhindern können, dass man die zuvor geltenden Bestimmungen durchgängig angewendet und vollzogen hätte.<sup>31</sup> Nachdem die Konzentration im Fernsehbereich allerdings dieses Ausmaß erreicht hatte, blieb den Ländern im Ergebnis nichts anderes übrig, als auf dieser Grundlage die bereits eingetretene Konzentration „abzusegnen“ und mit der Neuregelung den Versuch zu unternehmen, für die Zukunft zu verhindern, dass der private Fernsehmarkt in die Hand nur einer Anbietergruppe geraten könne. Insoweit hat die 30-Prozent-Grenze zur Folge, dass es im privaten Fernsehen zumindest zwei voneinander unabhängige gleich starke Unternehmen geben muss. Es ist auch einzuräumen, dass es durchaus Gründe gibt, die für leistungsstarke Konzerne im Fernsehbereich sprechen, um etwa in der Konkurrenz mit den großen amerikanischen Anbietern bestehen zu können. Dies ist aber nur hinnehmbar, wenn ein leistungsstarker und publizistisch konkurrenzfähiger sowie vielfältiger öffentlich-rechtlicher Rundfunk in Deutschland auch in Zukunft bestehen bleibt.<sup>32</sup> Jedenfalls bleibt festzuhalten, dass in Deutschland im Bereich des privaten Fernsehens, was die bundesweiten Veranstalter betrifft, ein hoher Konzentrationsgrad eingetreten ist.

### **2.2.1.2 Das Verhältnis der Vermutungsgrenze des § 26 Abs. 2 zu § 26 Abs. 1 RStV**

Die 30-Prozent-Grenze in § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV ist als Vermutungsgrenze ausgestaltet. Die Länder haben im Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag den Vorschlag der KEK nicht aufgegriffen, durch eine Streichung der Worte „nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen“ in § 26 Abs. 1 RStV das Verhältnis der beiden Absätze auch im Wortlaut der Vorschrift eindeutig zum Ausdruck zu bringen. Daher ist, um das Verhältnis zwischen Abs. 1 und Abs. 2 zu klären, weiterhin davon auszugehen, dass Vermutungsregelungen auch im Verwaltungsrecht von dem materiell-rechtlichen Tatbestand zu unterscheiden sind, dessen Nachweis sie erleichtern sollen. Davon zu trennen ist die zweite Frage, welche Bedeutung Vermutungen in einem Verwaltungsverfahren zukommt, für das die Untersuchungsmaxime gilt.

Im Schrifttum wird teilweise stillschweigend angenommen, dass Abs. 2 eine abschließende materiell-rechtliche Regelung enthalte, soweit es sich um die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht zu Lasten des betroffenen Unternehmens handele. Allerdings sei ein Unternehmen bei Vorliegen eines Vermutungstatbestandes nach Abs. 2 nicht gehindert zu beweisen, dass trotzdem keine vorherrschende Meinungsmacht gegeben sei. Die Konferenz der Direktoren

<sup>31</sup> Vgl. dazu Dieter Dörr, in: Media-Perspektiven 1995, S. 42 ff.; siehe auch Harald Hammann, Der Stand der Beratungen zum neuen Rundfunkstaatsvertrag, in: LPR (Hrsg.), Der neue Rundfunkstaatsvertrag, Ludwigshafen 1996, S. 13 ff., hier S. 20 ff.; kritisch zu der Neuregelung auch Claus Morhart, in: epd medien 69/1998, S. 3.

<sup>32</sup> So zu Recht auch Albrecht Hesse, Rundfunkrecht, München 1999, S. 244 f.

der Landesmedienanstalten (KDLM) hat in einem „rechtsförmigen Beschluss“ vom 07. 11. 1998<sup>33</sup> dezidiert die Auffassung vertreten, vorherrschende Meinungsmacht dürfe nur aus den Zuschaueranteilen des Abs. 2 abgeleitet werden; andere Umstände seien nicht zu berücksichtigen. Dagegen hat die KEK in ihren Entscheidungen einen qualitativen Ansatz gewählt, wonach der Eingriffstatbestand des Abs. 1 unabhängig davon verwirklicht sein kann, ob zugleich ein Vermutungstatbestand nach Abs. 2 gegeben ist.<sup>34</sup>

Es handelt sich dabei keineswegs um einen Streit von nur akademischer Bedeutung. Vielmehr geht es bei der Frage, wie die angesprochenen Normen inhaltlich zu interpretieren sind, auch und wesentlich um den Bewegungsspielraum, über den die KEK bei der Feststellung vorherrschender Meinungsmacht verfügt. Die Annahme, vorherrschende Meinungsmacht lasse sich nur begründen, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen, widerspricht der Ausgestaltung dieses Absatzes als Vermutungsregelung.<sup>35</sup> Zudem ist sie auch mit dem vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Gebot, vorherrschende Meinungsmacht vorbeugend zu verhindern, nicht vereinbar, zumal sich aus dieser Rechtsprechung ein Stück weit ableiten lässt, wie „vorherrschende Meinungsmacht“ zu verstehen ist.<sup>36</sup> Dafür spricht zudem die amtliche Begründung, die ausdrücklich auf Folgendes hinweist: „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-Prozent-Grenze bzw. trotz der vorherrschenden Position auf Medienmärkten ein Mehr an qualitativer Meinungsvielfalt vorliegt. Die Ausgestaltung der 30-Prozent-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.“ Demnach bleibt festzuhalten, dass „vorherrschende Meinungsmacht“ auch unabhängig von festgestellten Zuschaueranteilen eintreten kann. Es ist allerdings schwer, den materiellen Begriff der „vorherrschenden Meinungsmacht“ zu konkretisieren. Er bildet einen Sonderfall und verlangt, dass ein in hohem Maße ungleichgewichtiger Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung durch die massenmediale Vermittlung von Tatsachen und Meinungen gegeben ist. Die Bejahung vorherrschender Meinungsmacht setzt aber nicht die Dominanz eines Unternehmens voraus. Für die Beurteilung sind nicht nur die Vermutungsregelungen des Absatzes 2, sondern alle insoweit aussagekräftigen Faktoren – wie etwa Cross-Ownership-Phänomene – einzubeziehen. Trotz allem bleibt der in Rede stehende Rechtsbegriff in hohem Maße unbestimmt. Ist demnach kein Vermutungstatbestand gegeben, so muss die KEK im Einzelnen darlegen und nachweisen, warum trotzdem ein Fall der „vorherrschenden Meinungsmacht“ gegeben ist. An diesen Nachweis sind besondere Anforderungen zu stellen.

Wenn eine Anbietergruppe die 30-Prozent-Grenze überschreiten sollte, ist folgerichtig die Vermutung, dass eine vorherrschende Meinungsmacht besteht, auch widerlegbar.<sup>37</sup>

33 ZUM 1998, S. 1054.

34 Vgl. insbesondere Beschlüsse i. S. Premiere, Az.: KEK 026, II 3.2.2, i. S. RTL, Az.: KEK 040, II 2, i. S. n-tv, Az.: KEK 156-1, III 2, und i. S. SAT.1, Az.: KEK 173-1, III 3.2; Konzentrationsbericht der KEK 2000, S. 54 ff.; eingehend zu der Bedeutung der Vermutungsregelung Hanns Prütting, Die Vermutung vorherrschender Meinungsmacht, in: Stern/Prütting (Hrsg.), Marktmacht und Konzentrationskontrolle auf dem Fernsehmarkt, München 2000, S. 115 ff., hier: S. 121 ff.

35 So zu Recht Hanns Prütting, a. a. O., S. 125 f.

36 Vgl. dazu eingehend Karl-Eberhard Hain, Vorherrschende Meinungsmacht i. S. d. § 26 Abs. 1, 2 RStV, in: MMR 2000, S. 537 ff., hier: S. 539 ff.; siehe auch Friedrich Kübler, Medienkonzentrationskontrolle im Streit, Media Perspektiven 1999, S. 379 ff., hier: S. 381 ff.; Konzentrationsbericht der KEK, 2000, S. 55 f.

37 Vgl. dazu eingehend Gernot Lehr, Juristische Implikationen des Marktanteilsmodells, in: Institut für Europäisches Medienrecht (Hrsg.), Medienvielfalt ohne Kontrolle? Vom bayerischen Medienführerschein zur Kieler Unbedenklichkeit, EMR-Schriftenreihe, Bd. 13, München 1995, S. 56 ff., hier: S. 62 ff.; Dieter Dörr, in: Media Perspektiven 1996, S. 621 ff., hier: S. 626.

### 2.2.1.3 Die Problematik der neuen 25-Prozent-Grenze des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV

Nunmehr ermöglicht es die neu gefasste Bestimmung des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV auch, dass schon beim Erreichen eines Zuschaueranteils von 25 Prozent eine vorherrschende Meinungsmacht vermutet werden kann, sofern das Unternehmen auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat bzw. eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten den Schluss zulassen, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 Prozent im Fernsehen entspricht. Die 25-Prozent-Grenze ersetzt das bis zum In Kraft-Treten des Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrages in der Bestimmung enthaltene Tatbestandsmerkmal der „geringfügigen Unterschreitung“ der 30-Prozent-Grenze, dessen Auslegung überaus umstritten war.<sup>38</sup> Dieser Meinungsstreit wird nun durch die Festlegung der 25-Prozent-Grenze obsolet. Die Regelung lautet in der Fassung des Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrages:

(2) Gleiches gilt bei Erreichen eines Zuschaueranteils von 25 vom Hundert, sofern das Unternehmen 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 einem Zuschaueranteil von 30 vom Hundert im Fernsehen entspricht. Bei der Berechnung des nach Satz 2 maßgeblichen Zuschaueranteils kommen vom tatsächlichen Zuschaueranteil zwei Prozentpunkte in Abzug, wenn in dem dem Unternehmen zurechenbaren Vollprogramm mit dem höchsten Zuschaueranteil Fensterprogramme gemäß § 25 Abs. 4 in angemessenem, mindestens im bisherigen Umfang aufgenommen sind; bei gleichzeitiger Aufnahme von Sendezeit für Dritte nach Maßgabe des Absatzes 5 kommen vom tatsächlichen Zuschaueranteil weitere drei Prozentpunkte in Abzug.

Durch die gesetzliche Festlegung einer niedrigeren Untergrenze könnte grundsätzlich für die Unternehmen mehr Rechtsklarheit geschaffen werden. Insgesamt gesehen enthält die Bestimmung eine Regelung, die mit der Problematik des „Cross-Ownership“ im Zusammenhang steht, weil z. B. der Printmarkt über die medienrelevanten verwandten Märkte in die Bewertung vorherrschender Meinungsmacht – wenn auch unter engen Voraussetzungen – einbezogen wird.

Mit dem Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag wird aber auch der aufgeführte Satz 3 in § 26 Abs. 2 RStV eingeführt, der ein Bonussystem enthält, mit welchem die Berechnung des Schwellenwerts von 25 Prozent nach Satz 2 modifiziert wird. Bei der Berechnung des Zuschaueranteils nach Satz 2 sollen den Unternehmen als Ausgleich für die Erweiterung des Vermutungstatbestandes des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV zwei Prozentpunkte abgezogen werden, wenn diese nach § 25 Abs. 4 RStV Regionalfenster in angemessenem, mindestens im bisherigen Umfang in ihre Vollprogramme aufgenommen haben. Ein weiterer Abzug von drei Prozentpunkten wird dann gewährt, wenn die Unternehmen nach § 26 Abs. 5 RStV Sendezeit für Dritte in ihrem

<sup>38</sup> Vgl. dazu Michael Martinek, Die Zurechnung von Zuschaueranteilen nach §§ 25 ff. RStV 1996, EMR-Schriftenreihe, Bd. 19, München 1998; Hansjörg Kuch, in: ZUM 1997, S. 12 ff., hier: S. 15; Hans Neft in: ZUM 1998, S. 458 ff.; Johannes Kreile, Einschaltquoten: Medienwissenschaftliche und rechtliche Aspekte zur Ermittlung des Zuschaueranteils in: Institut für Europäisches Medienrecht (Hrsg.), EMR-Schriftenreihe, Bd. 17, München 1997, S. 59 ff., hier: S. 61; ders./Stumpf, Das neue Medienkartellrecht, Die Sicherung der Meinungsvielfalt im novellierten Rundfunkstaatsvertrag, MMR 1998, S. 192, hier: S. 193; Reinhard Bork, Geringfügige Unterschreitung des Zuschaueranteils – Betrachtungen zu § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV, K&R 1998, S. 183, hier: S. 186; zur Sichtweise der KEK Beschluss in Sachen ProSieben vom 25. 01. 2000, Az.: KEK 063, III 3.2.1; Beschluss in Sachen SAT.1 vom 16. 05. 2000, Az.: KEK 046, III 3.2.1; Konzentrationsbericht der KEK 2000, S. 57 f.

zuschauerstärksten Programm einräumen. Durch diese Bonusregelung wird eine Situation geschaffen, die die Geringfügigkeitsgrenze *de facto* auf 30 Prozent heraufsetzen und im Ergebnis zu einer Vereinheitlichung der beiden in § 26 Abs. 2 RStV genannten Vermutungstatbestände führen kann. Denn sowohl die RTL Group als auch die KirchGruppe (bzw. nunmehr: die ProSiebenSAT.1-Gruppe) haben sich seit Jahren auf der Grundlage des § 25 Abs. 4 RStV verpflichtet, Regionalfensterprogramme zu senden, deren Weiterverbreitung nunmehr gesetzlich stärker abgesichert ist als bisher.<sup>39</sup> Ferner haben die beiden führenden privaten Fernsehveranstalter entsprechend ihrer gesetzlichen Verpflichtung aus § 26 Abs. 5 RStV unabhängige Drittsendungen in ihr Programm aufgenommen.<sup>40</sup> Bei Anrechnung dieser vielfaltsichernden Maßnahmen wird der Schwellenwert wieder um fünf Prozent gehoben, wenn beide Bonusregelungen zur Anwendung kommen.

Zu beurteilen und festzustellen, ob die Regionalfensterprogramme in *angemessenem* Umfang aufgenommen sind bzw. eine Aufnahme von Sendezeit für Dritte nach Maßgabe des Absatzes 5 erfolgt ist, ist Aufgabe der KEK. Nach der Konstruktion des § 26 Abs. 2 RStV muss die KEK das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschrift insgesamt überprüfen.

Festzuhalten bleibt also, dass im Rahmen des Abs. 2 Satz 2 nur dann die 25-Prozent-Grenze tatsächlich zur Anwendung kommt, wenn die Bonusregelungen des Satzes 3 nicht eingreifen. Das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der beiden Bonusregelungen muss von der KEK geprüft und festgestellt werden. Es entspricht durchaus dem Willen der Länder, dass beide Bonusregelungen im Normalfall sowohl zu Gunsten der RTL Group als auch zu Gunsten der KirchGruppe (bzw. der ProSiebenSAT.1-Gruppe) eingreifen dürften und dadurch die 25-Prozent-Grenze des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV praktisch auf 30 Prozent angehoben wird. Einer effektiven Einbeziehung der medienrelevanten Märkte in eine Gesamtbetrachtung, die es ermöglichen würde, bei der Feststellung vorherrschender Meinungsmacht auch dem immer stärker werdenden Prozess der intermediären Verflechtung gerecht zu werden, scheint damit eine Absage erteilt worden zu sein. Allerdings besteht für die KEK unabhängig von § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV die Möglichkeit, vorherrschende Meinungsmacht auch außerhalb der Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 nach Maßgabe des § 26 Abs. 1 RStV zu bejahen.<sup>41</sup> Dabei sind auch die intermediären Verflechtungen und marktbeherrschenden Stellungen auf medienrelevanten Märkten zu berücksichtigen.

#### **2.2.1.4 Die neue 20- bzw. 10-Prozent-Grenze und die Sendezeit für unabhängige Dritte**

Über den Bereich der 30-Prozent-Grenze und das interne Wachstum hinaus, bei dem dies eine Möglichkeit zur Vielfaltsicherung ist, verpflichtet die neu gefasste Bestimmung des § 26 Abs. 5 RStV als weitere vielfaltsichernde Maßnahme Veranstalter dazu, Sendezeit für unabhängige Dritte einzuräumen, wenn ihr Zuschaueranteil mit allen ihm zuzurechnenden Programmen im Durchschnitt eines Jahres zwanzig Prozent oder mit einem Vollprogramm oder einem Sparten-

39 Das begrenzte Ermessen, das die „Soll“-Vorschrift des § 25 Abs. 4 RStV eröffnet, haben die Landesmedienanstalten dahingehend ausgeübt, dass sie in ihrem Beschluss vom 25. 05. 1993 die Sender SAT.1 und RTL verpflichteten, an den Tagen Montag bis Freitag jeweils ein halbstündiges Fensterprogramm in das Vorabendprogramm aufzunehmen. Vgl. den Beschluss der DLM vom 25. 05. 1993, abgedruckt in Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, a. a. O., § 25, Rn. 15.

40 Auf die Herstellung von Drittfensterprogrammen hat sich die DCTP spezialisiert, die seit Mai 1988 als „unabhängiger Dritter“ Fensterprogramme bei SAT.1 und RTL Television sendet (SternTV und Spiegel TV). Vgl. hierzu die Ausführungen in der Programmliste der KEK, abrufbar unter: <http://www.kek-online.de/kek/information/publikation/programmliste.pdf>.

41 Vgl. oben I 2.2.1.2.

programm mit dem Schwerpunkt Information im Durchschnitt eines Jahres zehn Prozent erreicht. Der neu eingefügte Satz 2 dieser Vorschrift lautet in der Fassung des Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrages wie folgt:

- (5) Erreicht ein Unternehmen mit ihm zurechenbaren Programmen im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 20 vom Hundert, ohne dass eines der Vollprogramme oder Spartenprogramme mit Schwerpunkt Information einen Zuschaueranteil von zehn vom Hundert erreicht, trifft die Verpflichtung nach Satz 1 den Veranstalter des dem Unternehmen zurechenbaren Programms mit dem höchsten Zuschaueranteil.

Wie diese Sendezeit für unabhängige Dritte im Einzelnen ausgestaltet werden muss, regelt die Bestimmung des § 31 RStV. Danach muss die Dauer des Fensterprogramms wöchentlich mindestens 260 Minuten, davon mindestens 75 Minuten in der so genannten Hauptsendezeit (von 19:00 bis 23:30 Uhr) betragen, wobei aber Regionalfensterprogramme mit höchstens 80 Minuten pro Woche unter bestimmten Voraussetzungen angerechnet werden dürfen. Von der Verpflichtung, solche Fensterprogramme unabhängiger Dritter aufgrund der Zehn-Prozent-Grenze auszustrahlen, sind zur Zeit im Hinblick auf ihren gegenwärtigen Zuschaueranteil die Vollprogramme RTL und SAT.1 betroffen. Die durch den Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag eingefügte Zwanzig-Prozent-Grenze erfasst die RTL Group und die ProSiebenSAT.1 Media AG für ihr jeweiliges Programm mit dem höchsten Zuschaueranteil, also ebenfalls RTL und SAT.1. Praktisch ändert sich derzeit also nichts. Die Neuregelung hätte aber z. B. dann Konsequenzen, wenn der Zuschaueranteil von SAT.1 dauerhaft unter 10 Prozent sänke. Dann bliebe die ProSiebenSAT.1 Media AG verpflichtet, in dem ihr zuzurechnenden Programm mit dem höchsten Zuschaueranteil Fensterprogramme auszustrahlen. Allgemein sollte die Bedeutung dieser Fensterprogrammidee für eine wirksame Vielfaltsicherung nicht überschätzt werden. Bemerkenswert ist zunächst, dass der Fensterprogrammanbieter – nach dem so genannten nordrhein-westfälischen Modell – eine eigene Lizenz und einen eigenen Veranstalterstatus erhält und damit kein Auftragsproduzent oder reiner Zulieferer ist. Die zuständige Landesmedienanstalt hat daher, wenn der Hauptveranstalter verpflichtet ist, Sendezeit für unabhängige Dritte zur Verfügung zu stellen, das Fensterprogramm zur Erteilung einer Zulassung auszuschreiben.

Sodann erfolgt ein kompliziertes, normalerweise dreistufiges Auswahlverfahren, bei dem die KEK mitzuwirken hat. In der ersten Stufe des Zulassungsverfahrens hat die zuständige Landesmedienanstalt die eingehenden Anträge im Lichte der einschlägigen Bestimmungen auf ihre Zulassungsfähigkeit zu überprüfen. Hierbei ist insbesondere zu klären, ob der Fensterprogrammanbieter unabhängig im Sinne des § 31 Abs. 3 RStV ist.

Diejenigen Anträge, die von der zuständigen Landesmedienanstalt als zulassungsfähig angesehen werden, hat die Landesmedienanstalt sodann dem Hauptveranstalter zu übermitteln und die Auswahl unter den Bewerbern mit ihm konsensorientiert zu erörtern. Kommt es zu keiner einvernehmlichen Auswahl, kann der Hauptveranstalter nach eigenem Gutdünken eine Zwischenselektion vornehmen, und zwar in der Weise, dass er aus den ihm vorliegenden Anträgen, die als zulassungsfähig beurteilt wurden, drei Bewerber aussucht. An diesen Dreivorschlag ist die zuständige Landesmedienanstalt gebunden. Sie hat daraus nunmehr den Bewerber auszuwählen, „dessen Programm den größtmöglichen Beitrag zur Vielfalt im Programm des Hauptprogrammveranstalters erwarten lässt“. Diesem Fernsehveranstalter ist dann die Zulassung zu erteilen.

Vor der Auswahlentscheidung und vor der Zulassungsentscheidung hat die zuständige Landesmedienanstalt nach dem Gesetzestext das „Benehmen“ mit der KEK „herzustellen“. Hierbei besteht nicht zuletzt wegen der misslungenen Formulierung „das Benehmen herzustellen“ eine gewisse

Unklarheit darüber, was unter Benehmen zu verstehen ist,<sup>42</sup> denn korrekt müsste es heißen: „ins Benehmen zu setzen“. Benehmen bedeutet weniger als Einvernehmen, verlangt also nicht die Zustimmung der KEK zur Entscheidung über die Auswahl. Vielmehr gebietet das „Benehmen“, dass die Landesmedienanstalt die Position der KEK zur Kenntnis nimmt und sich mit dieser mit dem Ziel sachlich auseinandersetzt, der Haltung der KEK nach Möglichkeit Rechnung zu tragen. Deshalb muss sich die Landesmedienanstalt **vorher** ins Benehmen mit der KEK setzen; die zuständige Landesmedienanstalt darf also erst dann abschließend über die Auswahl entscheiden, wenn die KEK ihre Sichtweise dargelegt hat. Das gilt entsprechend bei der daran anschließenden Stufe der Zulassung des ausgewählten Bewerbers.

## 2.2.2 Die Rechtsfolgen einer „vorherrschenden Meinungsmacht“

Hat ein Unternehmen durch Überschreiten der 30-Prozent-Grenze oder nach Maßgabe des § 26 Abs. 2 Satz 2, 3 RStV bzw. nach § 26 Abs. 1 RStV nach der Feststellung der KEK eine „vorherrschende Meinungsmacht“ erlangt, sind im Hinblick auf die Rechtsfolgen zwei unterschiedliche Fallgruppen grundsätzlich zu unterscheiden. Die Vorschrift des § 26 Abs. 3 RStV regelt den Fall des externen Wachstums von Rundfunkunternehmen, wohingegen die Bestimmung des § 26 Abs. 4 RStV den Fall des so genannten internen Wachstums betrifft, also die Erhöhung des Zuschaueranteils der zurechenbaren vorhandenen Programme eines Veranstalters.

Die Vorschrift des Absatzes 3 regelt die Rechtsfolgen für den Fall, dass ein Veranstalter ein neues Programm veranstalten will und deshalb um dessen Zulassung nachsucht bzw. eine weitere Beteiligung anstrebt bzw. eine vorhandene Beteiligung erhöhen will. Nach § 20 Abs. 1 Satz 1 RStV bedürfen private Veranstalter zur Veranstaltung von Rundfunk einer Zulassung nach Landesrecht. Im Rahmen dieses Zulassungsverfahrens hat die KEK nach § 37 Abs. 1 RStV sowie in den Fällen des § 37 Abs. 2 RStV die Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) die Befugnis, die Fragen der Sicherung der Meinungsvielfalt ausschließlich und abschließend zu beurteilen. Dabei obliegt es zunächst der KEK, die Erfüllung des Tatbestands einer vorherrschenden Meinungsmacht festzustellen und darzulegen, um so die in § 26 Abs. 3 RStV vorgesehene zwingende Rechtsfolge auszulösen.

Die vom RStV vorgesehene Rechtsfolge besteht darin, dass eine weitere Zulassung nicht erteilt bzw. die Beteiligung nicht erworben bzw. erhöht werden darf. Dagegen sieht § 26 Abs. 4 RStV drei unterschiedliche Maßnahmen vor, wenn sich der Zuschaueranteil der zurechenbaren vorhandenen Programme eines Veranstalters in der Weise erhöht hat, dass eine vorherrschende Meinungsmacht des Unternehmens festgestellt werden muss. In diesem Fall kommt eine Beschränkung der Meinungsmacht auf dem Fernsehmarkt durch Aufgabe von Beteiligungen an anderen Fernsehveranstaltern (§ 26 Abs. 4 Nr. 1 RStV) oder die Beschränkung der Meinungsmacht auf medienrelevanten verwandten Märkten, insbesondere durch Aufgabe von Beteiligungen an Unternehmen, die auf diesen Märkten tätig sind (§ 26 Abs. 4 Nr. 2 RStV), oder die Beschränkung der Meinungsmacht durch Ergreifung vielfaltsichernder Maßnahmen im Sinne der §§ 30–32 RStV (§ 26 Abs. 4 Nr. 3 RStV) in Betracht. Dabei macht nicht zuletzt die amtliche Begründung zu § 26 RStV deutlich, dass es sich bei den in Betracht kommenden Maßnahmen um gleichwertige Alternativen handelt. Bei der Auswahl der im konkreten Einzelfall geeigneten Maßnahme müssen die Interessen des betroffenen Unternehmens wie auch die mit § 26 RStV verfolgte Zielsetzung, eine von der KEK festgestellte vorherrschende Meinungsmacht möglichst rasch wieder zu be-

<sup>42</sup> Vgl. dazu etwa epd medien 94/1997, S. 16.

seitigen, Berücksichtigung finden. Daher schlägt die zuständige Landesmedienanstalt als Lizenzgeber durch die KEK dem Unternehmen die oben erwähnten Maßnahmen zur Beschränkung der Meinungsmacht vor und erörtert diese mit den Veranstaltern. Im Rahmen der Erörterung soll es den Veranstaltern auch möglich sein, selbst Vorschläge gegenüber der KEK zu machen. Aus diesem Beteiligungs- und Mitwirkungsrecht am Auswahlprozess kann aber kein Wahlrecht des Unternehmens abgeleitet werden. Das Letztentscheidungsrecht verbleibt somit bei der KEK.

### **2.2.3 Die Regelungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt und das Kartellrecht**

Die umfangreichen rundfunkrechtlichen Regelungen, die die Sicherung der Meinungsvielfalt betreffen, und die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen haben unterschiedliche Zielsetzungen.<sup>43</sup> Das GWB zielt auf die Beschränkung wirtschaftlicher Macht ab, um auf diese Weise wirtschaftlichen Wettbewerb als Steuerungsinstrument auch im Interesse der Verbraucher zu erhalten. Dem Rundfunkrecht geht es darum, die verfassungsrechtlich gebotene Meinungsvielfalt zu gewährleisten. Insoweit kann die Erhaltung wirtschaftlicher Vielfalt dazu beitragen, auch die Meinungsvielfalt zu fördern. Das Kartellrecht kann also das Rundfunkrecht tendenziell entlasten. Diesen Umstand machen sich manche Landesmediengesetze zu Nutze, nach denen die Landesmedienanstalt vor Lizenzerteilung die Vorlage einer kartellrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung verlangen kann.<sup>44</sup>

Dadurch wird auch deutlich, dass das Rundfunkrecht und das Kartellrecht, obwohl sie sich partiell ergänzen, nebeneinander zur Anwendung kommen. Dies liegt auch daran, dass die Länder zur Regelung des Rundfunks und damit auch zur Sicherung der Meinungsvielfalt die Gesetzgebungszuständigkeit besitzen, wohingegen der Bund aufgerufen ist, die wirtschaftliche Macht durch das von ihm zu schaffende Kartellrecht zu begrenzen.

Schließlich macht das geltende Kartellrecht auch der Sache nach die rundfunkrechtlichen Regelungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt nicht überflüssig oder entbehrlich. Schon vom Anwendungsbereich her gesehen, erfasst das geltende Kartellrecht die Problematik nur unvollkommen. Der Fusionskontrolle nach §§ 35 f. GWB unterliegt nur der Zusammenschluss zu Rundfunkunternehmen, nicht aber der weit häufigere Fall der Gründung von Rundfunkunternehmen durch Einzelunternehmen, die bereits in anderen Bereichen eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Zudem ist auch, wenn durch das Kartellrecht wirtschaftliche Macht im Bereich der privaten Rundfunkunternehmen beschränkt wird, noch keineswegs die von der Verfassung geforderte Meinungsvielfalt gewährleistet. Die Beschränkung wirtschaftlicher Macht ist vielmehr eine notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung, um die von der Verfassung geforderte Meinungsvielfalt im Bereich des privaten Rundfunks zu sichern.

---

43 Vgl hierzu oben Kapitel I 1.1 und Konzentrationsbericht 2000, S. 39 f., sowie die Beiträge von Klaus Paetow, Die Anwendung der Fusionskontrolle des GWB im Bereich der elektronischen Medien; Dietrich Kleemann, Die Anwendung der europäischen Fusionskontrolle im Bereich der elektronischen Medien unter besonderer Berücksichtigung von Art. 21 Abs. 3 FKVO; Viktor Henle, Die Position der Landesmedienanstalten zum Verhältnis von Medienrecht und Kartellrecht; Ernst-Joachim Mestmäcker, Die Anwendung der rundfunkspezifischen Konzentrationskontrolle nach dem Rundfunkstaatsvertrag; in: Die Landesmedienanstalten (Hrsg.), Konzentrationskontrolle im Rundfunk und wettbewerbliche Fusionskontrolle. Dokumentation des Fachgesprächs der KEK und der DLM, Berlin 2001.

44 Vgl. § 8 Abs. 3 SPRG, § 17 Abs. 4 ThürLMG, § 9 Abs. 3 NMedienG.

## 2.3 Der europarechtliche Rahmen

Auch im Rundfunk, einem ehemals national dominierten Bereich, bestimmen inzwischen internationale Konzerne Entwicklung und Bedingungen. Rundfunk ist nicht mehr national begrenzt. Die Sicherung des Pluralismus im nationalen Bereich reicht daher angesichts der heutigen internationalen Fusionen großer Medienunternehmen nicht aus, um Medienkonzentration zu verhindern. Gerade im Zeitalter der „Global Players“ besteht eine Tendenz zur vertikalen Integration, bei der große Konzerne und Unternehmensverbände versuchen, die Wertschöpfungskette zu beherrschen. Dies war nicht zuletzt im vergangenen Jahr bei der geplanten Übernahme der Telekom-Kabelnetze durch Liberty zu beobachten. Eine solche Beherrschung von Wertschöpfungsketten bedeutet jedoch nicht nur eine Gefahr für die Meinungsvielfalt, sondern auch für die Verbraucherfreundlichkeit von Angebot und Preisen. Hier ist das Wettbewerbsrecht gefragt, um marktfeindliche Beherrschungsstrukturen zu verhindern. Erforderlich ist somit sowohl die Verhinderung von Medienkonzentration als auch die Sicherung von Meinungsvielfalt. Auch wenn die Meinungsvielfalt als legitime Aufgabe und Grundlage der Demokratie von der Europäischen Gemeinschaft anerkannt und gefördert wird, ist eigentliches Ziel nicht die Meinungsvielfalt, sondern lediglich der freie Wettbewerb, der durch Konzentration beschränkt würde.

### 2.3.1 Die (Un-)Zuständigkeit der Europäischen Union für die Sicherung des Pluralismus

#### 2.3.1.1 Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben – Rundfunkkompetenz aus dem EG-Vertrag

Nach einhelliger und zutreffender Meinung enthalten die Gemeinschaftsverträge keine generelle Ermächtigung zum Erlass von Rechtsakten, sondern nur Einzelermächtigungen. Dieses Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 EG, Art. 5 EU) bedeutet, dass die Gemeinschaftsorgane nur dort tätig werden dürfen, wo der Vertrag die Verbandskompetenz der Gemeinschaft ausdrücklich begründet. Eine ausdrückliche Rundfunkkompetenz gibt es für die Gemeinschaft gerade nicht. Der EG-Vertrag enthält, auch in der Fassung des Nizzaer Vertrages, keinen Titel zum Sachgebiet Medien und keine für den Bereich Neue Medien spezifischen Einzelvorschriften. Die in Art. 3 lit q i. V. m. Art. 151 Abs. 2 EG verankerte Kulturkompetenz, die den audiovisuellen Bereich im Rahmen der Kulturpolitik mit erfasst, eröffnet der Gemeinschaft allenfalls Kompetenzen zur Durchführung von Fördermaßnahmen, nicht dagegen enthält sie eine Befugnis zur Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen.<sup>45</sup> Nachdem die Kulturkompetenz somit zunächst und grundsätzlich den Mitgliedstaaten vorbehalten ist, stellt sich angesichts der vielfältigen Aktivitäten der Europäischen Union auf dem Gebiet der Medien die Frage, ob und aus welchen Normen des Gemeinschaftsrechts Kompetenzen der Union zur Regelung des Rundfunkwesens herzuleiten sind.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Hierzu auch Dieter Frey, *Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnenmarkt der EG*, Baden-Baden 1998, S. 28; Dieter Dörr, *EG-Vertrag, EU-Vertrag und Medienordnung; Kompetenztitel und Kompetenzausübungsschranken in Bezug auf einen Europarechtlichen Ordnungsrahmen*, in: EMR (Hrsg.), *Europäisches Medienrecht – Fernsehen und seine gemeinschaftsrechtliche Regelung*, Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht, Bd. 18, München 1998, S. 3, 12.

<sup>46</sup> Ausführlich hierzu bereits Dieter Dörr, *Die Europäische Medienordnung*, in: *Internationales Handbuch Medien 2002/2003*, Hans-Bredow-Institut (Hrsg.), S. 37, 43 ff.; ders., *Möglichkeiten und Grenzen europäischer Medienpolitik: Konvergenz und Kompetenz*, in: K&R 1999, S. 97; *Konzentrationsbericht der KEK 2000*, S. 71 ff.



### 2.3.1.1.1 Die Grundfreiheiten – Regelungskompetenz aus Art. 49 ff. EG

Weit gehende Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Union im Medienbereich, insbesondere im Rundfunkbereich, werden auf die Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EG) gestützt. Entscheidend für die Kompetenzfrage ist die Feststellung des EuGH, dass kulturelle Angelegenheiten nicht per se dem Anwendungsbereich des EG-Vertrags entzogen sind. Anknüpfungspunkt für die Regelungsbefugnis der Gemeinschaft für den Rundfunk ist allerdings vorrangig seine Bedeutung als Wirtschaftsfaktor. Der EuGH hat in ständiger Rechtsprechung grenzüberschreitende Rundfunksendungen, einschließlich der Übertragung von Programmen im Kabelnetz, unter den Tatbestand der Dienstleistung i. S. d. Art. 49 EG subsumiert. Gleiches gilt auch für die Übertragung via Satellit.<sup>47</sup> Insbesondere im Fall *Sacchi*<sup>48</sup> wurde bereits klargestellt, dass die Ausstrahlung von Fernsehsendungen als Dienstleistung anzusehen ist. Diese Beurteilung wurde in verschiedenen Entscheidungen bestätigt.<sup>49</sup> Ziel der Grundfreiheiten ist es, die staatlichen Grenzen innerhalb der Gemeinschaft in wirtschaftlicher Hinsicht abzubauen und damit die einzelstaatlichen Märkte zu öffnen.<sup>50</sup> Die Schaffung eines gemeinschaftsweiten Rundfunk- und Telekommunikationsmarktes setzt damit den Abbau von Hindernissen für das grenzüberschreitende Fernsehen und den Hörfunk ebenso wie für Telekommunikationsdienstleistungen voraus. Die Mitgliedstaaten sind gem. Art. 49 Abs. 1 EG verpflichtet, Beschränkungen dieses Verkehrs aufzuheben und die einmal erreichten Freiheiten keinen neuen Behinderungen zu unterwerfen.<sup>51</sup> Der EG-Vertrag gibt der Gemeinschaft damit zwar keine originäre Kompetenz zur Regelung der Rundfunktätigkeit, jedoch über die Grundfreiheiten die Möglichkeit, diesen Bereich zu beeinflussen. Hintergrund und Ziel der Grundfreiheiten ist aber nicht der Gedanke der Pluralismussicherung, sondern ein wirtschaftlicher Zweck, der somit das Regelungsziel in diesem Bereich bestimmen muss.

In der Rechtsprechung des EuGH ist allerdings diesbezüglich eine vorsichtige Trendwende festzustellen. So hat er in mehreren neueren Entscheidungen<sup>52</sup> nicht nur festgestellt, dass die Mitgliedstaaten bei der Beschränkung der Grundfreiheiten auch an die Grundrechte als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts gebunden sind,<sup>53</sup> sondern auch, dass die Erhaltung eines kulturellen und pluralistischen Rundfunksystems ein Ziel ist, das im Allgemeininteresse liegt und Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen vermag. Damit wird ein gewisser Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten anerkannt.

### 2.3.1.1.2 Die Kompetenzen aus dem europäischen Wettbewerbs- und Kartellrecht

Besondere Bedeutung für die audiovisuellen Medien haben neben der Dienstleistungsfreiheit vor allem auch die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages (Art. 81 ff. EG). Zwar enthalten diese keine medienspezifischen Regelungen, nehmen aber über die Kompetenzen der EU-Kommission zur Sicherung des ökonomischen Wettbewerbs innerhalb des EG-Binnenmarktes Einfluss auf die Gestaltung der Medienlandschaft. Ziel der europäischen Wettbewerbspolitik ist es, die Einheit

47 Vgl. auch Jürgen Schwarze, *Medienfreiheit und Medienvielfalt im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, ZUM 2000, S. 779, 782.

48 *Sacchi*, Slg. 1974, 409.

49 *Debauve*, Slg. 1980, 833; *Coditel I*, Slg. 1980, 881; *Kabelregelung*, Slg. 1988, 2085; *ERT*, Slg. 1991, I-2925; *Stichting Collective Gouda*, Slg. 1991, I-4007; *Kommission/Niederlande*, Slg. 1991, I-4069; *Kommission/Belgien*, Slg. 1992, I-6757; *TV 10 SA*, Slg. 1994, I-4795.

50 Vgl. Müller-Graff, in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann, *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, Bd. 1, 5. Aufl., 1997, Art. 30, Rn. 5.

51 Vgl. Bernd Holznagel, *Rundfunkfreiheit in Europa*, S. 132.

52 EuGH, Urteil vom 03.02.1993, Rs. C-148/91 (*Veronica*), Slg. 1993, I-487; *TV 10 SA*, Slg. 1994, I-4795.

53 EuGH, Urteil vom 18.06.1991, *EuGHE* 1991, I-2925 (*ERT*).

des Binnenmarktes zu garantieren, die Monopolisierung bestimmter Märkte zu unterbinden und Unternehmen daran zu hindern, den Markt durch Absprachen unter sich aufzuteilen. Für den Medienbereich wird dadurch zwar nicht automatisch Meinungspluralismus gewährleistet, ein funktionierender Wettbewerb schafft jedoch zumindest die Voraussetzung für diesen.

Mechanismen des EG-Wettbewerbsrechts, um das privatwirtschaftliche Verhalten von Unternehmen zu kontrollieren, sind in erster Linie das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 82 EG sowie das an die Mitgliedstaaten gerichtete Verbot unzulässiger Beihilfen gem. Art. 87 EG. Die beiden grundlegenden Verbote des EG-Kartellrechts (Art. 81, 82 EG) gelten unmittelbar und direkt in allen Mitgliedstaaten, so dass sich grundsätzlich jedes Unternehmen darauf berufen und ggf. Rechte daraus herleiten kann. Unbeschadet dieser Direktwirkung ist aber vor allem die EU-Kommission dafür zuständig, für die Sicherung des ökonomischen Wettbewerbs im Binnenmarkt und die Einhaltung dieser Verbote zu sorgen.<sup>54</sup> Das gilt auch für öffentliche Unternehmen i. S. v. Art. 86 EG.

### **Kartellverbot**

Art. 81 EG verbietet alle Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die geeignet sind, „den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken“. Dieses Verbot gilt sowohl für horizontale als auch für vertikale Vereinbarungen. In vielen Fällen ermöglichen jedoch gerade erst bestimmte Kooperationsformen den beteiligten Unternehmen den Marktzutritt, deshalb sieht Art. 81 Abs. 3 EG unter bestimmten Voraussetzungen eine Freistellungsmöglichkeit vom Kartellverbot vor. Nach der bisherigen, noch gültigen Kartellverordnung<sup>55</sup> muss die Kommission über jeden Einzelfall entscheiden. Für bestimmte als unschädlich anerkannte Typen von Vereinbarungen kann sie allerdings auch sog. Gruppenfreistellungen erlassen. Insgesamt ist das Verfahren jedoch sehr aufwendig, so dass die Kommission die Flut der Freistellungsanträge kaum mehr bewältigen konnte. Aufgrund dessen sind verschiedene Entwürfe für eine Modernisierung des europäischen Wettbewerbsverfahrens gemacht worden. Die Diskussion endete schließlich mit Verabschiedung der neuen Kartellverfahrensordnung,<sup>56</sup> die am 01.05.2004 in Kraft treten wird. Nach der neuen Regelung ist Art. 81 Abs. 3 EG als Legalausnahme zu verstehen, d. h., während bisher nur die Art. 81 Abs. 1 und 2 sowie Art. 82 EG unmittelbar anwendbar waren, gilt dies nun auch für Art. 81 Abs. 3 EG (vgl. Art. 1 der neuen Verordnung). Damit entfallen die zahlreichen zeitaufwendigen Verfahren. Daneben ist die Durchsetzung der Art. 81 und 82 EG nicht mehr ausschließlich Sache der Kommission. Ist eine Vereinbarung geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, müssen die nationalen Wettbewerbsbehörden Art. 81 EG anwenden (Art. 3 der neuen Verordnung), d. h., es gilt ein erweiterter Vorrang des Gemeinschaftsrechts.<sup>57</sup>

### **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung**

Nicht erfasst wird von Art. 81 EG eine bereits vorhandene marktbeherrschende Position. Diese Lücke schließt Art. 82 EG. Nach Art. 82 Satz 1 EG ist das missbräuchliche Ausnutzen einer solchen marktbeherrschenden Stellung auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes verboten,

54 Ausführlich zu den Befugnissen der Kommission Gerhard Wiedemann, in: Handbuch des Kartellrechts, § 2, Rn. 22 ff., Beck 1999.

55 Verordnung EWG Nr. 17/62 des Rates vom 06.02.1962: Erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 EWG (81 und 82 EG), ABIEG Nr. 13 vom 21.02.1962.

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

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

soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Gemäß Art. 82 Satz 2 EG liegt ein Missbrauch insbesondere bei Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen, bei Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der Entwicklung zum Schaden der Verbraucher, bei Diskriminierung von Handelspartnern sowie bei Kopplung sachfremder Leistungen an den Absatz vor.

### **Fusionskontrolle**

Der Schwerpunkt des europäischen Wettbewerbsrechts und der Entscheidungspraxis der EU-Kommission liegt bei der Fusionskontrolle. Hier bleibt es auch nach der neuen Regelung bei dem alternativen Nebeneinander von Fusionskontrollverordnung und nationaler Fusionskontrolle. Für Unternehmenszusammenschlüsse begründet die Fusionskontrollverordnung (FKVO)<sup>58</sup> gem. Art. 1 Abs. 2 und 3 eine Kontrollbefugnis der Kommission, wenn der geplante Zusammenschluss gemeinschaftsweite Bedeutung hat. Im Übrigen bleiben die nationalen Wettbewerbsbehörden zuständig. Die Verordnung legt fest, dass „Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung, die eine Stellung begründen oder verstärken, durch welche ein wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben in erheblichem Ausmaß behindert wird“, für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären sind. Ein Unternehmenszusammenschluss ist gegeben, wenn ein Unternehmen die absolute Kontrolle über ein anderes Unternehmen oder ein Unternehmen, das es gemeinsam mit einem anderen Unternehmen kontrolliert hat, gewinnt oder wenn mehrere Unternehmen die Kontrolle über ein Unternehmen übernehmen bzw. ein neues Unternehmen gründen. Während die Grundfreiheiten die Märkte öffnen sollen, liegt die Zielsetzung der Wettbewerbsregeln darin, diese anschließend auch weiterhin für alle Unternehmen offen zu halten.<sup>59</sup> Nach Auffassung der Kommission sind diese Regelungen generell auch auf wirtschaftliches Verhalten im Medienbereich anwendbar. Die Sicherung des ökonomischen Wettbewerbs ist gerade in der Medienbranche, die sich durch ein hohes Maß an Konzentrationsprozessen auszeichnet, von besonderer Bedeutung. Nicht erfasst werden von der Fusionskontrolle allerdings Fälle von internem Unternehmenswachstum (z. B. durch Gründung von Tochterunternehmen oder den Erwerb einer Rundfunklizenz).<sup>60</sup> Auch eine mögliche publizistische Beeinflussung von Rundfunkveranstaltern bleibt bei der Prüfung der Fusionskontrolle unberücksichtigt, denn der Kontrollbegriff des Art. 3 FKVO umfasst, entsprechend der wettbewerbsrechtlichen Ausrichtung, nur gesellschafts- und wirtschaftsrechtliche Beherrschungsmöglichkeiten. Die Kompetenz der Gemeinschaft, einen nach ökonomischen Kriterien zu bewertenden Wirtschaftswettbewerb zu errichten und dessen Funktionieren sicherzustellen, ist daher nicht gleichzusetzen mit der Kompetenz zur Sicherung der Medienvielfalt und des Meinungspluralismus. Nach Art. 21 Abs. 3 FKVO können aber die Mitgliedstaaten Maßnahmen zum Schutz der Medienvielfalt treffen.<sup>61</sup>

---

58 Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. 12. 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG Nr. L 395 vom 30. 12. 1989, S. 1, berichtigt in ABl. EG Nr. L 257 vom 21. 09. 1990, S. 13, heute gültig mit Änderung durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. 06. 1997, ABl. EG Nr. L 180 vom 30. 07. 1997, S. 1.

59 So auch Robert Klotz, Auf dem Weg zu einem europäischen Multimediarecht, in: ZUM 1999, S. 443, 450.

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

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

Allgemein dient Art. 95 EG dem Rat als Rechtsgrundlage für die Verwirklichung des durch die Grundfreiheiten geprägten Binnenmarktes (Art. 14 EG), während Art. 86 Abs. 3 EG der Kommission Richtlinienkompetenz für das Wettbewerbsrecht verleiht. Art. 95 und Art. 86 Abs. 3 EG werden von der Gemeinschaft für die Rechtsetzung im Bereich der Telekommunikation dazu genutzt, die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zu harmonisieren, um auch im Bereich der Telekommunikation den Binnenmarkt zu verwirklichen, zu liberalisieren und einen Wettbewerb auf dem Markt der Telekommunikationsdienste herzustellen.<sup>62</sup>

### Die Beihilfenproblematik

Nach Art. 87 EG sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen – gleich, welcher Art – mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, wenn sie durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Der EuGH hat Beihilfen definiert als „Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastung vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat“.<sup>63</sup> Ausschlaggebend ist das Vorliegen einer objektiven Begünstigung. Voraussetzung ist jedoch auch, dass der wirtschaftliche Vorteil unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt wird.<sup>64</sup> Bereits seit einiger Zeit besteht zwischen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Europa und der EU-Kommission Streit über die Frage, ob Rundfunkgebühren eine staatliche Beihilfe sind, die der Notifizierungspflicht und dem Genehmigungsvorbehalt unterliegen. Eine Überprüfung dieser Frage wurde durch Beschwerden privater Rundfunkveranstalter ausgelöst.<sup>65</sup> Die Fragestellung tangiert nicht nur die Art und Weise der Finanzierung, sondern auch die Rolle und Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten im dualen System. In der Entscheidung zum Verfahren „Kinderkanal/Phoenix“<sup>66</sup> kam die Kommission zu dem Schluss, dass es sich bei der deutschen Rundfunkgebühr um eine staatliche Beihilfe handelt, da sie gesetzlich festgelegt und somit „staatliches Mittel“ im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG sei. Unter Hinweis auf das Amsterdamer Protokoll hat die Kommission aber festgestellt, dass die Rundfunkgebühr die Erbringung einer Dienstleistung ermögliche, die im allgemeinen Interesse liege, so dass sie gem. Art. 86 EG mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei. Auch in ihrer „Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk“ ist nach Ansicht der Kommission zwar generell davon auszugehen, dass eine staatliche Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt.<sup>67</sup> Artikel 87 EG gebe aber die Möglichkeit, Beihilfen, die zur Förderung der Kultur eingesetzt würden, als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu betrachten. Entscheidend sei hier die Verhältnismäßigkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung.<sup>68</sup> In der Sache Kinderkanal/Phoenix hat die Kommission allerdings keine kulturelle Motivation anerkannt. Nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH<sup>69</sup> liegt eine Beihilfe jedoch nicht vor, wenn mit einer staatlichen Leistung lediglich besondere Lasten ausgeglichen werden, die mit der Erbringung von Dienstleistungen

62 Art. 95 EG wurde z. B. als Grundlage für die Richtlinien zur Einführung des offenen Netzzugangs (ONP-Richtlinien) zur Harmonisierung verschiedener Aspekte des Telekommunikationsdienstes herangezogen, um für alle Wettbewerber gleiche Voraussetzungen für den Marktzutritt zu schaffen.

63 Ausführlich hierzu Armin Trafkowski, Medienkartellrecht, München 2002, S. 136.

64 EuGH, Urteil vom 13. 03. 2001, Rs. C-379/98 (PreussenElektra), EuZW 2001, S. 242, Rn. 58.

65 In Deutschland durch den VPRT.

66 Entscheidung vom 22. 03. 1999.

67 ABl. C 320 vom 15. 11. 2001, S. 5, Rn. 18.

68 ABl. C 320 vom 15. 11. 2001, S. 6, Rn. 26.

69 Siehe dazu EuGH, Urteil vom 22. 11. 2001, RS C-53-00 (Ferring) und EuGH, Urteil vom 24. 07. 2003, RS C-280/00 (Altmark).

von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verbunden sind, mit denen das betreffende Unternehmen beauftragt wurde.

Der EuGH urteilte in seiner Entscheidung zum deutschen Stromeinspeisegesetz auch, dass Mittel, die aufgrund einer gesetzlichen Regelung unmittelbar von Privaten aufgebracht und an den Begünstigten geleitet werden müssen, keine staatlichen Mittel i. S. d. Art. 87 EG darstellen.<sup>70</sup> Diese Entscheidung ist letztlich auch für den Rundfunk von Bedeutung, da auch hier die Mittel von Privaten aufgebracht und an den Begünstigten weitergeleitet werden.

Am 03.04.2002 hat die EU-Kommission festgestellt, dass Errichtung und Betrieb des geplanten ZDF-Medienparks nicht dem Beihilfetatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag unterfallen.<sup>71</sup> Nach den der Kommission vorliegenden Informationen verhalte sich das ZDF bzw. seine Tochtergesellschaft ZDF Enterprises GmbH diesbezüglich nicht anders als ein Privatinvestor. Es sollen keine Rundfunkgebühren verwendet werden, das Vorhaben werde unter marktüblichen Bedingungen durchgeführt.

### 2.3.1.2 Entscheidungen der EU-Kommission im Medienbereich<sup>72</sup>

In einer älteren Entscheidung in den verbundenen Rechtssachen „Bertelsmann/Kirch/Premiere“ und „Deutsche Telekom/Beta Research“<sup>73</sup> hat die EU-Kommission 1998 ein Großvorhaben im Bereich des digitalen Fernsehens untersagt, um zu verhindern, dass anderen Anbietern von Pay-TV und verwandten Diensten der Zugang zu den Zukunftsmärkten in diesem Bereich verwehrt wird.

Am 21.03.2000 hat die Kommission den Zusammenschluss zwischen der Kirch Vermögensverwaltungs GmbH & Co. KG und der British Broadcasting Group plc. (BSkyB) genehmigt, durch den die Kirch PayTV GmbH & Co. KGaA der gemeinsamen Kontrolle beider Parteien unterstellt wird. Entscheidend waren hierbei die von beiden Parteien abgegebenen Erklärungen und Verpflichtungen, die nach Auffassung der EU-Kommission keine Begründung oder Stärkung einer marktbeherrschenden Stellung befürchten lassen. Es handelt sich um eine Freistellungsentscheidung vom europäischen Kartellverbot gemäß Art. 81 Abs. 3 EG. Die Kommission hatte zunächst befürchtet, dass die marktbeherrschende Stellung von KirchPayTV auf dem deutschsprachigen Pay-TV-Markt noch verstärkt bzw. eine beherrschende Stellung auf dem neuen Markt für digitale interaktive Bildschirmdienste begründet würde. Die beteiligten Unternehmen kündigten jedoch Maßnahmen zum Abbau von Zugangsschranken an.<sup>74</sup>

Nach fünfmonatiger Prüfung hat die Kommission am 11. 10. 2000 die Fusion des US-Internet-Providers American Online, Inc. (AOL) mit dem Medienkonzern Time Warner, Inc. unter Auflagen genehmigt.<sup>75</sup> Durch die Fusion entstand das erste Unternehmen, bei dem es zu einer vertikalen Verflechtung von Inhalten (Musik, Film, Nachrichten etc.) und Internet-Zugang kommt. Bedenken hatte die Kommission hinsichtlich der strukturellen Verknüpfung mit der Bertelsmann AG, durch die AOL Time Warner vorrangig Zugang zu den Bertelsmann-Inhalten, insbesondere deren

70 EuGH, Urteil vom 13.03.2001, Rs. C-379/98 (PreussenElektra), EuZW 2001, S. 242.

71 Europäische Kommission, Brüssel, 03.04.2002, C (2002) 932 endg.

72 Zu älteren Entscheidungen der Kommission vgl. Konzentrationsbericht der KEK 2000; für einen Überblick über sämtliche von der Kommission auf Basis der Fusionskontrollverordnung getroffenen Entscheidungen siehe: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

73 KOM (1998) 1439 endg. vom 27.05.1998, sowie KOM (1998) 1441 endg. vom 27.05.1998, abgedruckt in: Media Perspektiven, Dokumentation II/1998, S. 33 ff., 59 ff.

74 Zu den Einzelheiten vgl. Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Rundfunkstaatsvertrag, B 5, § 53, Rn. 4.

75 Vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 11.10.2000, IP/00/1145.

Musikbeständen, gehabt hätte.<sup>76</sup> Die Kommission befürchtete durch den Zusammenschluss die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung im Musikgeschäft und damit eine Gefährdung des freien Wettbewerbs auf dem europäischen Markt, da Bertelsmann und Time Warner zusammen ungefähr ein Drittel des europäischen Marktes für Musikverwertungsrechte beherrschen. Genehmigt wurde die Fusion dann nach dem Zugeständnis von AOL, sämtliche bestehenden strukturellen Verbindungen zur Bertelsmann AG zu lösen (vgl. Kap. II 1.2.5.3).

Auch die Übernahme von Seagram durch den französischen Telekommunikations- und Medienkonzern Vivendi und seine Tochtergesellschaft Canal+ hat die Kommission genehmigt.<sup>77</sup> Nach der ursprünglichen Planung bestand die Befürchtung, dass Vivendi/Canal+ ihre bereits beherrschende Stellung auf verschiedenen nationalen Pay-TV-Märkten, z. B. in Frankreich, Spanien und Italien, ausbauen und auch auf die nordischen Länder ausdehnen könnten. Durch die Zusage von Vivendi, sämtlichen Pay-TV-Anbietern freien Zugang zum Filmangebot von Universal zu gewähren sowie insbesondere die Beteiligung am britischen Fernsehkanal BSkyB zu verkaufen, konnten die Bedenken ausgeräumt werden (vgl. Kap. II 1.2.4.2).

Hinsichtlich des Zusammenschlussvorhabens VG Media/RTL/ProSiebenSAT.1 Media AG hat die Europäische Kommission den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle an dem deutschen Unternehmen VG Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte für Medienunternehmen mbH durch die Unternehmen RTL Group S. A. und ProSiebenSAT.1 Media AG genehmigt. Die Kommission hat festgestellt, dass die Transaktion keine wettbewerblichen Bedenken aufwirft. Da die VG Media als Verwertungsgesellschaft nach dem Wahrnehmungsgesetz verpflichtet ist, auf Verlangen jedes Urheber- und Leistungsschutzberechtigten für diesen tätig zu werden, ist es nach Ansicht der Kommission ausgeschlossen, dass Wettbewerbern durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Wettbewerbsnachteile entstünden oder es zu einer Abschottung des Marktes führen könnte.<sup>78</sup>

Die Entscheidung über die Fusion der beiden digitalen Satelliten-TV-Plattformen Via Digital und Canal Satellite Digital (CSD) in Spanien hat die Kommission, einem Antrag der spanischen Regierung gem. Artikel 9 Abs. 2 lit. a) der Fusionskontrollverordnung entsprechend, an die spanische Wettbewerbsbehörde verwiesen.<sup>79</sup> Die vorläufige Prüfung der Kommission ergab, dass der Zusammenschluss in der Tat eine beherrschende Stellung auf verschiedenen spanischen Fernsehmärkten sowie auch auf diversen Telekommunikationsmärkten zu begründen oder zu verstärken drohe (u. a. den Märkten: Pay-TV, Erwerb von Exklusivrechten an Premium-Filmen, Übertragungsrechte für Fußballspiele mit spanischer Beteiligung, sonstige Sportveranstaltungen und Erwerb von TV-Programmen). Bei den betroffenen Märkten handele es sich jedoch um rein nationale Märkte Spaniens, daher sei der Fall nach spanischem Wettbewerbsrecht zu beurteilen.

Mit Urteil vom 08. 10. 2002<sup>80</sup> hat das Europäische Gericht Erster Instanz hingegen eine Entscheidung der Kommission für nichtig erklärt, mit der diese die Europäische Rundfunkunion (EBU) bei dem Erwerb von Fernsehrechten für internationale Sportveranstaltungen, insbesondere in Bezug auf die Unterlizenzierung, von den gemeinschaftlichen Kartellvorschriften freigestellt

76 Vgl. auch MMR 3/2001; AOL/Time Warner nimmt Hürde, in: Die Welt vom 12. 10. 2000.

77 Vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 16. 10. 2000, IP/00/1162.

78 Vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 22. 05. 2002, IP/02/744.

79 Vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 16. 08. 2002, IP/02/1216.

80 Métropole télévision SA (M6), Antena 3de Televisión SA, Gestevisión Telecinco SA und SIC Sociedade Independente de Comunicacao SA./. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, in den verbundenen Rechtssachen T-185/00, T-216/00, T-299/00 und T-300/00.

hatte.<sup>81</sup> Vier private TV-Sender hatten gegen die Entscheidung der EU-Kommission Klage eingereicht, da ihnen durch den Sonderstatus der EBU Wettbewerbsnachteile entstünden. Das Gericht entschied, dass die Regeln über den Erwerb von Fernsehrechten für sportliche Veranstaltungen im Rahmen der Eurovision durch Dritte zu Wettbewerbsbeschränkungen führen, die gegen den EG-Vertrag verstoßen. Der gemeinsame Erwerb der Fernsehrechte durch die EBU beschränke den Wettbewerb, da die Fernsehrechte jeweils auf Ausschließlichkeitsbasis für ein bestimmtes Gebiet gewährleistet würden. Insbesondere Dritten gegenüber, die nicht Mitglied der EBU sind, werde der Zugang zu den Rechten verwehrt. Die Tatsache, dass die EBU Rechte an Live-Übertragungen von Sportereignissen auch dann nicht an Privatsender weiterverkaufe, wenn EBU-Mitgliedsender die entsprechenden Wettbewerbe nicht in kompletter Form live ausstrahlen wollten, sei nicht vertretbar. Die Kommission habe daher mit der Feststellung, dass die Unterlizenzregelung freigestellt werden könne, einen offenkundigen Beurteilungsfehler begangen.

### **2.3.1.3 Gesetzgebung, Richtlinien, Entscheidungen, Stellungnahmen der EU**

#### **2.3.1.3.1 EG-Fernsehrichtlinie**

Grundlage des europäischen Medienrechts bildet noch immer die Richtlinie des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, die sog. EG-Fernsehrichtlinie (FRL).<sup>82</sup> Auch die Fernsehrichtlinie sieht den Rundfunk in erster Linie als Wirtschaftsgut an und trifft keine konkrete Aussage zur Pluralismussicherung; dennoch enthält sie auch Regelungen, die der Meinungsvielfalt zugute kommen. Während beispielsweise die Kommission eine Vereinbarung von Exklusivrechten nicht ablehnt, obwohl es sich um restriktive, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen handelt, ermöglicht die Regelung des Art. 3 a FRL, dass bestimmte Ereignisse auch im frei empfangbaren Fernsehen zu sehen sind. Darüber hinaus sollen die Mitgliedstaaten im Rahmen des Durchführbaren dafür sorgen, dass Mindestquoten zur Ausstrahlung europäischer Produktionen eingehalten werden (Art. 4 Abs. 1 FRL). Weiterhin legt Art. 5 FRL fest, dass mindestens 10 Prozent der relevanten Sendezeit bzw. der Haushaltsmittel der Veranstalter für die Ausstrahlung von Werken unabhängiger Produzenten vorbehalten sein sollen.

#### **2.3.1.3.2 Harmonisierung der nationalen Medienkonzentrationsregelungen – Grünbücher**

Bereits 1984 legte die Kommission ein Grünbuch über die Errichtung des Gemeinsamen Marktes für den Rundfunk vor.<sup>83</sup> Seit dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Ausübung der Rundfunkaktivität von 1986<sup>84</sup> spricht man von einer „Politik der Gemeinschaft im audiovisuellen

---

81 Die Kommission hatte die EBU seit 1993 beim Einkauf von Sportrechten von den gemeinschaftlichen Kartellvorschriften freigestellt. Diese Entscheidung war vom Gericht erster Instanz der EG am 11.07.1996 für nichtig erklärt worden. Die daraufhin von der EBU erlassenen neuen Regeln stellte die Kommission mit einer zweiten Entscheidung vom 10.05.2000 (2000/400/EG: Entscheidung der Kommission vom 10.05.2000 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag, Sache Nr. IV/32.150 – Eurovision, bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2000) 1171, ABl. L 151/18 vom 24.06.2000) für den Zeitraum vom 26.02.1993 bis zum 31.12.2005 insbesondere für den Bereich der Unterlizenzen frei. Gegen diese zweite Entscheidung der Kommission richtete sich die Klage der Antragsteller. Vgl. auch Kapitel II 2.3.2.1.

82 Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.06.1997 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, verabschiedet am 03.10.1989, ABl. EG Nr. L 298 vom 17.10.1989, S. 23 ff., i. d. F. der Berichtigung gemäß ABl. EG Nr. L 331 vom 16.11.1989, S. 51.

83 KOM(84) 300 endg.

84 KOM(86) 146 endg.

Bereich". Den Anstoß zur Diskussion über eine europäische Medienkonzentrationskontrolle gab die Europäische Kommission mit ihrem im Dezember 1992 veröffentlichten Grünbuch „Pluralismus und die Medienkonzentration – Bewertung der Notwendigkeit einer Gemeinschaftsaktion“.<sup>85</sup> Hierin wurden verschiedene Optionen für einen europäischen Regulierungsansatz erörtert. Im Anschluss an die Publikation des Grünbuchs folgte ein langer Konsultationsprozess mit verschiedenen Vorschlägen, zu einer Einigung kam es allerdings nicht. Die Mehrzahl der Staaten äußerte sich ablehnend gegenüber einer gemeinschaftsrechtlichen Aktion. Auch über den Richtlinienentwurf „Medieneigentum im Binnenmarkt“ wurde letztlich kein Konsens erreicht,<sup>86</sup> so dass es bis heute zu keinem Ergebnis auf diesem Gebiet kam.

In der „Entschließung des Europäischen Parlaments zur Medienkonzentration“ hat sich nun kürzlich das Europäische Parlament besorgt über die Entwicklung im Mediensektor geäußert und die Kommission aufgefordert, auf die Konzentrationstendenzen zu reagieren und für Meinungsfreiheit und -vielfalt zu sorgen. Die fraktionsübergreifende Aufforderung hat das Parlament am 20. 11. 2002 in Brüssel verabschiedet.<sup>87</sup> Im Einzelnen forderten die EU-Parlamentarier von der Kommission, bis Ende 2003 ein überarbeitetes Grünbuch über den Pluralismus in den Medien vorzulegen. Konzentrationstendenzen gefährdeten Meinungsvielfalt und kulturellen Pluralismus. In dem neuen Grünbuch sollen insbesondere die Auswirkungen von Fusionen und Joint Ventures auf den Binnenmarkt, den Medienpluralismus und den Zugang der Verbraucher zu den neuen Kommunikationsdiensten untersucht werden. Außerdem soll die Notwendigkeit einer neuen diesbezüglichen Richtlinie untersucht werden. Die Kommission wird aufgefordert, den Pluralismus in den Medien zu bewahren und dafür zu sorgen, dass die Medien frei und vielfältig sind. Es solle ein europäischer Medienmarkt geschaffen werden, der dem „zunehmenden Auseinanderdriften der nationalen Regelungen“ über das Verbot von Zusammenschlüssen entgegenwirke.

### 2.3.1.3.3 Neuer Rechtsrahmen für Kommunikationsnetze und -dienste

Ein anderes Anliegen der Gemeinschaft war die Vereinheitlichung der Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsnetze. Nach mehrjährigen Vorarbeiten wurde nun kürzlich die Reform des europäischen Regulierungsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste abgeschlossen. Am 24. 04. 2002 wurden die neuen Richtlinien im Amtsblatt der EU veröffentlicht und sind damit in Kraft getreten. Die Mitgliedstaaten müssen die neuen Richtlinien innerhalb von 15 Monaten in nationales Recht umsetzen. Der neue Rechtsrahmen umfasst fünf Richtlinien: die sog. „Rahmenrichtlinie“,<sup>88</sup> die „Genehmigungsrichtlinie“,<sup>89</sup> die „Zugangsrichtlinie“,<sup>90</sup> die „Universaldienstrichtlinie“<sup>91</sup> und eine Richtlinie über personenbezogene Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation.<sup>92</sup> Der neue EU-Rahmen verfolgt

85 KOM(92) 480 endg. vom 23. 12. 1992; hierzu und zu dem nachfolgenden Prozess ausführlich: Konzentrationsbericht der KEK 2000, S. 79 ff.; Peter Mailänder, Konzentrationskontrolle zur Sicherung von Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk, S. 327 ff.

86 Ausführlich hierzu Mailänder, a. a. O., S. 328 ff.

87 Vgl. Meldungen in: Funkkorrespondenz 48/2002, S. 7; epd medien 93/2002, S. 24; MMR 1/2003, S. XV.

88 Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07. 03. 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 108 vom 24. 04. 2002, S. 31.

89 Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07. 03. 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 108 vom 24. 04. 2002, S. 21.

90 Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07. 03. 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung, ABl. L 108 vom 24. 04. 2002, S. 7.

91 Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07. 03. 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, ABl. L 108 vom 24. 04. 2002, S. 51.

92 Muss noch verabschiedet werden.



im Wesentlichen folgende Ziele: Erstens die Gleichbehandlung aller Netze und Dienste im Bereich der elektronischen Kommunikation im Hinblick auf deren zunehmende Konvergenz, zweitens die Annäherung der sektorspezifischen Regulierung an die Konzeption des Wettbewerbsrechts und drittens die Schaffung und Gewährleistung einheitlicher Regulationsbedingungen in den Mitgliedstaaten der EU. Nicht erfasst werden die über die Infrastruktur erbrachten Dienste als solche, d. h. Programminhalte oder geschäftliche Transaktionen im Bereich des E-Commerce.<sup>93</sup> In der Rahmenrichtlinie wird ausdrücklich betont, dass die Inhalte von Diensten, die über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste bereitgestellt werden, wie Rundfunkinhalte oder Finanzdienste, von dem neuen Rechtsrahmen nicht betroffen sind.<sup>94</sup> Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die in Bezug auf diese Dienste getroffen werden, um die kulturelle Vielfalt zu fördern und die Wahrung des Pluralismus der Medien sicherzustellen, bleiben folglich von dem neuen Rechtsrahmen unberührt. Inhalte von Fernsehprogrammen fielen unter die Fernsehrichtlinie, dennoch seien bei der Trennung der Regulierung von Übertragung und Inhalten die Verbindungen zwischen beiden zu berücksichtigen, insbesondere zur Gewährleistung des Pluralismus der Medien, der kulturellen Vielfalt und des Verbraucherschutzes. So wird auch in Art. 31 der Universaldienstrichtlinie geregelt, dass die Mitgliedstaaten Unternehmen im Hinblick auf die Übertragung von Hörfunk- und Fernsehkanälen bestimmte Übertragungspflichten auferlegen können, wenn diese Verpflichtungen „zum Erreichen klar umrissener Ziele von allgemeinem Interesse erforderlich sind“.

Begleitend zu dem neuen Rechtsrahmen hat die EU-Kommission „Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung der beträchtlichen Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“ beschlossen.<sup>95</sup> Grundlage für den Erlass der Leitlinien ist Art. 15 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie. In diesen Leitlinien werden die Grundsätze beschrieben, die die nationalen Regulierungsbehörden (NRB) bei der Analyse der Märkte und der Wirksamkeit des Wettbewerbs nach dem neuen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste zugrunde legen sollen. In der neuen Definition für Unternehmen mit „beträchtlicher Marktmacht“ wird die beträchtliche Marktmacht mit der beherrschenden Stellung von Art. 82 EG-Vertrag gleichgesetzt. Verpflichtungen im Rahmen einer Vorabregulierung werden nur dann auferlegt, wenn kein wirksamer Wettbewerb gegeben ist. Mit den Leitlinien soll vor allem eine einheitliche Anwendung des neuen Rechtsrahmens durch die nationale Regulierungsbehörde (NRB) gewährleistet werden, insbesondere im Hinblick auf die Ermittlung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

#### **2.3.1.3.4 Die Mitteilung der Kommission zum „Recht auf die Parabolantenne“**

In einer Mitteilung vom 17.06.2001 hat die EU-Kommission zu der Parabolantennenproblematik Stellung genommen.<sup>96</sup> Die Möglichkeit, eine Parabolantenne ohne übermäßige Einschränkungen, wie technischer, administrativer, städtebaulicher oder steuerlicher Art, zu nutzen, beruhe auf dem freien Dienstleistungsverkehr und dem freien Warenverkehr als Grundfreiheiten des Binnenmarktes. Außerdem sei die Möglichkeit, Informationen mittels einer Antenne zu empfangen, Teil

93 Vgl. Erläuterung zu den neuen Richtlinien: Robert Klotz, Die neuen EU-Richtlinien über elektronische Kommunikation, [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2002\\_032\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2002_032_de.pdf).

94 Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 31, Erwägungsgrund 5.

95 ABl. C 165 vom 11.07.2002, S. 6.

96 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs – Artikel 28 und 49 EG-Vertrag – auf dem Gebiet der Nutzung von Parabolantennen, abrufbar unter [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/de/services/services/antenna.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/services/services/antenna.htm).

der in der europäischen Menschenrechtskonvention garantierten Meinungsfreiheit. Die Mitteilung will, als Reaktion auf zahlreiche Anfragen, die bei der Kommission eingingen, deutlich machen, dass sich die Endverbraucher als Empfänger dieser grenzüberschreitenden Dienste auf die Dienstleistungsfreiheit und den freien Warenverkehr als Grundprinzipien berufen können, die in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen unmittelbar gelten. Wollte ein Mieter bisher in Deutschland eine Satellitenschüssel installieren, wurde er meist auf einen vorhandenen Kabelanschluss verwiesen. Mietvertragliche Bestimmungen, die dem Mieter bei vorhandenem Kabelanschluss das Anbringen einer Parabolantenne untersagt haben, sind vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich gebilligt worden.<sup>97</sup> Bei einer Abwägung zwischen den Eigentümerinteressen des Vermieters und dem Informationsinteresse des Mieters wurde das besondere Informationsinteresse nur vorrangig anerkannt, wenn Ausländer Programme aus ihrer Heimat empfangen wollten und wenn aus beruflichen oder anderen außergewöhnlichen Gründen ein gesteigertes Informationsbedürfnis bestand. Die Kommission betont jedoch nun in ihrer Mitteilung, dass die Wahl zwischen den verschiedenen Empfangsmitteln grundsätzlich der betroffenen Person obliege. Es sei unzulässig, die Möglichkeit, eine Antenne anzubringen, nur bestimmten Benutzergruppen zu erleichtern oder auf Fälle zu beschränken, in denen die Programme oder Dienste nicht bereits über Kabel zugänglich sind. Insbesondere im Hinblick auf die derzeitigen Bewegungen im deutschen Kabelmarkt ist diese Sicht der EU-Kommission interessant. Die bisherige Rechtsprechung privilegierte die Kabelnetzbetreiber, die damit praktisch konkurrenzlos waren. Die Mitteilung könnte nun dazu beitragen, dass zahlreiche Beschränkungen der Nutzung der Antenne beseitigt werden oder gar nicht erst entstehen. Insbesondere im Hinblick auf den Verkauf der Kabelnetze in Deutschland, die damit verbundene Neubelegung der Kabelnetze und eine evtl. zu erwartende höhere Kabelfernsehgebühr ist die Mitteilung daher von großem Interesse. Die Mitteilung ist zwar noch kein geltendes Recht, sondern eine Einschätzung der Kommission als Verwaltungsbehörde. Diese ist jedoch gleichzeitig „Hüterin des Gemeinschaftsrechts“. Zuständig für die Rechtsauslegung ist der Europäische Gerichtshof. Legt ein nationales Gericht einen solchen Rechtsstreit dem Europäischen Gericht zur Vorabentscheidung vor, könnte vor dem Europäischen Gerichtshof ganz schnell entsprechend entschieden werden. Die üblichen Beschränkungen in Mietverträgen, wonach bei Vorhandensein eines Kabelanschlusses der Empfang über eine Satellitenschüssel verboten werden kann, könnten dann ungültig werden.

Bisher gab es beim Kabelempfang keinen Wettbewerb. Während die Haushalte in Deutschland infolge einer restriktiven Rechtsprechung der Gerichte diesbezüglich überwiegend auf den Kabelanschluss angewiesen und somit den jeweiligen Interessen der (neuen) Kabelnetzbetreiber ausgeliefert sind, eröffnet die Position der Kommission auf lange Sicht neue Möglichkeiten: Der Verbraucher wäre damit künftig freier in seiner Wahl, ob er per Kabel oder über Satellit sein Fernsehprogramm beziehen möchte. Aus ehemals getrennten Märkten entstünde damit ein Markt, da die Produkte – hier die Vertriebswege – substituierbar würden. Dies wäre sowohl wettbewerbsdienlich als auch pluralismussichernd. Ob es dazu wirklich kommen wird, ist allerdings offen, denn auch das mit der Nutzung der Parabolantenne kollidierende Eigentumsrecht der Vermieter ist als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts anerkannt. Sein Schutz kann eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit legitimieren – etwa durch die Regelungen des Mietrechts.

---

97 Vgl. BVerfGE 90, 27 = Parabolantennen-Entscheidung I und BVerfG, NJW 1995, S. 1665 = Parabolantennen-Entscheidung II.

### 2.3.1.3.5 EU-Charta

Ausdrücklich genannt wird der Gedanke der Pluralismussicherung auch in der EU-Charta der Grundrechte. Die für die Medien relevante Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit ist in Art. 11 der Charta geregelt und lautet:

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

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

Die Charta wurde auf der Tagung des Europäischen Rates in Nizza vom 07. bis 09. 12. 2000 unterzeichnet und verkündet.<sup>98</sup> Die dort enthaltene Garantie des Kommunikationsgrundrechts ist sehr allgemein gehalten und geht nicht über die Mindestgarantie des schon wesentlich älteren Art. 10 EMRK hinaus. Obwohl die Kommission in jüngster Zeit verdeutlicht hat, dass sie die besondere Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks anerkenne, betrachte das Unionsrecht die Medienfreiheit nicht als Funktionsgrundrecht im deutschen Sinne. Weder Presse- noch Rundfunkfreiheit als solche werden erwähnt. Die ersten Entwürfe riefen von verschiedenen Seiten zahlreiche Änderungsvorschläge und Gegenentwürfe hervor.<sup>99</sup> Auf deutsches Drängen nahm der Konvent schließlich in Abs. 2 noch ein Mediengrundrecht in den Textvorschlag auf. Gegenüber der Formulierung in der ersten Fassung: „die Medien und die Informationsfreiheit werden ... gewährleistet“,<sup>100</sup> wurde jedoch die Befürchtung geäußert, dass sich hier neue EU-Kompetenzen „einschleichen“ könnten, so dass dies in „werden geachtet“ abgeändert wurde.<sup>101</sup> Interessant ist jedoch, dass ausdrücklich die „Pluralität“ der Medien Erwähnung findet.

### 2.3.2 Europarat

Der Europarat, der eine internationale Organisation des klassischen Typs darstellt, entfaltet ebenfalls zahlreiche Aktivitäten, die sich auf den Medienbereich auswirken. Vor allem das europäische Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen vom 05.05.1989, das in wesentlichen Teilen mit der EG-Fernsehrichtlinie von 1989 übereinstimmt, hat in der jüngsten Zeit an Bedeutung gewonnen. Dies rührt daher, dass zwischenzeitlich alle mittel- und osteuropäischen Staaten einschließlich Russlands Mitgliedstaaten des Europarates geworden sind und zunehmend auch das Fernsehübereinkommen ratifizieren. Es ist demnach abzusehen, dass das Übereinkommen zu einem europaweit geltenden Medienrahmenrecht führt, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass – soweit sich einzelne Regelungen der Fernsehrichtlinie und des europäischen Übereinkommens unterscheiden – im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten untereinander die EG-Fernsehrichtlinie Vorrang hat. Auf der Grundlage des Hauptgebiets II hat der Europarat durch sein Ministerkomitee eine ganze Reihe unverbindlicher Empfehlungen auf dem Gebiet des Medienrechts erlassen. Insbesondere hat das Ministerkomitee am 19.01.1999 eine weitere

<sup>98</sup> Abgedruckt als Beilage zu EuZW 23/2000 und NJW 49/2000; im ABIEG Nr. C 364 vom 18.12.2000, S. 1, und abrufbar unter <http://www.euzw.beck.de> bei Materialien. Zur Entwicklung ausführlich Martin Stock, EU-Medienfreiheit – Kommunikationsgrundrecht oder Unternehmerfreiheit?, in: K&R 2001, S. 289, 294; aktualisierte und erweiterte Fassung eines Referats im Rahmen des vom Land Rheinland-Pfalz und vom Mainzer Medieninstitut am 11.10.2000 veranstalteten 1. Brüsseler Mediengesprächs.

<sup>99</sup> Zu den unterschiedlichen Vorschlägen siehe <http://db.consilium.eu.int>.

<sup>100</sup> Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 07.08.2000.

<sup>101</sup> Vgl. Stock, a. a. O., S. 298.

Empfehlung zur Förderung von Medienpluralismus abgegeben, in der den Mitgliedstaaten verschiedene mögliche Maßnahmen zur Sicherung von Pluralismus vorgeschlagen werden.

Das „Advisory Panel on Media Diversity“ (AP-MD) des Europarates hat am 21.01.2003 einen Report „Media diversity in Europe“ veröffentlicht,<sup>102</sup> in dem das Expertengremium betont, dass es im Hinblick auf Artikel 10 der EMRK eine Pflicht der europäischen Staaten sei, die Meinungsvielfalt in den Medien zu beschützen und gegebenenfalls Maßnahmen hierzu zu ergreifen. Gerade die mit der Digitalisierung einhergehende Konvergenz der Medien stärke den Trend zur Medienkonzentration. Das Wettbewerbsrecht allein sei nicht ausreichend, um Meinungsvielfalt zu garantieren, sondern müsse um sektorspezifische Maßnahmen und Regelungen ergänzt werden. Auch die Parlamentarische Versammlung des Europarats hat am 28.01.2003 erneut in einer Empfehlung darauf hingewiesen, dass Medienkonzentration nach wie vor ein ernsthaftes Problem sei, wogegen die Staaten Maßnahmen ergreifen müssen.<sup>103</sup>

### 2.3.3 Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)

In der Europäischen Menschenrechtskonvention ist die Meinungsäußerungsfreiheit durch Art. 10 EMRK geschützt. Hiervon sind auch Rundfunk-, Presse- und Filmfreiheit umfasst.<sup>104</sup> Auch Art. 10 EMRK wirkt sich erheblich auf das nationale Medienrecht aus, da es sich bei dieser Vorschrift nicht nur um ein europäisches Menschenrecht, sondern auch um ein Gemeinschaftsgrundrecht handelt, wie durch den Maastrichter Vertrag klargestellt wurde. Aufgrund des Rechtssystems der EMRK hat diese Vorschrift letztlich auch (noch) mehr Gewicht als die entsprechende Bestimmung der EU-Charta. Der für die Einhaltung der Konvention zuständige Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erkennt dabei auch die Pluralismussicherung als schutzwürdiges Gebot an und gestattet es dem jeweiligen Gesetzgeber, dieses Ziel bei der Rechtsetzung zu verfolgen. Bereits in der Entscheidung zum österreichischen Rundfunkmonopol hat der Gerichtshof nachdrücklich betont, dass der Erhalt eines pluralen und kulturell vielfältigen Rundfunkangebots ein Ziel sei, welches die Rundfunkveranstalterfreiheit begrenzen könne.<sup>105</sup> In diesem konkreten Fall könne Pluralismus allerdings auch auf andere Weise als durch ein öffentlich-rechtliches Monopol, nämlich durch ein duales Rundfunksystem gewährleistet werden. Die Notwendigkeit, den Medienpluralismus im Rahmen des Art. 10 EMRK zu sichern, hat der EGMR aber auch in weiteren Entscheidungen deutlich gemacht.<sup>106</sup>

Der EuGH hat diese Rechtsprechung aufgegriffen. Nach seiner gefestigten Rechtsprechung stellt die Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunk- und Fernsehwesens im Hinblick auf Art. 10 Abs. 2 EMRK ein zwingendes Allgemeininteresse dar, das Beschränkungen der Grundfreiheiten zu rechtfertigen geeignet ist.<sup>107</sup> Die Bestimmung des Art. 10 EMRK enthält nicht nur ein individuelles Recht auf Medienfreiheit. Vielmehr folgt aus ihr auch die Pflicht, den Meinungs-

102 <http://www.humanrights.coe.int/media>.

103 Recommendation 1589 (2003), Freedom of expression in the media in Europe.

104 Vgl. hierzu Rechtsprechung des EGMR, insbesondere 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.

105 EGMR, Urteil vom 24.11.1993, EuGRZ 1994, 549, Informationsverein Lentia; vgl. hierzu auch Nilolaus Petersen, Rundfunkfreiheit und EG-Vertrag, S. 2727 ff.; Bernd Holznagel, Rundfunkrecht in Europa, S. 155 ff.

106 Vgl. Fall Jersild, EGMR, Urteil vom 23.09.1994, Serie A, Bd. 298, S. 23, Nr. 31; Entscheidung Piemont, EGMR, Urteil vom 27.04.1995, Yearbook of the European Convention on Human Rights 1995, S. 255 u. a.

107 Slg. 1991, I-4007 Rn. 22 – Gouda; Slg. 1991, I-4069 Rn. 29 – Kommission/Niederlande; Slg. 1993, I-487 Rdnr. 9 f. – Veronica Omroep; Slg. 1994, I-4795 Rn. 18 – TV10; Slg. 1997, I-3689 Rn. 18, 26 – Familiapress.

pluralismus und die kulturelle Vielfalt der Medien im Interesse einer funktionierenden Demokratie und der Informationsfreiheit aller Bürger wirksam zu sichern. Das Pluralismusgebot ist also ein gemeinsames Strukturprinzip der europäischen Medienordnung.

### **2.3.4 Fazit**

Die EU hat keine ausdrückliche Kompetenz, den Bereich des Rundfunks und damit die diesbezügliche Meinungsvielfalt zu regulieren. Mittelbar nimmt sie Einfluss aufgrund anderer Zuständigkeiten. Ziel der Europäischen Kommission ist allerdings nicht vorrangig die Gewährleistung der Meinungsvielfalt, sondern die Sicherung des Wettbewerbs. Damit gehen teilweise positive, teilweise negative Einflüsse auf den Meinungspluralismus einher. Sowohl im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit als auch des Wettbewerbsrechts muss die EU allerdings die Grenzen ihrer Kompetenzen beachten. Diese ergeben sich u. a. aus den zwingenden Gründen des Allgemeinwohls. EuGH und EGMR haben ein pluralistisches Medienwesen als Allgemeinwohlinteresse anerkannt, so dass pluralismussichernde Maßnahmen der Mitgliedstaaten, soweit sie verhältnismäßig sind, zulässig sind.

