

Kapitel IV

Anwendung der §§ 26 bis 32 RStV

1 Verfahrensfragen

1.1 Überblick

Die KEK ist ein verselbständigtetes Beschlussgremium aller Landesmedienanstalten. Sie ist weisungsunabhängig und nimmt für die jeweils zuständige Landesmedienanstalt die Aufgabe der Sicherung der Meinungsvielfalt im bundesweiten Fernsehen wahr. Die KEK hat keine unmittelbar nach außen wirkenden Ermittlungsmöglichkeiten. Verfahrensrechte (§§ 21, 22 RStV) stehen ihr nur durch die zuständige Landesmedienanstalt zu.⁹⁹⁶ Fehlende eigene Ermittlungsbefugnisse der KEK führen immer wieder zu Informationsdefiziten.

Von wenigen Ausnahmen abgesehen, hat sich eine gute Zusammenarbeit zwischen den Landesmedienanstalten und der KEK entwickelt. Die Landesmedienanstalten legen der KEK die üblichen prüfungsrelevanten Unterlagen vor, Anfragen der KEK werden von ihnen weitergeleitet. Nach Erhalt der erforderlichen Unterlagen entscheidet die KEK regelmäßig innerhalb eines Monats, in dringenden Fällen auch sehr kurzfristig.⁹⁹⁷ Erhebliche Erleichterungen bietet die bundeseinheitliche Medienkonzentrationskontrolle der KEK in Fällen, wenn mittelbare Beteiligungsveränderungen mehrere Fernsehveranstalter zugleich betreffen. Diese Veränderungen können ohne den mit Mehrfachzuständigkeiten verbundenen Verwaltungsaufwand geprüft werden.⁹⁹⁸

Zu Verfahrensverzögerungen ist es nur gekommen, wenn angeforderte Unterlagen verspätet bei der KEK eingingen. Einzelne Anträge auf Zulassungsverlängerung und ersatzweise Zulassung anderer Konzerntöchter konnten überhaupt nicht geprüft werden, weil die zuständige Landesmedienanstalt der KEK die Unterlagen nicht vorlegte, weil sie die KEK nicht für zuständig hielt.

996 Vgl. ausführlich Konzentrationsbericht 2000, Kap. IV 1.2.2, S. 352 f.

997 Vgl. die Verfahrensübersicht unter <http://www.kek-online.de/Verfahren/Übersicht>.

998 Z. B. wurde die Übernahme der Anteile der Kirch Media GmbH & Co. KGaA an der ProSiebenSAT.1 Media AG durch die Saban Capital Group durch die Veranstalter der Programme ProSieben, SAT.1, Kabel 1, N24 und NEUN LIVE gemeinsam angezeigt, vgl. Parallelbeschlüsse vom 13.05.2003, Az.: KEK 173-1 bis 173-5. Auch die Beteiligung der Effecten-Spiegel AG an der EM.TV & Merchandising AG betraf mehrere Veranstalter (Beschlüsse vom 12.08.2003 i. S. TM-TV, Az.: KEK 182, und DSF, Az.: KEK 179/183, Prüfverfahren Junior.TV, Az.: KEK 184). Im Hinblick auf einen Veranstalter bereits als unbedenklich bestätigte mittelbare Beteiligungsveränderungen wurden in späteren Entscheidungen als medienkonzentrationsrechtlich unbedenklich zugrunde gelegt, so z. B. die Beteiligungsstruktur von EM.TV, bereits geprüft für Junior.TV (Az.: KEK 145), im Rahmen der Prüfung des Zulassungsverlängerungsantrags von RTL 2 (Beschluss Az.: KEK 151) und des Prüfverfahrens i. S. Tele 5 (Beschluss Az.: KEK 153).

1.2 Zuständigkeitskonflikte

1.2.1 Vorlagepflichten

§ 36 Abs. 1 Satz 1 RStV legt die Zuständigkeit der KEK in Abgrenzung zu den anderen Organen der Landesmedienanstalten fest.⁹⁹⁹ Danach ist die KEK zuständig für die abschließende Beurteilung von Fragestellungen der Sicherung von Meinungsvielfalt im Zusammenhang mit der bundesweiten Veranstaltung von Fernsehprogrammen. Satz 2 nennt als Beispielfälle die Prüfung solcher Fragen bei der Entscheidung über eine Zulassung oder eine Änderung der Zulassung, bei der Bestätigung von Veränderungen von Beteiligungsverhältnissen als unbedenklich und bei Maßnahmen nach § 26 Abs. 4 RStV. Zur verfahrensmäßigen Absicherung dieser Kompetenzverteilung und der damit bezweckten standortunabhängigen Entscheidungsfindung¹⁰⁰⁰ ist nach § 37 Abs. 1 RStV die Landesmedienanstalt zur unverzüglichen Vorlage eingegangener Zulassungsanträge verpflichtet, es sei denn, schon andere Gründe als solche der Sicherung der Meinungsvielfalt führten zur Ablehnung des Antrags. Nach § 37 Abs. 3 RStV gilt diese Vorlagepflicht entsprechend für die Beurteilung aller sonstigen Fragestellungen der Sicherung der Meinungsvielfalt durch die KEK im Rahmen ihrer Zuständigkeit, z. B. für Anzeigen von Beteiligungsveränderungen.

1.2.1.1 Zulassungsverlängerungen

Zwischen der BLM und der MABB einerseits sowie der KEK andererseits bestehen unterschiedliche Auffassungen, ob der Antrag eines Fernsehveranstalters auf Verlängerung der bundesweiten Zulassung zur Programmveranstaltung nach Fristablauf gemäß § 37 Abs. 1 RStV i. V. m. § 36 Abs. 1 Satz 1 und 2 RStV der KEK zur medienkonzentrationsrechtlichen Prüfung vorzulegen ist. Die BLM und die MABB haben mehrere Zulassungsverlängerungsanträge vor ihrer Entscheidung nicht der KEK vorgelegt,¹⁰⁰¹ während andere Landesmedienanstalten Verlängerungs- und Erneuerungsanträge vorlegen.¹⁰⁰² Mit Verweis auf landesrechtlich besonders ausgestaltete Regelungen zur Zulassungsverlängerung (Art. 26 Abs. 1 Satz 3 BayMG und § 30 Abs. 3 MStV Berlin-Brandenburg) vertreten diese Landesmedienanstalten die Auffassung, Zulassungsverlängerungen seien keine Zulassungen, zudem seien sie medienkonzentrationsrechtlich nicht relevant.

Die Ausklammerung aus dem Begriff der „Zulassung“ (vgl. §§ 20 Abs. 1 Satz 1, 36 Abs. 1 Satz 2 und 37 Abs. 1 RStV) ist jedoch mit Wortlaut und Systematik dieser maßgeblichen Normen unvereinbar. Auch die Zulassungsverlängerung ist eine „Zulassung nach Landesrecht“ gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 RStV. Sie verleiht dieselbe Rechtsposition wie eine Erstzulassung – indem sie dem Lizenzinhaber die Rundfunkveranstaltung gestattet – und darf nur erteilt werden, wenn zum Entscheidungszeitpunkt sämtliche Zulassungsvoraussetzungen, einschließlich der von der KEK zu überprüfenden Abwesenheit vorherrschender Meinungsmacht, vorliegen. Niemand hat unabhängig davon einen Anspruch auf Zulassungsverlängerung oder erneute Zulassung: Weder

⁹⁹⁹ Vgl. Überschrift „Zuständigkeit“ und amtl. Begründung zum 3. RÄndStV, § 36.

¹⁰⁰⁰ Vgl. amtl. Begründung zum 3. RÄndStV, § 37.

¹⁰⁰¹ Dies betraf die Zulassungsverlängerung von NEUN LIVE durch die BLM und von ProSieben und XXP durch die MABB. Nachträglich wurde der KEK bekannt, dass bereits 1999 die MABB über einen erneuten Zulassungsantrag von n-tv und im Jahr 2000 die LPR Rheinland-Pfalz über einen solchen Antrag (von SAT.1) ohne vorherige Vorlage bei der KEK entschieden haben. Mit Beschlüssen i. S. ProSieben vom 17.06.2003, Az.: KEK 168, i. S. NEUN LIVE vom 13.05.2003, Az.: KEK 174, und i. S. XXP vom 17.06.2003, Az.: KEK 175, hat die KEK jeweils nachträglich die medienkonzentrationsrechtliche Unbedenklichkeit bestätigt. Sie hat mehrfach die MABB und die BLM auf die Notwendigkeit der Heilung ihrer Verlängerungsbescheide hingewiesen.

¹⁰⁰² Vgl. Zulassungserneuerung RTL, Beschluss Az.: KEK 040; Zulassungsverlängerung RTL, Az.: KEK 158; Zulassungsverlängerung RTL II, Az.: KEK 151.

wirkt die befristete Erstzulassung nach Fristablauf fort (§ 43 Abs. 2 VwVfG) noch besteht unabhängig vom Vorliegen der Zulassungsvoraussetzungen ein Vertrauensschutz. Anträge auf Zulassungsverlängerung oder Erneuerung der Zulassung sind daher als Zulassungsanträge vorlagepflichtig.¹⁰⁰³ Die Vorlagepflicht ergäbe sich bei anderer Auffassung aus § 37 Abs. 3 RStV, wonach auch alle sonstige Fragestellungen der Sicherung der Meinungsvielfalt, z. B. Anträge auf Zulassungsänderungen, vorzulegen sind. Die medienkonzentrationsrechtliche Relevanz der Anträge ist dann abschließend von der KEK zu überprüfen.

1.2.1.2 Zulassungen anderer Konzernunternehmen anstelle des bisherigen Lizenznehmers

Die BLM legt ferner Anträge nicht mehr zur medienkonzentrationsrechtlichen Prüfung vor, die auf Erteilung einer Zulassung für eine andere Gesellschaft des Konzerns des bisherigen Zulassungsinhabers gerichtet sind.¹⁰⁰⁴ Begründet wird dies damit, die Genehmigung der Veranstaltertätigkeit eines anderen 100 %igen Konzernunternehmens betreffe einen rein konzerninternen Vorgang und sei somit medienkonzentrationsrechtlich nicht relevant.

Solche, in der Vergangenheit auch von der BLM ebenso wie von anderen Landesmedienanstalten vorgelegten Fälle¹⁰⁰⁵ haben gemeinsam, dass ein anderes Rechtssubjekt die Zulassung erhalten soll. Die rundfunkrechtliche Zulassung geht nicht bereits aufgrund der Rechtsnachfolge nach zivilrechtlichen Tatbeständen über, da sie als höchstpersönliche Rechtsposition nicht übertragbar ist. Anträge auf Zulassung sind zwingend der KEK vorzulegen; die Vorlage ist nicht in das Beurteilungsermessen der zuständigen Landesmedienanstalt gestellt. Die Vorlagepflicht würde im Übrigen gleichermaßen für Anzeigen von Beteiligungsveränderungen gelten, als welche die vorliegenden Landesmedienanstalten bislang diese Vorgänge eingeordnet haben.

Dass die KEK auf der Vorlage dieser Anträge besteht, ist kein bloßer Formalismus. Die Zulassung für einen weiteren Zeitraum und der Wechsel des Veranstalters sind per se medienkonzentrationsrechtlich relevant. Im Fall der Zulassung eines anderen Konzernunternehmens ergibt sich zudem nicht bereits aus der Beteiligung von 100 %igen Mutter- und Tochtergesellschaften, dass dem Wechsel des Veranstalters rein konzerninterne Umstrukturierungen zugrunde liegen. Schließlich stellen sich die Maßgaben für die medienkonzentrationsrechtliche Bewertung, insbesondere die relevanten Zuschaueranteile, die Zurechnungszusammenhänge und die aktuelle Situation im Fernsehbereich, zum jeweiligen Entscheidungszeitpunkt anders dar.

Die KEK erachtet die jeweils ohne Verfahrensbeteiligung ergangenen Genehmigungsbescheide als rechtswidrig und hat die BLM darauf hingewiesen. Die BLM sieht sich jedoch nicht veranlasst, an der Behebung des Verfahrensmangels mitzuwirken; die KEK hat daher bislang noch nicht über die medienkonzentrationsrechtliche Unbedenklichkeit der beiden nicht vorgelegten Zulassungsanträge entschieden.

➤ Reformvorschlag

Zur Gewährleistung einer effektiven bundeseinheitlichen Konzentrationskontrolle bedarf es einer stärkeren verfahrensrechtlichen Absicherung der Unabhängigkeit der KEK. Die

1003 Vgl. Beschluss i. S. NEUN LIVE vom 13. 05. 2003, Az.: KEK 174, I 1 und III 1; Beschluss i. S. ProSieben vom 17. 06. 2003, Az.: KEK 168, I 1 und III 1.

1004 Prüfverfahren DSF, Az.: KEK 177, und Classica, Az.: KEK 178.

1005 Vgl. unten Kapitel IV 2.4.1.2.

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.¹⁰⁰⁶

1.2.2 Anwendung der Bonusregelung

Die früheren Meinungsverschiedenheiten zwischen der KEK und den Landesmedienanstalten um die Auslegung, was eine „geringfügige Unterschreitung“ von 30 % Zuschaueranteil im zweiten Vermutungstatbestand für vorherrschende Meinungsmacht bedeutet, und ob die KEK unterhalb dieser Grenze ermittlungsbefugt ist, haben sich mit der Änderung des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV durch den 6. Rundfunkänderungsstaatsvertrag erledigt.¹⁰⁰⁷ An Stelle dieses Tatbestandsmerkmals wurde eine 25 %ige Zuschaueranteilsschwelle eingeführt. Auf diesen Zuschaueranteil sind jedoch ggf. Bonuspunkte gemäß § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV in Anrechnung zu bringen.¹⁰⁰⁸

Die DLM hat die Kompetenz der KEK zur Anwendung dieser Bonusregelung in Frage gestellt. In einer Pressemitteilung vertrat sie die Auffassung: „ob die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV erfüllt sind, stellt die für den Hauptprogrammveranstalter zuständige Landesmedienanstalt im Einvernehmen mit der für den Fensterprogrammveranstalter zuständigen Landesmedienanstalt fest.“¹⁰⁰⁹ Für eine solche These findet sich jedoch kein Anhaltspunkt im Gesetz. Die Anwendung des § 26 Abs. 2 RStV ist eine Fragestellung der Sicherung der Meinungsvielfalt, die, vorbehaltlich der Kompetenzen der KDLM, der KEK zur abschließenden Beurteilung übertragen ist, § 36 Abs. 1 Satz 1 RStV.

Auch hier verbargen sich hinter der Kompetenzfrage unterschiedliche Auffassungen zu materiellen Rechtsnormen: Während die Landesmedienanstalten für einen „angemessenen, mindestens bisherigen Umfang“ der Regionalfensterprogramme den bisherigen Umfang der Programm-tätigkeit für ausreichend erachten, müssen nach Auffassung der KEK für eine Anerkennung als „angemessen“ und somit die Bonifikation auf den bundesweiten Zuschaueranteil die in § 31 Abs. 2 Satz 3 RStV normierten Mindestvoraussetzungen vorliegen.¹⁰¹⁰ Die KEK hat in den konkreten Prüfverfahren das Vorliegen dieser Mindestvoraussetzungen für die im Rahmen von RTL ausgestrahlten Regionalfensterprogramme bejaht und der RTL Group zwei Bonuspunkte angerechnet.¹⁰¹¹

1.2.3 Künftige Einschränkung der Kompetenzen der KEK durch den 7. RÄndStV

Nach dem von den Ministerpräsidenten beschlossenen Entwurf eines 7. Rundfunkänderungsstaatsvertrags wird jedoch künftig als Anrechnungskriterium für Regionalfensterprogramme ausschließlich gelten, ob der Umfang der Programmaktivitäten mindestens demjenigen zum

1006 Das Gesetz könnte wie folgt geändert werden (vgl. bereits Konzentrationsbericht 2000, Kap. IV 1.2.2.3.3, S. 355): „§ 36 Abs. 1 Satz 3 RStV wird ersetzt durch folgende Fassung: *Die KEK und die KDLM ermitteln die Voraussetzungen für ihre Entscheidungen in eigener Zuständigkeit, ihnen stehen insbesondere die Verfahrensrechte nach §§ 21 und 22 zu.*“

1007 Vgl. dazu Konzentrationsbericht 2000, Kap. IV 1.2.1, S. 351.

1008 Vgl. zur Bonusregelung oben Kap. I 2.2.1 und unten Kap. IV 2.1.1.1.

1009 Pressemitteilung der DLM vom 18./19. 11. 2002, Punkt 5 Nr. 4.

1010 Vgl. dazu ausführlich unten Kap. IV 2.1.1.1.1.

1011 Beschlüsse i.S. n-tv vom 11. 03. 2003, Az.: KEK 156-2, und RTL vom 05. 05. 2003, Az.: KEK 158, vgl. a. a. O.

01.07.2002 entspricht;¹⁰¹² ob diese Voraussetzung erfüllt ist, stellen künftig die Landesmedienanstalten mit Bindungswirkung für die KEK fest.¹⁰¹³

Damit hat sich der Gesetzgeber nicht nur gegen die von der KEK praktizierte, im Regelungszusammenhang der Medienkonzentrationskontrolle allein begründbare Anrechnung nur potenziell meinungsvielaltsichernder Regionalfensterprogramme entschieden, sondern zudem im Kernbereich der Zuständigkeit der KEK, für Feststellungen im Rahmen des § 26 Abs. 2 RStV, Kompetenzen auf die Landesmedienanstalten verlagert.

➤ **Reformvorschlag**

Es ist unerlässlich, an Mindestkriterien zur Sicherung des Beitrags von Regionalfenstern zur Meinungsvielfalt für ihre Anrechenbarkeit auf den Zuschaueranteil festzuhalten (s. u. Kap. IV 2.1.1.2). Die Prüfung dieser Kriterien ist eine Fragestellung der Sicherung der Meinungsvielfalt. Die KEK sollte daher weiterhin ausschließlich für die Anwendung des § 26 Abs. 2 RStV zuständig sein.

1.3 Informationsmöglichkeiten und -defizite

1.3.1 Informationsmängel im Rahmen der Medienkonzentrationskontrolle

Nach §§ 21, 22 RStV stehen der KEK Auskunftsrechte gegenüber den Veranstaltern innerhalb und außerhalb konkreter Prüfverfahren nur mittelbar durch die zuständige Landesmedienanstalt zu. Dies führt zu Informationslücken. So erfährt die KEK im Nachgang zu ihren Entscheidungen zum Teil nur noch unzureichend von medienkonzentrationsrechtlich relevanten Sachverhalten. Manche Landesmedienanstalten übersenden nur auf Nachfrage oder gar nicht ihre Zulassungs- oder Genehmigungsbescheide, während andere von sich aus sämtliche Bescheide übermitteln. Oft ist nicht bekannt, ob und wann die für unbedenklich erklärten Beteiligungsveränderungen tatsächlich vollzogen werden. Auch wenn sich dies nicht aus den zugrunde liegenden Verträgen ergibt, geht die KEK mangels anderer Hinweise vom Vollzug einer als unbedenklich bestätigten Beteiligungsveränderung aus; bisweilen stellt sich aber in Folgeverfahren oder durch Hinweise der Veranstalter heraus, dass dies nicht zutrifft.

Im Hinblick auf Beteiligungsveränderungen ist die KEK mangels eigener Sanktionsmöglichkeiten darauf angewiesen, dass die Veranstalter ihren Anzeigepflichten nach § 29 RStV nachkommen und die zuständigen Landesmedienanstalten dies überwachen.¹⁰¹⁴ In mehreren Fällen hat die KEK von Beteiligungsveränderungen erst im Nachhinein aus veröffentlichten Informationen wie Presseartikeln und Pflichtmitteilungen nach § 25 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG), im Zuge der Auskünfte der Veranstalter für die jährlich zu erstellende Programmliste oder gar erst nach geraumer Zeit im Zuge späterer Prüfverfahren Kenntnis erhalten.

➤ **Reformvorschlag**

Um diesen Informationsdefiziten abzuhelpfen, wäre es sinnvoll, der KEK eigene Verfahrensrechte nach §§ 21, 22 RStV einzuräumen, wie dies bereits im ersten Bericht vorgeschlagen wurde.¹⁰¹⁵

1012 Entwurf des § 25 Abs. 4 Satz 1 RStV, vgl. dazu unten Kap. IV 2.1.1.2.

1013 Entwurf des § 36 Abs. 2 Satz 2: „Die Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 25 Abs. 4 Satz 1 treffen die Landesmedienanstalten mit einer Mehrheit von drei Vierteln.“

1014 Dazu auch unten Kap. IV 2.4.2.

1015 S. o. Kap. IV 1.2.1.

1.3.2 Ermittlungsbefugnisse im Rahmen eigenständiger Aufgaben

Unabhängig von der konkreten Medienkonzentrationskontrolle für die jeweils zuständige Landesmedienanstalt erfüllt die KEK eigenständige Aufgaben. Sie erstellt Konzentrationsberichte (§ 26 Abs. 6 RStV) und Programmlisten (§ 26 Abs. 7 RStV) und ermittelt Zuschaueranteile (§ 36 Abs. 1 Satz 6 RStV).¹⁰¹⁶ Dies soll der Schaffung von Transparenz im Medienbereich dienen. Der KEK stehen dafür allerdings nur eingeschränkte Ermittlungsmöglichkeiten zur Verfügung.

1.3.2.1 Programmliste und Zuschaueranteilsermittlung

In einigen Fällen haben Programmveranstalter auf die Anfragen der KEK zur Erstellung der jährlich von den Landesmedienanstalten veröffentlichten Programmliste¹⁰¹⁷ keine Auskünfte erteilt. Der KEK stehen dann keine Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung.

Die Zuschaueranteile ermittelt die KEK noch immer durch Auswertung allgemein zugänglicher Fachveröffentlichungen. Auf dieser Basis werden ihr die Monatszahlen der Mitgliedsender der AGF und der meisten Lizenznehmer bekannt.¹⁰¹⁸ Dies soll nach dem Willen des Gesetzgebers nur eine Übergangslösung sein (vgl. § 34 Satz 1 RStV). § 27 Abs. 2 RStV sieht hingegen vor, dass die Landesmedienanstalten in Abstimmung mit der KEK ein Unternehmen zur Zuschaueranteilermittlung beauftragen. Daran hat sich auch durch den 6. RÄndStV nichts geändert, durch den in § 27 Abs. 2 Satz 1 RStV die Worte „aufgrund einer Ausschreibung“ gestrichen wurden. Diese Gesetzesänderung dürfte angesichts der im Vergaberecht normierten Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber, Dienstleistungsaufträge auszuschreiben, rechtlich ohne Belang sein.¹⁰¹⁹ Die Vergabe des Auftrags ist bislang unterblieben. Im Sommer 2000 zogen die Landesmedienanstalten eine bereits auf den Weg gegebene Ausschreibung wieder zurück.¹⁰²⁰ Angesichts der unten in Kap. IV 2.2 dargestellten Informationsdefizite und Unsicherheiten bei der Verwendung der öffentlich zugänglichen Daten besteht jedoch nach wie vor Bedarf, sich an das Gesetz zu halten und das Verfahren zur Bestimmung der Zuschaueranteile nach § 27 RStV durchzuführen.

1.3.2.2 Konzentrationsbericht

Der Konzentrationsbericht soll neben Reformvorschlägen zum Medienkonzentrationsrecht, die sich aus der Anwendungspraxis ergeben, eine Bestandsaufnahme zu intra- und intermediären sowie internationalen Verflechtungen im Medienbereich enthalten. Diese umfassende Berichtspflicht dient u. a. der Herstellung von Transparenz im Medienbereich und erfüllt somit eine wichtige Funktion. Allerdings stehen den recht umfangreichen Anforderungen an den Bericht nur begrenzte Ermittlungs- und Erhebungsbefugnisse der KEK gegenüber, zumal für Angaben, die in Erfüllung der Auskunftspflichten des Rundfunkstaatsvertrags gegenüber den Landesmedienanstalten und ihren Organen gemacht werden, gemäß § 24 RStV das Prinzip der Vertraulichkeit gilt. Die KEK ist daher zu einem großen Teil auf allgemein zugängliche Quellen angewiesen. Während Daten zu einigen medienrelevanten verwandten Märkten regelmäßig erhoben werden, wie etwa im Print-, Hörfunk- und Werbemarkt, ist dies in anderen, insbesondere den der Fernseh-

1016 Vgl. auch Konzentrationsbericht 2000, Kap. IV 1.2.4, S. 358.

1017 Vgl. <http://www.alm.de/bibliothek/downloads.htm>.

1018 Vgl. ausführlich unten Kap. IV 2.2.

1019 §§ 97 ff. GWB i. V. m. den einschlägigen Verdingungsordnungen für Aufträge, die den einschlägigen Schwellenwert – derzeit 200.000 € – überschreiten.

1020 Vgl. dazu Jahresbericht 1999/2000, Kap. 3.2, S. 87 ff.

veranstaltung vorgelagerten Märkten der Produktion und des Rechthehandels, nicht bzw. nicht in einem für die Zwecke der KEK ausreichenden Maße der Fall.¹⁰²¹ Für die Berichterstattung über die Medienkonzentration wäre es hilfreich, wenn ein Informationsaustausch mit dem Bundeskartellamt und auf internationaler Ebene ermöglicht würde (dazu s. u. IV 1.3.4).

1.3.3 Publizitätspflichten (Programmbezugsquellen)

Nach § 23 Abs. 2 RStV sind Programmveranstalter verpflichtet, der jeweils zuständigen Landesmedienanstalt spätestens neun Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres eine Aufstellung der Programmbezugsquellen für den Berichtszeitraum vorzulegen. Diese Aufstellung ist an die KEK weiterzuleiten. Die amtliche Begründung zum 3. Rundfunkstaatsvertrag weist darauf hin, dass die Vorschrift „in einem engen sachlichen Zusammenhang mit § 26 Abs. 2 Satz 1“ RStV steht. Es handelt sich um eine Vorschrift, die letztlich der Sicherung der Meinungsvielfalt dienen soll.¹⁰²² Aus der amtlichen Begründung folgt, dass der Programmbezug im Rahmen des § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV eine Rolle bei der Zurechnung von Programmen spielt. Eine solche Zurechnung kann gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 RStV erfolgen, wenn ein Unternehmen „regelmäßig einen wesentlichen Teil der Sendezeit mit von ihm zugelierten Programmteilen gestaltet“. Dabei ist eine Kombination des reinen Zeitfaktors (prozentualer Zulieferanteil zum Gesamtprogramm) mit einem Gewichtungsfaktor (Belegung von Prime Time bzw. zuschauerschwachen Sendezeiten) geboten.¹⁰²³ Programmbeiträge in der Prime Time (täglich 18:30 bis 22:30 Uhr) haben ein ungleich größeres Einflusspotenzial auf die Meinungsbildung als zur übrigen Sendezeit gesendete Programme. Die KEK hat daher darauf hingewiesen, dass die Angaben zu Programmbezugsquellen in ihrer bis dahin vorliegenden Form (häufig keine oder ungenaue prozentuale Angaben von Zulieferanteilen nur für das Gesamtprogramm) nicht ausreichen. Die Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten (DLM) hat die Anregungen der KEK für das Abfrageverfahren der Landesmedienanstalten übernommen, so dass künftig eine deutlich verbesserte Informationslage für die KEK bestehen dürfte.

1.3.4 Informationsaustausch mit anderen Einrichtungen

Die Ermittlung der Beteiligungs- und Einflussverhältnisse bei ausländischen Beteiligten gestaltet sich bisweilen schwierig, da insoweit nur die verfahrensbeteiligten Unternehmen im Geltungsbereich des RStV zur Sachverhaltsaufklärung verpflichtet sind (§ 21 Abs. 3 und 4 RStV). Diese übersenden beispielsweise bloße „lists of shareholders“ ihrer Obergesellschaften, aus denen sich nur die Höhe der Kapitalbeteiligungen, nicht aber die Stimmrechtsverteilung ergibt; in anderen Fällen wird die lapidare Auskunft erteilt, an einer Obergesellschaft bestehe keine Mehrheitsbeteiligung. Bereits im letzten Bericht hat die KEK mit Blick auf diese Schwierigkeiten eine Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen (FSÜ, konkret Art. 19 Abs. 3 c) und den Abschluss von Verwaltungsabkommen angeregt, um die Zusammenarbeit und den gegenseitigen Informationsaustausch mit ausländischen Behörden zu ermöglichen. Dies kann nur wiederholt werden.¹⁰²⁴

1021 Z. B. liefert die im Auftrag der DLM vom Deutschen Institut für Wirtschaftsforschung (DIW) erstellte Studie zur Film- und Fernsehwirtschaft (s. o. Kapitel II 2.1.3) zwar wichtige Strukturdaten zum Produktionsmarkt, aber keine Daten zu Marktanteilen der wichtigsten Produktionsunternehmen.

1022 Vgl. Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 23 RStV, Rn. 1.

1023 Vgl. hierzu ausführlich den 5. Jahresbericht der KEK 2001/2002, S. 199 ff.

1024 Vgl. dort Kap. IV 1.2.2.4.2, S. 357.

Ein Informationsaustausch mit den Kartellbehörden wäre für die KEK im Rahmen von Prüfverfahren, insbesondere in Bezug auf Erkenntnisse zu den medienrelevanten verwandten Märkten, und für die Erstellung des Medienkonzentrationsberichts wertvoll. 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. Allerdings bedarf es auch einer entsprechenden (bundes-)gesetzlichen Grundlage für die Kooperation durch das Bundeskartellamt.

2 Schwerpunkte der Anwendungspraxis und Reformbedarf

2.1 § 26 RStV: Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen¹⁰²⁵

2.1.1 § 26 Abs. 1 und 2 RStV

§ 26 RStV ist die zentrale Vorschrift zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen. In den Berichtszeitraum fällt die Änderung des § 26 RStV durch den 6. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, der am 01.07.2002 in Kraft getreten ist.¹⁰²⁶ Eine weitere Modifikation soll § 26 RStV durch den 7. Rundfunkänderungsstaatsvertrag erfahren, dessen In-Kraft-Treten allerdings erst zum 01.04.2004 vorgesehen ist.¹⁰²⁷

Neben dem Verhältnis der Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 zu § 26 Abs. 1 RStV kam Auslegungsfragen der Vorschrift vor allem in folgenden Fällen Bedeutung zu:

2.1.1.1 Bonusregelung, § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV¹⁰²⁸

2.1.1.1.1 Anwendungspraxis

Im Rahmen einer Veränderung der Gesellschafterstruktur bei der n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH & Co. KG war die KEK mit der Neuregelung des § 26 Abs. 2 RStV befasst. Die Anmelderin und die RTL Group überschritten mit ihrem Zuschaueranteil die 25 %-Grenze.

Die Zuschaueranteilsberechnung in Höhe von 25,09 % war jedoch um die nach § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV in Abzug zu bringenden Prozentpunkte zu korrigieren, soweit die dort genannten Voraussetzungen vorlagen. Auf den Zuschaueranteil kommen 2 Prozentpunkte in Abzug, wenn in dem dem Unternehmen zurechenbaren Vollprogramm mit dem höchsten Zuschaueranteil Fensterprogramme gemäß § 25 Abs. 4 RStV in angemessenem, mindestens im bisherigen Umfang aufgenommen sind (§ 26 Abs. 2 Satz 3 erster Halbsatz RStV).

Allein mit der Aufnahme von Fensterprogrammen in das Vollprogramm kann aber die Bonifikation für die Berechnung des Zuschaueranteils noch nicht erreicht werden. Die Fensterprogramme müssen vielmehr „in angemessenem, mindestens im bisherigen Umfang“ aufgenommen sein.¹⁰²⁹

¹⁰²⁵ Für den Wortlaut der Vorschriften siehe Anhang.

¹⁰²⁶ Vgl. hierzu umfassend Kap. I 2.2.1.

¹⁰²⁷ Vgl. hierzu unten Kap. IV 2.1.1.1.2.

¹⁰²⁸ Vgl. hierzu umfassend Kap. I 2.2.1.

¹⁰²⁹ Vgl. hierzu 5. Jahresbericht der KEK 2001/2002, Kap. II 1.

Die KEK lässt sich bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „angemessen“ von der Annahme einer Einheit und Geschlossenheit der Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags leiten. Die Anrechnung der Regionalfenster auf den geschuldeten Umfang an Drittfensterprogrammen ist dann nur statthaft, wenn sie „in redaktioneller Unabhängigkeit veranstaltet werden und insgesamt bundesweit mindestens 50 vom Hundert der Fernsehhaushalte erreichen“ (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 3 RStV). Regionalfensterprogramme, die diesen Anforderungen nicht genügen, entsprechen damit auch nicht den Anforderungen für einen angemessenen Umfang. Dies erschließt sich auch aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung. Zugleich mit ihrer Einführung durch den 6. Rundfunkänderungsstaatsvertrag wurde die in der früheren Fassung des § 25 Abs. 4 RStV enthaltene Beschränkung auf die Aufnahme von Fensterprogrammen in Vollprogramme „bei terrestrischer Verbreitung“ gestrichen. In der amtlichen Begründung wurde insoweit klargestellt, dass dies keine zusätzlichen Verpflichtungen zur Ausstrahlung von Regionalfenstern begründen, sondern den Veranstaltern die zusätzliche Möglichkeit eröffnen solle, z. B. durch die Einspeisung von Regionalfensterprogrammen in Kabelanlagen auch die medienrechtlichen Vorteile des § 26 Abs. 2 RStV zu nutzen. Die Länder gingen also offenkundig bei Abschluss des 6. Rundfunkänderungsstaatsvertrags nicht davon aus, dass schon die Beibehaltung des Status quo genügen würde, um sicher in den Genuss der Bonifikation nach § 26 Abs. 2 Satz 3, 1. Alt. RStV zu kommen. Dieses Ergebnis entspricht auch Sinn und Zweck der Bestimmung. Es wäre nämlich nicht sachgerecht, bei der Prüfung vorherrschender Meinungsmacht im bundesweiten Fernsehen für Regionalfenster einen Bonus von 2 Prozentpunkten bei der Zuschaueranteilsberechnung einzuräumen, obwohl diese keinen angemessenen Umfang aufweisen und insofern gar nicht vielfaltfördernd wirken können. Das gilt sowohl im Hinblick auf die Reichweite als auch im Hinblick auf den zeitlichen Umfang.

Da verlässliche Daten zur Reichweite der Regionalfenster von RTL weder von Seiten der anmeldenden Fernsehveranstalter noch von der zuständigen Landesmedienanstalt vorgelegt wurden und die Aufklärung zeitaufwändig war, hatte die KEK den Vollzug der angezeigten Erwerbs- und Optionsverträge für Beteiligungen an n-tv zunächst im Wege einer vorläufigen Entscheidung freigegeben.¹⁰³⁰

Der Zusammenhang von Reichweite und Bonusregelung beschäftigte die KEK auch im Verfahren der Zulassungsverlängerung für die RTL Television GmbH. Auf Grundlage von Datenmaterial, das sie zwischenzeitlich von der AGF/GfK bezogen hatte, konnte die Kommission hier feststellen, dass von dem relevanten Zuschaueranteil in Höhe von 25,07 % zwei Prozentpunkte in Abzug zu bringen waren, weil in dem Vollprogramm mit dem höchsten Zuschaueranteil Regionalfensterprogramme im gesetzlich vorgeschriebenen Umfang aufgenommen sind.¹⁰³¹

2.1.1.1.2 Geplante Änderung durch den 7. RÄndStV

Mit dem von den Ministerpräsidenten der Länder am 26.06.2003 beschlossenen Entwurf eines 7. Rundfunkänderungsstaatsvertrages soll die erst zum 01.07.2002 eingeführte Bonusregelung schon wieder abgeändert werden.¹⁰³² Dabei sollen in § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV die Wörter „in angemessenem, mindestens im bisherigen Umfang“ gestrichen werden. Die Anforderungen an die Berücksichtigung von Regionalfensterprogrammen im Rahmen ihrer Bonifikation sollen sich in Zukunft allein nach § 25 Abs. 4 RStV richten, der wie folgt gefasst werden soll: „In den beiden bundesweit verbreiteten reichweitenstärksten Fernsehvollprogrammen sind mindestens im

¹⁰³⁰ Vgl. Beschluss der KEK vom 12. 11. 2002 i. S. n-tv, Az.: KEK 156-1, III 3.

¹⁰³¹ Vgl. zur Reichweitenproblematik unten Kap. IV 2.1.2.2 und Beschluss vom 05.05.2003 i. S. RTL, Az.: KEK 158, III 3.1.2.

¹⁰³² Vgl. zu den geplanten Änderungen auch Jahresbericht 2002/2003, Kap. I 6.1.5 und II 1.

zeitlichen und regional differenzierten Umfang der Programmaktivitäten zum 1. Juli 2002 nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts Fensterprogramme aufzunehmen.“ Diese Regelung ist unverständlich und beeinträchtigt die Sicherung der Meinungsvielfalt.

Es ist nicht nachvollziehbar, dass die mit dem Bonus auf den Zuschaueranteil begünstigten Regionalfensterprogramme in Zukunft nicht mehr von aktuellem „angemessenem Umfang“ sein sollen. Zudem verdrängt die Festschreibung eines historischen Status quo ante „im Umfang der Programmaktivitäten zum 1. Juli 2002“, dass zu diesem Stichtag in keinem der neuen Bundesländer ein Regionalfensterprogramm (Kleinstausnahme RTL mit TV Angermünde in Brandenburg) veranstaltet wurde. Die Programmveranstalter werden mit solch einer Festschreibung deshalb von allen Planungen abgehalten, diesem Defizit abzuweichen.

Eine Festschreibung der Regionalfenster auf den Ausgangszustand per 1. Juli 2002 verbaut künftig zudem auch jede Möglichkeit, bei der Bonifikation von Regionalfensterprogrammen auf den Zuschaueranteil¹⁰³³ zu berücksichtigen, ob die Regionalfensterprogramme unabhängig veranstaltet werden und bundesweit mindestens 50 % der Fernsehhaushalte erreichen. Nur unter diesen Voraussetzungen tragen sie jedoch zur Sicherung der Meinungsvielfalt im bundesweiten Fernsehen bei. Die voraussetzungslose Anrechnung von Bonuspunkten für Regionalfenster dagegen ist nicht nur systemfremd. Sie spricht dem Anliegen der Vielfaltsicherung Hohn. Es ist verfassungsrechtlich bedenklich, die Vorschriften zur Verhinderung der Meinungsmacht zugunsten eines anderen regulatorischen Ziels – eines angeblichen Anreizes für die Wahrung regionaler Vielfalt – aufzuweichen.

➤ **Reformvorschlag**

Die KEK hält es 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 nach dem Entwurf zum 7. RÄndStV geplante, anders lautende Bonusregelung ist dem Medienkonzentrationsrecht systemfremd, verfassungsrechtlich bedenklich und sollte nicht Gesetz werden.

2.1.1.2 Medienrelevante verwandte Märkte

Die Einflussmöglichkeiten der beteiligten Unternehmen auf medienrelevanten, mit dem Fernsehen verwandten Märkten sind an erster Stelle im Zusammenhang mit dem zweiten, durch eine Zuschaueranteilsschwelle begrenzten Vermutungstatbestand zu prüfen. Crossmediale Einflussmöglichkeiten müssen zudem bei der Gesamtbeurteilung nach § 26 Abs. 1 RStV Berücksichtigung finden.

2.1.1.2.1 Anwendungspraxis

Im Verfahren der Verlängerung der Zulassung zur bundesweiten Veranstaltung des Fernsehvollprogramms RTL hat die KEK die Aktivitäten des Bertelsmann-Konzerns auf diesen medienrelevanten Märkten geprüft. Sie kam zu dem Schluss, dass sich eine marktbeherrschende Stellung der RTL Group oder der Bertelsmann AG in einem dieser medienrelevanten verwandten Märkte trotz führender Stellungen in den Bereichen Fernsehen, TV-Produktion und Hörfunk sowie starken

¹⁰³³ S. u. Kap. IV 2.1.2.2.

Marktstellungen im TV-Werbemarkt, im Rechthehandel und bei Online-Angeboten nicht feststellen lässt.¹⁰³⁴

In der Vergangenheit hatte die KEK in den die KirchGruppe, insbesondere Premiere,¹⁰³⁵ betreffenden Fällen auf die problematische monopolartige Stellung der Programmplattform Premiere hingewiesen. Im Verfahren einer Veränderung von Beteiligungsverhältnissen bei der seinerzeitigen TM3 Fernsehen GmbH & Co. KG wurde die Frage einer marktbeherrschenden Stellung der KirchGruppe im Formel-1-Fernsehrechthehandel als einem medienrelevanten verwandten Markt untersucht.¹⁰³⁶ Beide Themen haben durch die Insolvenz der KirchGruppe in diesem Bereich an Bedeutung verloren.

2.1.1.2.2 Überlegungen zur Gesamtbetrachtung nach § 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alt. RStV

Nach § 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alt. RStV ist, wenn ein Unternehmen einen Zuschaueranteil von 25 % erreicht, zu prüfen, ob eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 % im Fernsehen entspricht.

Zur Frage, nach welchen Kriterien diese Gesamtbeurteilung zu erfolgen hat, hat die KEK ein kommunikationswissenschaftliches Gutachten bei Prof. Dr. Uwe Hasebrink vom Hans-Bredow-Institut für Medienforschung an der Universität Hamburg in Auftrag gegeben. Die im Sommer 2003 vorgelegte Studie („Zur Berücksichtigung medienrelevanter verwandter Märkte bei der Anwendung des Zuschaueranteilsmodells (§ 26 Abs. 2 Satz 2 RStV)“) entwickelt Ansätze eines Modells für die systematisch begründbare und pragmatische Einbeziehung medienrelevanter verwandter Märkte im Rahmen des Zuschaueranteilsmodells. Ausgangspunkt ist die Prämisse, dass sich die Einbeziehung verwandter Märkte so weit wie möglich an der „Logik“ des Zuschaueranteilsmodells, d. h. am potenziellen Meinungseinfluss, orientieren muss. Eine sinngemäße Übertragung des Zuschaueranteilsmodells auf die Publikumsmärkte in diesem Sinne sei auch möglich, wobei eine Rangordnung verschiedener Publikumsmärkte nach dem Grad des möglichen Meinungseinflusses (gemessen u. a. an Zahl und Dauer der Publikumskontakte, Reichweite, Nutzungsdauer und Kundenbindung) bestehe. Schließlich befasst sich das Gutachten mit der Frage, wo auf einem einzelnen Markt jeweils die „Schwelle substanziellen Meinungseinflusses“ anzusetzen sein könnte, bei deren Überschreiten zusammen mit dem Zuschaueranteil ein Äquivalent für die Schwelle von 30 % Zuschaueranteil als erreicht angesehen wird. Für Verflechtungen mit vorgelagerten Märkten, nicht-publizistischen Publikumsmärkten und nachgelagerten Märkten werden andere Kriterien umrissen.

Bislang hatte die KEK keinen Anlass, sich im Rahmen eines Prüfverfahrens mit den dargelegten Überlegungen auseinander zu setzen.¹⁰³⁷

2.1.2 § 26 Abs. 5 RStV i. V. m. § 31 RStV: Sendezeiten für unabhängige Dritte

Nach § 26 Abs. 5 RStV hat ein Veranstalter, der mit einem Vollprogramm oder einem Spartenprogramm mit Schwerpunkt Information im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 10 % erreicht, Sendezeit für unabhängige Dritte nach Maßgabe von § 31 RStV einzuräumen.

¹⁰³⁴ Vgl. Beschluss vom 05.05.2003 i. S. RTL, Az.: KEK 158, I 3.2.1, II 3.2.

¹⁰³⁵ Vgl. Beschluss vom 15.08.2000 i. S. Premiere, Az.: KEK 070, und Beschluss vom 26.01.1999 i. S. ProSieben, Az.: KEK 007/029.

¹⁰³⁶ Vgl. Beschluss 22.05.2001 i. S. TM3, Az.: KEK 104, II 3.2.

¹⁰³⁷ Das Gutachten wird zu einem späteren Zeitpunkt veröffentlicht.

Seit dem 01.07.2002 gilt diese Verpflichtung auch für das zuschauerstärkste Programm einer Veranstaltergruppe, die im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 20 % erreicht, ohne dass eines der Vollprogramme oder Spartenprogramme mit Schwerpunkt Information einen Zuschaueranteil von 10 % erreicht. Vor Auswahl und Zulassung der Drittfensterprogramm-anbieter stellt die zuständige Landesmedienanstalt das Benehmen mit der KEK her.

Im Berichtszeitraum war die KEK an den Verfahren zur erneuten Vergabe der Drittsendezeiten bei RTL und bei SAT.1 beteiligt.¹⁰³⁸

2.1.2.1 Benehmensherstellung

Im Zusammenhang mit der beabsichtigten Zulassungsentscheidung unabhängiger Dritter bei SAT.1 konnte die KEK das Benehmen mit der LPR Rheinland-Pfalz nicht herstellen.¹⁰³⁹ Daraufhin wurde der KEK von Seiten der LPR Rheinland-Pfalz öffentlich vorgeworfen, sie überschreite ihre Kompetenzen.¹⁰⁴⁰

Zu Unrecht. Die Herstellung des Benehmens erfordert mehr als eine Anhörung. Während die Anhörung lediglich auf eine gutachtliche oder interessenwahrende Einflussnahme des Anzuhörenden auf die Entscheidung zielt, will der RStV mit dem Erfordernis des „Benehmens“ eine begrenzte Einbindung der KEK in die Entscheidungsverantwortung. Dies dient auch dem Interesse eines möglichst hohen Maßes an Standortunabhängigkeit bei der Entscheidungsfindung. Die Herstellung des Benehmens erfordert von Seiten der zuständigen Landesmedienanstalt, der KEK die für ihre Stellungnahme erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen und bei ihrer Entscheidung der Auffassung der KEK möglichst Rechnung zu tragen.

Die KEK hat im Rahmen ihrer Untersuchung den Spielraum der zuständigen Landesmedienanstalt hinsichtlich der Rechtsfolgen nicht in Frage gestellt.¹⁰⁴¹ Sie geht allerdings davon aus, dass die Herstellung des Benehmens eine umfassende Rechtmäßigkeitsüberprüfung erfordert und dass die vom Rundfunkstaatsvertrag geforderte Einbindung der KEK dazu verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass die Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrages bei der Auswahl und Zulassung von Drittsendezeitveranstaltern auch beachtet werden. Im konkreten Fall waren die normativen Voraussetzungen des RStV für die Zulassungsentscheidung nicht eingehalten. Die LPR hatte keinen wichtigen Grund für die Ausdehnung der Lizenzdauer auf fünf Jahre darzulegen versucht.¹⁰⁴² Dass das VG Neustadt/W dem Antrag eines Konkurrenten auf vorläufigen Rechtsschutz gegen die Auswahlentscheidung nicht stattgegeben hat, ändert daran nichts.

2.1.2.2 Reichweite der Regionalfensterprogramme

Auf die wöchentliche Sendezeit der unabhängigen Dritten können Regionalfensterprogramme mit maximal 80 Minuten pro Woche angerechnet werden, sofern sie mindestens 150 Minuten wöchentlich umfassen, in redaktioneller Unabhängigkeit veranstaltet werden und insgesamt bundesweit mindestens 50 % der Fernsehhaushalte erreichen (§ 31 Abs. 2 RStV). Für die pluralismussichernde Zielsetzung des § 31 RStV ist der Umfang der Drittfensterprogramme von nicht geringerer Bedeutung als etwa die Zulassungsfähigkeit der Bewerber.

1038 Beschlüsse Az.: KEK 041, Az.: KEK 136-1 bis -5 und Az.: KEK 159-1 bis -5.

1039 Vgl. Beschlüsse i. S. Drittsendezeiten SAT.1 vom 12. 11. 2002, Az.: KEK 136-2, und vom 11. 03. 2003, Az.: KEK 136-5.

1040 epd medien vom 16. 11. 2002.

1041 Vgl. zum Auswahlermessern der zuständigen Landesmedienanstalt unten Kap. IV 2.1.2.3.

1042 Dazu s. u. Kap. IV 2.1.2.4. Für die Versagung des Benehmens zur Zulassungsentscheidung für die 1. Sendezeit-schiene (Verfahren Az.: KEK 136-2) war ferner noch ausschlaggebend, dass zu diesem Zeitpunkt Zweifel an der Anrechenbarkeit der Regionalfensterprogramme nicht ausgeräumt worden waren.

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.

Folgt man dem Wortlaut, so kann der Begriff des „Erreichens“ den tatsächlichen Empfang des Programms bezeichnen oder die real vorhandene Möglichkeit, das Programm zu empfangen. Nicht mehr vom Wortlaut gedeckt ist dagegen die von den Landesmedienanstalten vertretene Auslegung, für das „Erreichen“ genüge bereits die theoretische Möglichkeit, dass ein Haushalt aufgrund seiner geografischen Lage im Verbreitungsgebiet das Programm empfangen könnte (technische Reichweite im Sinne der FTZ-Richtlinie 176 TR 10 der Deutschen Bundespost); die Verwirklichung der Empfangsmöglichkeit hinge hier von weiteren Maßnahmen ab, z. B. der Installation nicht vorhandener Empfangsanlagen. Zu eng wäre umgekehrt die Auslegung, wonach „Erreichen“ nur bei tatsächlichem Empfang der Regionalfensterprogramme anzunehmen wäre, d. h. bei einem tatsächlichen Kontakt des Haushalts mit dem Programm. „Erreichen“ bedeutet demnach die tatsächliche Möglichkeit, die Programme zu empfangen. Eine andere Auffassung wäre nur dann mit dem Wortlaut der Vorschrift vereinbar, wenn der Gesetzgeber Formulierungen wie „erreichen können“ oder „erreichbar sind“ gewählt hätte. Dass der Gesetzgeber dies gerade nicht wollte, wird auch daran deutlich, dass er nicht „Haushalte“, sondern nur „Fernsehhaushalte“ berücksichtigt wissen will. Deshalb werden nur diejenigen Fernsehhaushalte von Regionalfensterprogrammen erreicht, die technisch für deren Empfang ausgestattet und tatsächlich darauf ausgerichtet sind.

Nur diese Auslegung entspricht auch dem Gesamtzusammenhang sowie Sinn und Zweck der Norm. § 31 Abs. 2 RStV stellt Mindestanforderungen für die Wirksamkeit der Drittsendezeiten als Mittel der Vielfaltsicherung auf. Damit Regionalfenster andere Maßnahmen der Vielfaltsicherung in gewissem Umfang „ersetzen“ können, müssen sie insoweit funktional äquivalent sein. Aus diesem Grund verlangt der RStV – wie bei den Drittveranstaltern – die redaktionelle Unabhängigkeit und einen zeitlichen Mindestumfang dieser Programme. Das normative Ziel der Vielfaltsicherung im bundesweiten privaten Fernsehen lässt sich nämlich nur erreichen, wenn die Regionalfensterprogramme die Zuschauer im jeweiligen Verbreitungsgebiet auch tatsächlich erreichen, was bei den Drittfensterprogrammen schon durch ihre bundesweite Verbreitung im Rahmen des Hauptprogramms sichergestellt ist, nicht jedoch bei Regionalfensterprogrammen.

Von diesen gesetzlichen Vorgaben ist die KEK nicht durch die abweichende Definition der Reichweite in der Drittsendezeitrichtlinie der DLM (Gemeinsame Richtlinie der Landesmedienanstalten über die Sendezeit für unabhängige Dritte nach § 31 RStV vom 16. 12. 1997, „DSZR“)¹⁰⁴³ befreit. Diese Definition, die maßgeblich an die Reichweite der eingesetzten Verbreitungstechnik und dabei vorrangig an die terrestrische Verbreitung anknüpft, verkennt den Rahmen der Konkretisierung des § 31 Abs. 2 Satz 3 RStV. Eine Reichweitenbestimmung, die ohne Rücksicht auf die realen Empfangsmöglichkeiten von Haushalten (etwa das Vorhandensein eines Fernsehgerätes) lediglich ihre örtliche Lage innerhalb von Verbreitungsgebieten berücksichtigt, wird Wortlaut und Funktion des § 31 Abs. 2 Satz 3 RStV nicht gerecht. Diese DSZR ist zudem veraltet. Die FTZ-Richtlinie aus dem Jahr 1991 geht von der ursprünglich zutreffenden Grundannahme aus, dass die Grundversorgung der Bevölkerung durch die terrestrische Verbreitung der Fernsehprogramme erfolgt, während Kabel- und Satellitenempfangsanlagen nur ergänzende Funktionen im Falle terrestrischer Versorgungslücken haben. Das entspricht heute nicht mehr den tatsäch-

¹⁰⁴³ Abgedruckt im Anhang zum Konzentrationsbericht 2000, S. 433 ff.

lichen Gegebenheiten. Die auf der Grundlage der DSZR festgestellten „Reichweiten“ haben daher heute nur noch einen sehr begrenzten Aussagewert in Bezug auf die Anzahl der von den Regionalfensterprogrammen erreichbaren Haushalte.¹⁰⁴⁴

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 beiden Hauptprogrammen RTL und SAT.1 über 50 % der bundesweiten Fernsehhaushalte erreichen.¹⁰⁴⁵

2.1.2.3 Auswahl des unabhängigen Dritten

Nach dem RStV hat die Landesmedienanstalt zunächst eine einvernehmliche Auswahl des Drittveranstalters zusammen mit dem Hauptveranstalter anzustreben, bei der sowohl die berechtigten Interessen des Hauptveranstalters als auch Belange der Vielfaltssicherung von Bedeutung sind (§ 31 Abs. 4 Satz 3 RStV). In diesem Rahmen kann auch die Auswahl eines unter Vielfaltsgesichtspunkten 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.

2.1.2.4 Lizenzdauer

Sowohl für RTL als auch für SAT.1 wurden die Drittsendezeiten für eine fünfjährige Lizenzdauer vergeben. Die nach § 31 Abs. 6 Satz 4 RStV vorgesehene Regellaufzeit beträgt jedoch nur drei Jahre. Für ihr Überschreiten muss ein wichtiger Grund gegeben sein. Die NLM hatte wegen der parallel von RTL beantragten Zulassungsverlängerung für fünf Jahre im Hinblick auf die Drittsendezeitlizenz nur die Möglichkeit, diese ebenfalls auf fünf Jahre zu befristen oder sie so in zwei Laufzeiten zu „stückeln“, dass zumindest eine davon kürzer als die dreijährige Regeldauer gewesen wäre. Hätte die NLM die Drittsendezeit für die Regeldauer vergeben, wäre anschließend nur noch eine Befristung auf zwei Jahre möglich gewesen. Bei einer so kurzen Laufzeit wäre die Planungssicherheit des Drittveranstalters nicht gewährleistet und der damit möglicherweise verbundene Anpassungsdruck an die Programmvorgaben des Hauptveranstalters unter Vielfaltsgesichtspunkten unzutraglich gewesen. Damit hat die NLM einen die Abweichung von der Regellizenzdauer rechtfertigenden wichtigen Grund dargelegt. Die Lizenz von SAT.1 ist dagegen bis zum Jahr 2010 befristet. Die LPR Rheinland-Pfalz stützte die Ausdehnung der Lizenzperiode für den Drittveranstalter News and Pictures GmbH auf die Qualität des Programmbeitrags durch das Wissenschaftsprogramm „Planetopia“, dessen Erstellung nur bei einer Laufzeit über drei Jahren gesichert werden könne; die Ausdehnung der Lizenzperiode für DCTP begründete sie mit der zeitlichen Einheitlichkeit der Vergabe der beiden Drittsendezeitlizenzen. Dem vermochte die KEK nicht zu folgen.¹⁰⁴⁶

1044 Vgl. ausführlich Beschluss vom 11. 03. 2003 i. S. Drittsendezeiten RTL, Az.: KEK 159-2, III 2.3.1.

1045 Entscheidend für das Ergebnis einer Reichweite von jeweils über 50 % war insbesondere die Einbeziehung der Haushalte mit parallelem terrestrischem Empfang. Vgl. ausführlich zur Ermittlung der Reichweiten Jahresbericht der KEK 2002/2003, Kap. I 6.1.3.

1046 Vgl. Beschlüsse i. S. Drittsendezeiten SAT.1 vom 12. 11. 2002, Az.: KEK 136-2, und vom 11. 03. 2003, Az.: KEK 136-5.

2.1.2.5 Platzierung der Drittsendezeiten

Erneut wurden bei der Ausschreibung die Drittfensterprogramme sowohl im SAT.1- wie auch im RTL-Programm auf fast durchwegs späte Nacht- bzw. frühe Morgenstunden platziert. Dies mindert den Beitrag der Drittfenster zur Vielfaltsicherung. Jedoch lässt der Rundfunkstaatsvertrag den Landesmedienanstalten insoweit einen Ermessensspielraum. Die KEK empfahl für die Zukunft eine deutlich frühere Platzierung.

2.2 § 27 RStV: Bestimmung der Zuschaueranteile

Nach § 26 RStV sind die Zuschaueranteile ein wesentliches Indiz bei der Beurteilung vorherrschender Meinungsmacht. § 27 RStV enthält Regelungen zur Ermittlung der Zuschaueranteile. Sie sind unter Einbeziehung aller deutschsprachigen Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und des bundesweit empfangbaren privaten Rundfunks mit Hilfe von repräsentativen Erhebungen bei Zuschauern ab Vollendung des dritten Lebensjahres nach allgemein anerkannten wissenschaftlichen Methoden zu erheben.¹⁰⁴⁷ Die aktuelle Anwendungspraxis weist folgende Schwerpunkte auf:

2.2.1 Anwendung der Übergangsbestimmung des § 34 RStV

Bei der Bestimmung der Zuschaueranteile wendet die KEK die Übergangsbestimmung des § 34 Satz 1 RStV an. Dementsprechend verwendet sie die laufend von der Gesellschaft für Konsumforschung (GfK), im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft Fernsehforschung (AGF) erhobenen monatlichen Daten über Zuschaueranteile, soweit diese allgemein zugänglichen Fachveröffentlichungen entnommen werden können.¹⁰⁴⁸ Die der KEK vorliegenden Daten basieren somit auf der Auswertung von Sekundärquellen. Solche allgemein zugängliche Quellen sind unter anderem Fachzeitschriften.¹⁰⁴⁹

Die AGF stellt die Monatszahlen ihrer Mitgliedsender und der meisten ihrer Lizenznehmer zu den Zuschauern ab 3 Jahren der Öffentlichkeit zur Verfügung. Die AGF/GfK-Fernsehforschung veröffentlicht die Angaben zu den monatlichen Zuschaueranteilen der Programme ARD, ARD III (gesamter Anteil der 8 Dritten), ZDF, RTL, SAT.1, ProSieben, RTL II, Super RTL, Kabel 1, DSF, Eurosport, VOX, n-tv, NEUN LIVE, Kinderkanal, Phoenix, 3sat und arte. Dadurch werden der KEK über 90 % der gemessenen Zuschaueranteile bekannt.

Seit Anfang 2003 liegen erstmals Veröffentlichungen zu den Zuschaueranteilen der Sender N24, MTV, MTV 2 Pop und TV 5 Europe vor, die seit kurzem über eine AGF-Lizenz zum Datenbezug verfügen. Ferner zählt die AGF auch die Sender EuroNews und XXP als Lizenzsender auf, zu denen aber bislang keine Zuschaueranteile veröffentlicht wurden. Einer Unternehmensmitteilung zufolge bezieht auch der Fernsehsender Tele 5 seit Mai 2003 die Daten über seine Zuschaueranteile von der GfK. Veröffentlicht wurden diese Zuschaueranteile bislang aber nicht.¹⁰⁵⁰

1047 Ausführlich sind die Regelungen und weitere wichtige Aspekte der Bestimmung der Zuschaueranteile im ersten Konzentrationsbericht der KEK dargestellt; siehe hierzu Konzentrationsbericht 2000, a. a. O., S. 368–375.

1048 Siehe hierzu auch Schriftenreihe der Landesmedienanstalten, Band 13: Zuschaueranteile als Maßstab vorherrschender Meinungsmacht, Dokumentation des Symposiums der KEK am 24. November 1998 in Potsdam, Berlin 1999.

1049 Die KEK ist kein Mitglied der AGF und verfügt auch über keine Lizenz, Daten von der AGF/GfK-Fernsehforschung zu beziehen.

1050 Zur Organisation und zum Erhebungssystem der AGF/GfK-Fernsehforschung siehe AGF, Fernsehzuschauerforschung in Deutschland, Frankfurt/Main, September 2002.

2.2.2 Berücksichtigung der EU-Ausländer bei der Bestimmung der Zuschaueranteile

Durch die Berücksichtigung der EU-Ausländer hat sich die Repräsentativität der Zuschaueranteile gemäß § 27 RStV verbessert. Seit dem 01.01.2001 weist die AGF die Fernsehnutzung der EU-Ausländer, die in Deutschland leben, in den Gesamtquoten aus. Erreicht wurde dies durch die zusätzliche Aufnahme von 140 Panelhaushalten, in denen der Haushaltsvorstand nicht deutscher Staatsbürger ist. Davor erfasste das AGF/GfK-Fernsehpanel nur die Fernsehnutzung der deutschen Staatsbürger. Die durch die Daten über Zuschaueranteile repräsentierte Grundgesamtheit stieg durch die Einbeziehung der EU-Ausländer von ca. 33,6 Mio. deutschen Fernsehhaushalten (Stand: Dezember 2000) auf 34,37 Mio. Fernsehhaushalte (Stand: Juni 2003). Unberücksichtigt bleibt weiterhin die Fernsehnutzung in den Haushalten bei den beiden größten Ausländergruppen in Deutschland – Menschen aus der Türkei und dem ehemaligen Jugoslawien.

2.2.3 Senderbezogene Messung der Zuschaueranteile des digitalen Fernsehens

Seit dem 01.01.2003 ermöglicht die AGF/GfK-Fernsehforschung eine genauere Darstellung ihrer Daten. Sie misst seit diesem Zeitpunkt senderbezogen die Digitalnutzung und zählt diese bei der Berechnung der Zuschaueranteile ihrer Mitglied- und Lizenzsender hinzu. Für die Ermittlung der Zuschaueranteile gemäß § 27 RStV hat dies zur Folge, dass der Zuschaueranteil der in den Veröffentlichungen nicht ausgewiesenen Fernsehnutzung bzw. der so genannten restlichen Programme geringer wird. Vorher wurde die digitale Fernsehnutzung zwar bereits als einheitlicher Zuschaueranteil der Digital-Set-Top-Box-Nutzung erfasst. Sie konnte aber nicht den jeweiligen Sendern zugeordnet werden, da diese Differenzierung aus messtechnischen Gründen nicht möglich war.

Um die Größe der Lücke zu verdeutlichen, die die Messung der digitalen Zuschaueranteile schließt, veröffentlichte die AGF für den Monat Januar 2003 eine Gegenüberstellung.¹⁰⁵¹ Diese zeigte, dass durch die senderbezogene Messung der Fernsehnutzung der digitalen Fernsehhaushalte die Zuschaueranteile von ARD, ZDF, ARD III, RTL, RTL II, VOX, Super RTL, SAT.1, ProSieben und Kabel 1 jeweils zwischen 0,1 und 0,6 Prozentpunkte höher ausfielen. Beispielsweise betrug der analoge Anteil bei den Zuschauern ab 14 Jahren von RTL 15,3 %; durch die Einbeziehung der digitalen Nutzung vergrößerte sich der Zuschaueranteil um 0,6 Prozentpunkte auf 15,9 %. Im Vergleich zu der alten Darstellungsweise verkleinerten diese, nun RTL zurechenbaren 0,6 Prozentpunkte den Zuschaueranteil, der vorher nur als Set-Top-Box-Nutzung darstellbar war und unter den so genannten restlichen Programmen mit ausgewiesen wurde.

2.2.4 Ausweitung der Veröffentlichungspraxis durch die AGF/GfK-Fernsehforschung

Eine genauere Darstellung der Zuschaueranteile ist seit Januar 2003 auch deshalb möglich, weil die AGF/GfK-Fernsehforschung die Zuschaueranteile für N24 veröffentlicht. Außerdem liegen der KEK einige Veröffentlichungen vor, die die Anteile bei den Zuschauern ab drei Jahren für die drei Sender MTV, MTV 2 Pop, TV 5 Europe ausweisen.

¹⁰⁵¹ Vgl. epd medien vom 08.02.2003.

Unter den nicht veröffentlichten Zuschaueranteilen bzw. den so genannten restlichen Programmen befindet sich nach wie vor eine Vielzahl von Programmen, wie z. B. XXP, VIVA, VIVA Plus, ONYX, CNN D, EuroNews, NBC/GIGA, Teleshoppingkanäle, Programme des privaten Regionalfernsehens, offene Kanäle, fremdsprachige Programme und nicht zuletzt die Programme von Premiere.

2.2.5 Zuschaueranteile der Premiere-Programmplattform

Obwohl durch die senderbezogene Erfassung der Digitalnutzung die Zuschaueranteile der Sender aller Mitglieder und Lizenznehmer der AGF vollständiger abgebildet werden, bleibt für die KEK die Schwierigkeit, in der Regel nur auf allgemein zugängliche Quellen zurückgreifen zu können. Weder die von Premiere selbst veranstalteten Programme noch die über die Programmplattform von Premiere verbreiteten Drittveranstalter, wie zum Beispiel Discovery Channel, sind Mitglieder oder Lizenznehmer der AGF. Deswegen werden nach wie vor die im Auftrag der AGF von der GfK gemessenen Zuschaueranteile zu diesen digitalen Fernsehprogrammen nicht veröffentlicht.

Gleichwohl zeichnet sich für Premiere eine Änderung ab. Im März 2003 teilte die Veranstalterin mit, dass sie neben dem Messsystem der AGF/GfK-Fernsehforschung parallel ein eigenes System zur Messung von Einschaltquoten installiert hat. Damit bestehe für die KEK eine neue Berechnungsgrundlage, weil es möglich sei, die Daten aus den beiden Messsystemen in Beziehung zu setzen und auf diese Weise den Zuschaueranteil von Premiere – bezogen auf alle Fernsehzuschauer – hochzurechnen. Premiere errechnete, dass ihr Zuschaueranteil bei Personen ab 3 Jahren im Jahr 2002 2,4 % betrug. Auf die gleiche Weise berechnet, ergaben sich ungefähr 2,0 % für Januar und ca. 2,2 % für Februar 2003.

2.2.6 Gutachten: Das Zuschaueranteilsmodell – Herausforderung durch Pay-TV und Online-Medien

Die Kommission hat eine Untersuchung in Auftrag gegeben, welche Herausforderungen Pay-TV und Online-Medien an das Zuschaueranteilsmodell stellen. Hintergrund ist, dass zur Bestimmung der Zuschaueranteile gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 RStV sowohl frei empfangbare als auch Bezahlfernsehprogramme (§ 2 Abs. 1 Satz 2 RStV) einbezogen werden. Außerdem spielt es bei der Bestimmung der Zuschaueranteile keine Rolle, über welchen Übertragungsweg die Zuschauer Fernsehprogramme empfangen können. Neben der terrestrischen Verbreitung, Kabel und Satellit gewinnt hierbei in Zukunft wahrscheinlich auch das Internet als vierter Übertragungsweg an Bedeutung.¹⁰⁵² Jedenfalls wird im Medienkonzentrationsrecht die Meinungsmacht von Unternehmen durch einen einheitlichen Fernsehzuschaueranteil ermittelt. Anders ist die Praxis nach dem Kartellrecht. Bei der Abgrenzung einzelner (Produkt-) Märkte wird derzeit zumindest zwischen dem Pay-TV- und dem Free-TV-Bereich unterschieden. Nach dem vom Hans-Bredow-Institut erstellten kommunikationswissenschaftlichen Gutachten ist aus der Zuschauerperspektive die auf Pay-TV-Programme entfallende Nutzungsdauer Bestandteil der Fernsehnutzung. Es ist sachgerecht, diese Nutzungszeiten in die Bestimmung der Zuschaueranteile einzubeziehen.¹⁰⁵³

¹⁰⁵² Siehe hierzu Kap. II 2.8.5.

¹⁰⁵³ Siehe hierzu Uwe Hasebrink, Das Zuschaueranteilsmodell: Herausforderung durch Pay-TV und Online-Medien, Kommunikationswissenschaftliches Gutachten im Auftrag der KEK, veröffentlicht im Jahresbericht der KEK 2000/2001, S. 160–213, auch unter <http://www.kek-online.de/kek/information/publikation/hasebrink.pdf>.

2.2.7 Problemfeld: Zuschaueranteile von Drittfenstern und der DCTP-Programme auf VOX

Der KEK liegen keine Daten über die monatlichen Zuschaueranteile von Drittfensterprogrammen und für das DCTP-Programm auf VOX vor. Dem Programmveranstalter von XXP TV sind auch die Zuschaueranteile zuzurechnen, die DCTP durch ihre in eigener Lizenz veranstalteten Programmteile im Rahmen des Gesamtprogramms VOX erzielt (arg. e § 28 Abs. 1 Satz 3 und § 29 Abs. 2 RStV). Von einem Veranstalter aufgrund einer eigenen Lizenz eigenständig konzipierte und veranstaltete Teile eines Gesamtprogramms sind trotz ihrer zeitlichen Begrenzung Rundfunkprogramme i. S. v. § 2 Abs. 1 und 2 RStV (vgl. z. B. § 2 Abs. 2 Nr. 3 RStV), die bei der Ermittlung von Zuschaueranteilen gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 RStV zu berücksichtigen sind. Das Gleiche gilt für die von DCTP als „unabhängigem Dritten“ veranstalteten Fensterprogramme im Rahmen der bundesweiten Vollprogramme SAT.1 und RTL.¹⁰⁵⁴

Detaillierte Angaben über die Zuschaueranteile einzelner Sendungen werden von der AGF/GfK-Fernsehforschung zwar gemessen, aber nicht regelmäßig veröffentlicht. Der KEK liegen bezüglich der von DCTP veranstalteten Programme bei VOX keine in monatliche Durchschnittswerte umgerechneten Anteile bei den Zuschauern ab 3 Jahren vor. Eine Differenzierung nach einzelnen Sendungen, die es ermöglicht, die durchschnittlichen monatlichen Zuschaueranteile einzelner Programmteile zu berechnen, steht nur den Mitgliedern oder den Lizenznehmern der AGF/GfK zur Verfügung. So liegt der KEK der monatliche Zuschaueranteil von VOX für die jeweilige Referenzperiode vor. Die Programme der DCTP tragen aber nur zu einem Teil zu den Zuschaueranteilen von VOX bei, so dass der anteilige Wert der DCTP darunter liegen dürfte.

Es kommt hinzu, dass DCTP Fensterprogramme von insgesamt 2 Stunden brutto pro Woche im bundesweit verbreiteten Fernsehprogramm von RTL und von insgesamt 1 ¼ Stunden brutto pro Woche im bundesweit verbreiteten Fernsehprogramm von SAT.1 veranstaltet. Zwar wird nur ein Teil der insoweit von DCTP als „unabhängigem Dritten“ veranstalteten Programmteile auf RTL und SAT.1 zu relativ zuschauerintensiven Sendezeiten ausgestrahlt. Dies betrifft zum Beispiel sonntags die Sendung Spiegel TV und mittwochs das Magazin Stern TV auf RTL, die am späten Abend zwischen 22:00 Uhr und 24:00 Uhr gesendet werden. Die meisten anderen Programmteile werden eher zu einer noch ungünstigeren Sendezeit verbreitet. Wie viel der Anteil der DCTP am monatlichen Zuschaueranteil von RTL oder von SAT.1 ausmacht, ist aufgrund der restriktiven Veröffentlichungspraxis der AGF/GfK-Fernsehforschung der KEK nicht bekannt. Es kann aber unter Vorbehalt vermutet werden, dass der als durchschnittlicher Monatswert umgerechnete, anteilige Zuschaueranteil der Programme weit unter 1 % liegt.

2.3 § 28 RStV: Zurechnung von Programmen

Welche Fernsehprogramme einem Unternehmen zuzurechnen sind, wird in § 28 RStV geregelt. Die Vorschrift dient in ihren einzelnen Tatbeständen der Ermittlung der Zuschaueranteile für die Zwecke des § 26 RStV. Zurechnungsmaßstab ist grundsätzlich eine unmittelbare Beteiligung in Höhe von 25 %. Der Rundfunkstaatsvertrag greift damit auf Tatbestände zurück, die im Gesellschafts- bzw. Kartellrecht ebenfalls zur Anwendung gelangen. Danach erhält ein Unternehmen erst ab 25 vom Hundert einer Beteiligung am Kapital oder an den Stimmrechten eine Sperr-

¹⁰⁵⁴ Vgl. Beschluss vom 17.07.2001 i.S. XXP, Az.: KEK 123, III.

minorität. Unterhalb dieser Grenze kann es die Geschäftspolitik eines anderen Unternehmens rechtlich nicht maßgeblich beeinflussen.¹⁰⁵⁵

2.3.1 Zurechnung nach § 28 Abs. 1 Satz 1 RStV

Die Zurechnungsregelung auf der ersten Beteiligungsstufe gewann im Berichtszeitraum u. a. Bedeutung in zwei Verfahren, die das Unternehmen TM3 Fernsehen GmbH & Co. KG/NEUN LIVE Fernsehen GmbH & Co. KG betrafen. In beiden Verfahren waren auf der zweiten Beteiligungsstufe Zwischengesellschaften eingeschoben, die es z. B. fraglich erscheinen ließen, ob eine Beteiligung von Thomas Kirch auf der jeweils dritten Beteiligungsstufe der KirchGruppe und umgekehrt die der KirchGruppe zuzurechnenden Programme auch Thomas Kirch zuzurechnen waren.

§ 28 Abs. 1 Satz 1 RStV lässt für die Zurechnung des Programms eines Veranstalters eine 25 %ige Beteiligung an dessen Kapital oder Stimmrechten genügen. Das gilt aber nur für unmittelbare Beteiligungen; für mittelbare Beteiligungen wird in Satz 2 auf das Recht des verbundenen Unternehmens gemäß §§ 15 ff. AktG verwiesen. Bei einer rein formalen Betrachtung wären die Beteiligungen von Thomas Kirch an diesen Zwischengesellschaften mit jeweils 26,67 % als mittelbar zu qualifizieren; somit wäre eine Zurechnung ausgeschlossen. Eine derartige Auslegung des § 28 Abs. 1 RStV begegnet aber dem Einwand, dass sie es ermöglichte, die Anwendung der 25 %-Schwelle des Satzes 1 in allen Fällen dadurch zu unterlaufen, dass die Beteiligung an dem Veranstalter durch eine eingeschobene Zwischenholding ausgeübt wird; die Beteiligung würde zu einer mittelbaren, die die Zurechnung nur noch dann gestattete, wenn die Voraussetzungen der §§ 15 ff. AktG gegeben wären. Damit könnten sich die an einem Veranstalter beteiligten Unternehmen systematisch, d. h. in jedem Einzelfall, der Zurechnung gemäß Satz 1 dadurch entziehen, dass sie ihre unmittelbare Beteiligung auf eine Zwischenholding übertragen, sie damit in eine mittelbare Beteiligung umwandeln. Es ist kein Grund für die Annahme ersichtlich, dass die Urheber des Rundfunkstaatsvertrags dieses Ergebnis angestrebt haben oder auch nur in Kauf nehmen wollten, denn in diesem Falle wäre es konsequent gewesen, auf eine besondere Schwelle für unmittelbare Beteiligungen ganz zu verzichten. Damit wäre aber wiederum zweifelhaft geworden, ob die Regelung des § 28 RStV den verfassungsrechtlichen Geboten der Erhaltung der Meinungsvielfalt und der Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht entspricht. 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 Konzernzwischenglieder abzustellen.

In beiden Fällen war festzustellen, dass die Zwischengesellschaften – wenn nicht ausschließlich, so doch ganz überwiegend – als Zwischenholdinggesellschaften fungieren, die im Wesentlichen keine eigenständigen unternehmerischen Aufgaben erfüllen und auch nicht der konzernrechtlichen Integration weiterer Beteiligungen dienen. Sie blieben deshalb bei der Zurechnung gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 RStV außer Betracht. Aus diesem Grund wurden die betroffenen Beteiligungen an den Zwischenholdings als unmittelbare Beteiligungen an der TM3 Fernsehen GmbH & Co. KG bzw. NEUN LIVE Fernsehen GmbH & Co. KG gewertet. Mithin waren die Zuschaueranteile von

¹⁰⁵⁵ Vgl. hierzu bereits grundlegend und zu den einzelnen Zurechnungstatbeständen Konzentrationsbericht 2000, S. 62 ff., 375 ff.

NEUN LIVE bereits gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 RStV auch der KirchGruppe und umgekehrt diejenigen der übrigen Programme der KirchGruppe auch NEUN LIVE zuzurechnen.¹⁰⁵⁶

2.3.2 Zurechnung nach § 28 Abs. 1 Satz 2 RStV

In Verfahren, die von der Insolvenz verschiedener Unternehmen der ehemaligen KirchGruppe betroffen waren, gewann die Vorschrift unter diesem Blickwinkel neue Bedeutung.

§ 28 Abs. 1 Satz 2 RStV regelt die Zurechnung auf der zweiten und auf allen weiteren Beteiligungsstufen. Hier gelten die Verbundtatbestände der §§ 15 ff. AktG, die nicht auf die durch eine 25 %ige Beteiligung vermittelte Vetoposition, sondern auf eine Beziehung der Beherrschung und Abhängigkeit abstellen. Dieser Zurechnungszusammenhang in Verbindung mit aktienrechtlichen Beherrschungstatbeständen wird nicht bereits durch das Stellen eines Insolvenzantrags unterbrochen. Damit ist das Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet; es bedarf dafür eines Eröffnungsbeschlusses des Insolvenzgerichts (§ 27 Insolvenzordnung (InsO)).

Auch der Umstand, dass z. B. im Verfahren KEK 148 über das Vermögen der KirchMedia das Insolvenzverfahren (in Form der Insolvenz in Eigenverwaltung) eröffnet worden war, unterbrach nicht den Zurechnungszusammenhang: Der Status der Insolvenz war nicht geeignet, die Beherrschungsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG aufgrund der Mehrheitsbeteiligung der KirchMedia an ihren Tochtergesellschaften zu widerlegen.¹⁰⁵⁷ KirchMedia unterlag zwar in diesem Fall mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Auflösung (§ 289 Abs. 1 AktG i. V. m. §§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB). Die Identität der Gesellschaft bleibt davon aber unberührt. Sie bleibt Rechts-trägerin an den mit Insolvenzbeschluss belegten Gegenständen. Aufgrund der angeordneten Eigenverwaltung hatte KirchMedia trotz ihrer Insolvenz weiterhin die Möglichkeit, die Stimmrechte bei ihren Tochtergesellschaften auszuüben.

In zwei Verfahren, die das Unternehmen Premiere Fernsehen GmbH & Co. KG („Premiere“) betrafen, kam die KEK hingegen zu dem Schluss, dass der Zurechnungszusammenhang jedenfalls im Verfahren der Regelinsolvenz unterbrochen wird, da die Gesellschafterrechte der in der Insolvenzmasse befindlichen Gesellschaftsanteile der Insolvenzverwalter an Stelle der Schuldnerin ausübt und mit diesem Anteilsbesitz insoweit keine Einflussmöglichkeiten verbunden sind.¹⁰⁵⁸

In mehreren Fällen, u. a. in einem Verfahren, das ebenfalls Premiere betraf, wurde die Frage der gemeinsamen Beherrschung des Unternehmens durch einen Minderheits-zusammen mit einem Mehrheitsgesellschafter (BSkyB und PayCo Holding bei KirchPayTV) bei entsprechender vertraglicher Gestaltung aktuell.

Nach § 28 Abs. 1 Satz 4 RStV gilt jedes von mehreren Unternehmen als herrschendes Unternehmen, wenn sie aufgrund einer Vereinbarung oder in sonstiger Weise derart zusammenwirken, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf ein beteiligtes Unternehmen ausüben können. Diese Regelung ist aus § 23 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz GWB a. F. übernommen und findet sich – ohne die Worte „aufgrund einer Vereinbarung oder in sonstiger Weise“ – auch in dem geltenden § 36 Abs. 2 Satz 2 GWB wieder. Bei einer Personengesellschaft setzt die Feststellung einer gemeinsamen Beherrschung im Sinne dieser Vorschrift 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

¹⁰⁵⁶ Vgl. Beschluss vom 22.05.2001 i. S. TM3, Az.: KEK 104, III 2.1.2; Beschluss vom 22.01.2002 i. S. NEUN LIVE, Az.: KEK 120, III 2.1.2. Verneint wurde die Beteiligung von Zwischenholdings im Falle DCTP, Beschluss vom 11.03.2003 i. S. Drittsendezeiten RTL, Az.: KEK 159-2, II 4.1.1.1.2.2.

¹⁰⁵⁷ Vgl. Beschluss vom 22.07.2002 i. S. Heimatkanal, Az.: KEK 148, I 3.3, III 2.1.3.

¹⁰⁵⁸ Vgl. Beschlüsse vom 23.10.2002, Az.: KEK 155 und vom 11.03.2003, Az.: KEK 166.

einer auf Dauer angelegten Interessengleichheit erwarten lassen. Dabei folgt aus der Formulierung, das Zusammenwirken müsse aufgrund einer „Vereinbarung“ oder „in sonstiger Weise“ erfolgen können, dass die Sicherung beständiger Einflussnahme nicht notwendig auf rechtlichen Bindungen der Gesellschafter untereinander beruhen muss, dass vielmehr auch tatsächliche Umstände zusammenwirken können, um eine einheitliche Leitungsmacht zu begründen. In diesem Zusammenhang kann es von wesentlicher Bedeutung sein, wie die Anteile auf die einzelnen Gesellschafter verteilt sind. Die Beteiligungsverhältnisse sind jedoch nicht allein entscheidend. Vielmehr kann aufgrund besonderer Umstände die tatsächliche Gemeinsamkeit der Interessen der Gesellschafter so stark und dauerhaft sein, dass sie eine gleich bleibende einheitliche Willensbildung erwarten lassen und dass demgegenüber die nach den bloßen Anteilsverhältnissen gegebene Mehrheit praktisch nicht mehr in einem wesentlichen Umfang in Betracht kommt (vgl. Beschluss des BGH vom 22. Juli 1981 – Transportbeton Sauerland – WuW/E BGH 1810, 1811). Die Europäische Kommission kam in diesem Fall aufgrund der Vereinbarungen und der Interessenslage der Beteiligten zu dem Ergebnis, dass die PayCo Holding und BSkyB die KirchPayTV gemeinsam kontrollieren und damit auch gemeinsam beherrschen. Ob der Begriff der gemeinsamen Beherrschung in § 28 Abs. 1 Satz 4 RStV mit dem Begriff der gemeinsamen Kontrolle in Art. 3 der Fusionskontrollverordnung deckungsgleich ist oder nicht, scheint bisher nicht geklärt. Die von der Europäischen Kommission für die Bejahung einer gemeinsamen Kontrolle angeführten Gründe sprechen dafür, dass auch eine gemeinsame Beherrschung nach § 28 Abs. 1 Satz 4 RStV gegeben ist. Das brauchte die KEK letztlich jedoch nicht zu entscheiden, weil nach § 28 Abs. 2 RStV eine Zurechnung auch dann vorzunehmen ist, wenn mehrere Unternehmen gemeinsam einen Einfluss ausüben können, der dem des § 28 Abs. 1 Satz 4 RStV vergleichbar ist.¹⁰⁵⁹

2.3.3 Zurechnung nach § 28 Abs. 1 Satz 3 RStV

Die Vorschrift regelt den Fall, dass an dem die Zulassung begehrenden Veranstalter Beteiligungen von Unternehmen bestehen, die noch in anderer Weise an der Veranstaltung bundesweiten Fernsehens beteiligt sind. Die KEK bestätigte ihre ständige Spruchpraxis, wonach innerhalb einer Gruppe eine Zurechnung nicht nur von „oben nach unten“, sondern auch in der umgekehrten Richtung stattfindet.¹⁰⁶⁰

Ebenfalls bestätigt hat die KEK ihre ständige Spruchpraxis, wonach die gegenseitige Zurechnung zwischen zwei Unternehmensgruppen nur bei einem gegebenen Verbundtatbestand erfolgen kann. Dies war im Fall n-tv nicht gegeben.¹⁰⁶¹ Hier stellte sich die Frage, ob den beiden zu gemeinschaftlicher Beherrschung von n-tv verbundenen Unternehmensgruppen RTL und AOL Time Warner auch die ihnen außerhalb einer in Bezug auf n-tv geschlossenen Joint-Venture-Agreement-Verbindung zuzurechnenden Programme VIVA, VIVA Plus und CNN einerseits und RTL, RTL II, Super RTL und VOX andererseits wechselseitig zuzurechnen sind. Dies konnte jedenfalls nicht bereits aus § 28 Abs. 1 Satz 3 RStV mit der Begründung hergeleitet werden, dass zwischen den beiden Gruppen ein Verbund bei der gemeinsamen Kontrolle über n-tv hergestellt wird. Eine Verbundklausel, wie sie sich in § 37 Abs. 2 Ziff. 3 Satz 3 GWB findet, enthält der Rundfunkstaatsvertrag nicht. Da es in dem zitierten Fall an einem weitergehenden, auf Beteiligungsbeziehungen beruhenden Verbundtatbestand der beiden Unternehmensgruppen AOL Time

¹⁰⁵⁹ Vgl. Beschluss vom 15.08.2000 i.S. Premiere, Az.: KEK 070, II 2.1.3. Vgl. z.B. auch Beschluss vom 12.08.2003 i.S. DSF, Az.: KEK 179/183, III 2.1.3; Beschluss vom 11.03.2003 i.S. Drittsendezeiten RTL (DCTP), Az.: KEK 159-2, II 4.1.1.1.2.1.

¹⁰⁶⁰ Vgl. Beschluss vom 12.11.2002 i.S. n-tv, Az.: KEK 156-1, III 2.1.2 und 2.1.3.

¹⁰⁶¹ Vgl. Beschluss vom 12.11.2002 i.S. n-tv, Az.: KEK 156-1, III 2.1.4.

Warner und Bertelsmann – außer bei n-tv – fehlte, schied für die KEK eine wechselseitige Zurechnung zwischen den beiden Programmgruppen aus.¹⁰⁶²

2.3.4 Zurechnung nach § 28 Abs. 2 RStV

Nach dieser Vorschrift soll eine Zurechnung der Zuschaueranteile der von einem anderen Unternehmen veranstalteten Programme erfolgen, wenn das Unternehmen – allein oder gemeinsam mit anderen – auf einen Veranstalter einen „vergleichbaren“ Einfluss ausüben kann, das heißt einen Einfluss, der seinem rechtlichen oder wirtschaftlichen Gewicht nach einer Sperrminorität gleichzustellen ist.

Im Verfahren Premiere bejahte die KEK für den Mitgesellschafter BSKyB einen derartigen Einfluss. Obwohl BSKyB nicht unmittelbar an Premiere beteiligt war, sondern erst auf der Stufe der KirchPayTV Gesellschaftsanteile hielt und Vereinbarungen getroffen hatte, sah die KEK die Möglichkeit der Ausübung eines einer Sperrminorität vergleichbaren Einflusses bei der Veranstalterin als gegeben an. In diesem Fall ging der Einfluss in wichtigen Beziehungen sogar darüber noch hinaus.¹⁰⁶³ Auf der höheren Stufe fand die KEK dagegen keine Anhaltspunkte, die einen Verbundtatbestand zwischen BSKyB/News Corp. und der KirchGruppe auf Grundlage von § 28 Abs. 2 RStV begründen konnten.¹⁰⁶⁴

In Prüfverfahren, die die Programmveranstalterin GoldStar TV GmbH & Co. KG betrafen, bejahte die KEK die Zurechnung der Programme Heimatkanal und GoldStar TV zur Plattformbetreiberin Premiere wegen Einflussmöglichkeiten von Premiere auf die Veranstalterin über den der Programmausstrahlung zugrunde liegenden Plattform- und Vermarktungsvertrag. In diesem Fall unterlag die Veranstalterin einem weitgehenden Zustimmungsvorbehalt von Premiere.¹⁰⁶⁵ Bejaht wurde die Zurechnung zur Plattformbetreiberin Premiere auch im Fall Beate Uhse TV gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 RStV ebenfalls aufgrund eines umfassenden programmlichen Zustimmungsvorbehaltes seitens der Plattformbetreiberin.¹⁰⁶⁶

Verneint hat die KEK eine entsprechende Zurechnung in den Verfahren Sci-Fi Channel, MGM Channel, Discovery Channel sowie Studio Universal und 13th Street.¹⁰⁶⁷ In diesen Fällen ergaben sich aus den Regelungen des jeweiligen Plattformvertrages keine Einflussmöglichkeiten von Premiere im Sinne von § 28 Abs. Satz 2 Nr. 2 RStV auf die Veranstalterinnen.

Anlass zu anderer Betrachtung hatte die KEK in den Verfahren, die die Zurechnung zwischen der VIVA Media AG und der AOL-Time-Warner-Gruppe betrafen.¹⁰⁶⁸ Aus einer Vielzahl vertraglicher Verbindungen, die auch mit sehr erheblichen finanziellen Leistungen der AOL-Time-Warner-Gruppe an VIVA Fernsehen verbunden sind, lässt sich ein Einfluss ableiten, der jedenfalls wesentliche Entscheidungen von VIVA Media auch gegenüber ihrer Tochtergesellschaft VIVA Fernsehen – und damit das Programm VIVA betreffend – mit Rücksichtnahme auf die Belange von Gesell-

1062 Vgl. auch Beschluss vom 15. 08. 2000 i. S. Premiere, Az.: KEK 070, III 2.1.7.1, für den Verbund zwischen BSKyB/News Corp. und KirchGruppe.

1063 Vgl. Beschluss vom 15. 08. 2000 i. S. Premiere, Az.: KEK 070, II 2.1.3.1 und 2.1.3.2.

1064 Vgl. a. a. O., III 2.1.7.1 und 2.1.7.2.

1065 Vgl. Beschluss vom 22. 07. 2002 i. S. Heimatkanal, Az.: KEK 148, III 2.1.2, und Beschluss vom 10. 09. 2002 i. S. GoldStar, Az.: KEK 148-1.

1066 Vgl. Beschluss vom 11. 02. 2003 i. S. Beate Uhse TV, Az.: KEK 160, III 2.2

1067 Vgl. Beschlüsse vom 14. 01. 2003 i. S. Sci-Fi Channel (Az.: KEK 161), MGM Channel (Az.: KEK 162), vom 11. 03. 2003 i. S. Discovery Channel (Az.: KEK 164), vom 13. 07. 1999 i. S. Studio Universal (Az.: KEK 044) und vom 16. 02. 1998 i. S. 13th Street (Az.: KEK 013).

1068 Vgl. Beschlüsse i. S. VIVA Plus vom 20. 11. 2001, Az.: KEK 130, III 3.1, und vom 19. 03. 2002, Az.: KEK 139/140, III 2.1.1, II 1.2; Beschluss i. S. VIVA vom 13. 08. 2002, Az.: KEK 152, III 2.1.

schaftern aus der AOL-Time-Warner-Gruppe beeinflusst. Danach war das Programm VIVA der AOL-Time-Warner-Gruppe jedenfalls nach § 28 Abs. 2 Ziff. 2 RStV zuzurechnen.¹⁰⁶⁹

2.4 § 29 RStV: Veränderung von Beteiligungsverhältnissen

Veränderungen von Beteiligungsverhältnissen oder sonstigen Einflüssen beim Veranstalter oder bei beteiligten Unternehmen sind vor ihrem Vollzug nach § 29 RStV schriftlich anzumelden und von der KEK als unbedenklich zu bestätigen. Die Vorschrift des § 29 RStV ist seit ihrer Einführung im Jahr 1997 unverändert geblieben. Auf die Darstellung im 1. Konzentrationsbericht kann daher verwiesen werden.¹⁰⁷⁰ Die Prüfkriterien sind die gleichen wie bei Zulassungsanträgen (vgl. § 29 Abs. 1 Satz 3 RStV), d. h., die KEK prüft nach Maßgabe des § 26 RStV, ob der Veranstalter oder ein beteiligtes Unternehmen vorherrschende Meinungsmacht erlangt. In der Anwendungspraxis haben Beteiligungsveränderungen quantitativ in etwa die gleiche Bedeutung wie Zulassungsfälle.

2.4.1 Umfang der Anmeldepflicht

2.4.1.1 Anmeldepflichtige Veränderungen

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.¹⁰⁷¹ Eine „Vorratsbestätigung“ des Erwerbs von Anteilen bis zu einer bestimmten Höhe ist nicht möglich, da § 29 RStV – anders als das GWB – keine Schwellenwerte für Prüfungstatbestände vorsieht.¹⁰⁷²

Ebenso anmeldepflichtig wie Veränderungen von Beteiligungsverhältnissen durch Anteilsübertragungen sind Verträge über die Ausübung von Stimmrechten, z. B. Stimmbindungs- und Treuhandvereinbarungen.¹⁰⁷³

Die rundfunkrechtlichen Anmeldepflichten gelten für Beteiligungen durch Finanzinvestoren gleichermaßen. Eine neuere Erscheinung ist die Beteiligung von Fonds an Fernsehveranstaltern. Ein Beispiel ist der Erwerb einer mittelbaren Beteiligung in Höhe von insgesamt 65,14 % an der Premiere Fernsehen GmbH & Co. KG durch sechs Fondsgesellschaften der Private-Equity-Beratungsgesellschaft Permira.¹⁰⁷⁴

2.4.1.2 Konzerninterne Umstrukturierung und Wechsel des Zulassungsnehmers

Im Berichtszeitraum wurden (insbesondere bei den Fernseheteiligungen der ehemaligen KirchGruppe) zahlreiche konzerninterne Umstrukturierungen vorgenommen. Zumeist wurden Zwischengesellschaften eingeschoben oder ausgetauscht, die nach ihrem Unternehmenszweck

1069 Die Frage, ob die Zurechnung auf der Stufe der VIVA Media AG nach § 28 Abs. 1 Satz 2 RStV oder nach Satz 1 der Vorschrift zu erfolgen hat, konnte daher offen bleiben.

1070 Vgl. Konzentrationsbericht 2000, Kap. I 4.2.7, S. 69 f., und Kap. IV 2.5, S. 380 ff.

1071 Vgl. z. B. Beschluss vom 11. 06. 2002 i. S. Single TV, Az.: KEK 134, I 1.2; Beschluss vom 13. 05. 2003 i. S. SAT.1, Az.: KEK 173-1, I 1.2 und I 1.6.

1072 Vgl. Beschluss vom 12. 11. 2002 i. S. n-tv, Az.: KEK 156-1, III 5.

1073 Beschluss vom 19. 03. 2002 i. S. VIVA und VIVA Plus, Az.: KEK 139/140.

1074 Beschluss vom 11. 03. 2003 i. S. Premiere, Az.: KEK 166. Ein weiteres Beispiel ist die im Frühjahr 2003 erfolgte Beteiligung der Schroder Investment Management Limited an VIVA, Prüfverfahren Az.: KEK 187.

reine Zwischenholdings darstellten.¹⁰⁷⁵ Der Wegfall von Rechtssubjekten kann auch die gesellschaftsrechtliche Folge von Insolvenzen sein.¹⁰⁷⁶

Durch konzerninterne Umstrukturierungen ändert sich die participationsstruktur; schon deshalb sind sie als „Veränderungen von participationsverhältnissen“ anmeldepflichtig.

Sofern sich durch die Umstrukturierung weder die materiellen participationsverhältnisse (insbesondere die participations der Obergesellschaften) noch die sonstigen einflussmöglichkeiten der beteiligten verändern, ist sie medienkonzentrationsrechtlich ohne belang und bedarf nicht der unbedenklichkeitsbestätigung. Dies ergibt sich aber nicht bereits daraus, dass es sich bei den beteiligten um 100 %ige Tochtergesellschaften eines Konzerns handelt, sondern hängt von den jeweiligen Gesamtumständen, insbesondere der funktion der beteiligten unternehmen, ab. Die entscheidungskompetenz darüber liegt bei der KEK. Zudem dient die vorschrift des § 29 RStV der herstellung von transparenz. bereits aus diesem grund sind konzerninterne participationsveränderungen anmeldepflichtig.¹⁰⁷⁷

Davon zu unterscheiden sind Umstrukturierungen auf der stufe des veranstalters. mehrfach wurden, z. B. aus haftungs- und steuerrechtlichen gründen, 100 %ige Tochtergesellschaften ausgegründet, die die funktion des veranstalters übernehmen sollten.¹⁰⁷⁸ Umgekehrt wurden zur vereinfachung der konzernstruktur veranstalter auf ihre muttergesellschaft verschmolzen.¹⁰⁷⁹ Da diese transaktionen die erteilung einer rundfunkrechtlichen zulassung des neuen veranstalters erforderlich machen, handelt es sich um keine konzerninternen vorgänge. Die rundfunkrechtliche zulassung wird als höchstpersönliche rechtsposition verliehen; sie ist nicht nur von sachlichen, sondern auch von persönlichen voraussetzungen abhängig. Die persönlichen zulassungsvoraussetzungen, insbesondere die abwesenheit vorherrschender meinungsmacht, dienen der sicherung der staatsfreiheit des rundfunks und der vermeidung übermäßiger publizistischer

1075 mehrfach wurde der seitens der Kirch Media GmbH & Co. KGaA beteiligte gesellschaftler an der Junior.TV GmbH & Co. KG ausgetauscht (beschluss vom 13. 08. 2002 i. S. Junior/K-toon, Az.: KEK 145, und prüfverfahren KEK 169, 184). Ebenso wechselten die seitens KirchMedia beteiligten zwischengesellschaften, die ihre indirekten anteile an der ProSiebenSAT.1 Media AG halten, vgl. beschluss vom 13. 05. 2003, Az.: KEK 173-1, I 1. 3. Bei der Unitel Film- und Fernseh-Produktionsgesellschaft mbH & Co. KG, veranstalterin des Pay-TV-Programms CLASSICA, übernahm die Art participations GmbH, eine 100 %ige tochter der bisherigen kommanditistin Kirch participations GmbH & Co. KG, deren anteile, beschluss vom 16. 04. 2002, Az.: KEK 144. Zur vorbereitung einer neuen participationsstruktur von Premiere wurde bei dieser veranstalterin die komplementärgesellschaft ausgetauscht, beschluss vom 11. 03. 2003 i. S. Premiere, Az.: KEK 166.

1076 So scheidet ein gesellschaftler einer kommanditgesellschaft, sofern nicht gesellschaftsvertraglich etwas anderes vereinbart ist, bei insolvenz aus der gesellschaft aus; sofern davon z. B. der letzte kommanditist betroffen ist, geht die KG (im gesetzlichen regelfall) unter; rechtsnachfolgerin wird die verbliebene komplementärin, vgl. beschluss vom 23. 10. 2002 i. S. Premiere, Az.: KEK 155.

1077 Ein veranstalter hat die auffassung vertreten, transaktionen wie verschmelzungen oder ausgliederungen von tochterunternehmen, die eine gesamtrechtsnachfolge durch einen anderen rechtsträger kraft gesetzes zur folge haben, seien nicht anzeigepflichtig. Abgesehen davon, dass dem gesetz kein hinweis darauf zu entnehmen ist, dass participationsveränderungen, die sich „kraft gesetzes“ vollziehen, medienkonzentrationsrechtlich per se unbedenklich sind, betraf diese argumentation gerade auch einen fall, in dem es um den wechsel des zulassungsnehmers und nicht nur um eine konzerninterne participationsveränderung ging.

1078 Beispiele: Ausgründung der Studio Universal GmbH und 13th Street GmbH, beschluss Az.: KEK 073. Die veranstalterin MTV Networks GmbH übertrug ihr vermögen auf die VH-1 Television GmbH & Co. OHG, umbenannt in MTV Networks GmbH & Co. OHG, beschluss i. S. VH-1, VH-1 Classic und MTV, Az.: KEK 114/117, sowie beschluss i. S. MTV Base und MTV Hits, Az.: KEK 137. Ausgliederung des sendebetriebs von VIVA ZWEI von der VIVA Fernsehen GmbH auf die neu gegründete tochtergesellschaft VIVA Plus Fernsehen GmbH, beschluss Az.: KEK 130. Gründung einer betreibergesellschaft TM-TV GmbH & Co. KG für das programm Tele 5 durch die Tele-München Fernseh-GmbH & Co. Produktionsgesellschaft, beschluss Az.: KEK 153.

1079 Z. B. die vormals vier MultiThématiques-Veranstalter auf ihre muttergesellschaft MultiThématiques GmbH, vgl. beschluss vom 09. 07. 2002, Az.: KEK 146.

Machtkonzentration. Die Zulassung ist daher nicht übertragbar, d. h., sie kann weder aufgrund Vertrages noch durch Gesamtrechtsnachfolge auf einen neuen Rechtsträger übergehen.¹⁰⁸⁰ Dies gilt unabhängig von der landesrechtlichen, durch die zuständige Landesmedienanstalt zu entscheidenden Frage, in welcher Form sie den Wechsel des Zulassungsnehmers genehmigt, ob z. B. das jeweilige Landesmediengesetz für Zulassungen aufgrund konzerninterner Transaktionen ein vereinfachtes Verfahren vorsieht.¹⁰⁸¹

2.4.1.3 Börsennotierte Aktiengesellschaften

Mittlerweile sind mehrere börsennotierte Aktiengesellschaften als Gesellschafter an Fernsehveranstaltern beteiligt.¹⁰⁸² Auf den höheren Beteiligungsstufen treten zahlreiche ausländische börsennotierte Gesellschaften auf, deren Beteiligungs- und Einflussverhältnisse häufig schwierig zu ermitteln sind.¹⁰⁸³ Beteiligungsveränderungen bei diesen Beteiligten, auch über den Börsenhandel, sind nach § 29 RStV anzeigepflichtig, sofern sie durch Erwerb, Veräußerung oder anderen Übertragungstatbestand von weniger als 5 % des Kapitals oder der Stimmrechte bewirkt werden und dadurch nicht Beteiligungen von 25 %, 50 % oder 75 % erreicht, überschritten oder unterschritten werden.¹⁰⁸⁴ Dies hat bislang jedoch nicht zu einer „Anzeigenflut“ geführt. Auch sind die Anmeldepflichten den Beteiligten 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.¹⁰⁸⁵

2.4.2 Vollzugsdefizite

Der Rundfunkstaatsvertrag sieht zwar entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben eine präventive Kontrolle von Beteiligungsveränderungen vor; daraus folgt, dass ihr Vollzug vor der Unbedenklichkeitsbestätigung durch die KEK rechtswidrig ist. Das Gesetz enthält jedoch, anders als das GWB, kein ausdrückliches Vollzugsverbot für die kontrollpflichtigen Beteiligungsveränderungen bis zu ihrer Unbedenklichkeitsbestätigung. Auf die Fragwürdigkeit dieser Regelung hat die KEK mehrfach hingewiesen.¹⁰⁸⁶

1080 Ein Absehen vom Erfordernis der Zulassung im Wege einer „großzügigen“ Auslegung des Veranstalterbegriffs wäre nur vertretbar, wenn stets sichergestellt wäre, dass sich bis auf den Wechsel der Identität der Rechtssubjekte keinerlei Änderungen, die die Zulassungsvoraussetzungen betreffen könnten, ergeben haben. Dies kann aber ohne Prüfung des Einzelfalls nicht vorausgesetzt werden.

1081 Zur Verfahrenspraxis einer einzelnen Landesmedienanstalt, solche Anträge als „konzernintern“ der KEK nicht zur medienkonzentrationsrechtlichen Prüfung vorzulegen, vgl. oben Kapitel IV 1.2.1.2.

1082 Beispiele: VIVA Media AG, EM.TV & Merchandising AG, Beate Uhse AG.

1083 S. o. Kap. IV 1.3.4.

1084 Vgl. Richtlinie der KEK nach § 29 Satz 5 RStV zur Ausnahme von der Anmeldepflicht bei Veränderung von Beteiligungsverhältnissen, Ziff. 1. 2.

1085 Beschluss vom 11.02.2003 i.S. Beate Uhse TV, Az.: KEK 160, III; Beschluss vom 19.03.2002 i.S. VIVA, Az.: KEK 139/140, II 1.

1086 Vgl. Konzentrationsbericht 2000, Kapitel IV 2.5.2.3, S. 382.

Erfreulicherweise sind insbesondere die an größeren Fernsehveranstaltern Beteiligten dazu übergegangen, die rechtliche Wirksamkeit des Vollzugs einer Anteilsübertragung unter die aufschiebende Bedingung der medienrechtlichen Freigabe zu stellen.¹⁰⁸⁷

Andere Veranstalter haben dagegen ihre Pflichten nach § 29 RStV bislang nur unzureichend beachtet und Beteiligungsveränderungen erst nachträglich angezeigt, zum Teil geraume Zeit nach ihrem Vollzug und nur auf Nachfrage der KEK, die z. B. durch Pressemeldungen oder im Rahmen der Erstellung der Programmliste von der gesellschaftsrechtlichen Veränderung erfahren hatte (die zusätzlichen Meldepflichten nach § 21 Abs. 6 und Abs. 7 RStV haben insoweit keinerlei praktische Bedeutung).

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.¹⁰⁸⁸ 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.

1087 Beispiele: Beteiligung von RTL an n-tv (Az.: KEK 156, 172/176), Beteiligung von Permira und anderen an Premiere (Az.: KEK 166), Beteiligung der Saban Capital Group an der ProSiebenSAT.1 Media AG (Az.: KEK 173), Beteiligungsveränderungen bei NEUN LIVE (Az.: KEK 149) u. v. m. Beispiele für Beteiligungsveränderungen bei kleineren Veranstaltern, bei denen dies beachtet wurde, sind die Fälle H5B5 GmbH (Az.: KEK 170) und Discovery Channel (Az.: KEK 164).

1088 Vgl. Konzentrationsbericht 2000, Kapitel IV 2.5.2.4 und 2.5.2.7, S. 382 f. Die Reichweite der Anordnung der schwebenden Unwirksamkeit bliebe allerdings wegen des Territorialitätsprinzips auf deutsche Gesellschaften beschränkt.