

Vertikale und diagonale Konzentration am Rundfunkmarkt

I. Problemaufriss

1. Ökonomischer Wettbewerb

Als Folge der Zulassung nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen betriebenen Rundfunks in Deutschland vor gut zwanzig Jahren hat sich in Deutschland ein Rundfunkmarkt entwickelt.¹ Auf diesem Markt bieten Privatunternehmen Dienstleistungen an: Da die Programme vorrangig durch Werbung finanziert werden, steht ökonomisch betrachtet die Vermittlung von Werbekontakten als auf dem Markt gehandeltes Gut im Vordergrund. An diesem Marktgeschehen sind auch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten beteiligt, weil sie sich zum Teil ebenfalls durch den Verkauf von Sendezeit für Werbung oder Sponsoring finanzieren.² Unter dem Blickwinkel der Konzentration kann der öffentlich-rechtliche Rundfunk allerdings zunächst einmal außer Betracht bleiben. Anders als im Sparkassenrecht stellt sich bislang nicht die Frage, ob Privatunternehmen öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten übernehmen dürfen.³ Wirtschaftlich betrachtet existiert nach richtiger Auffassung kein Fernseh Zuschauermarkt. Zwischen Veranstaltern und Zuschauern findet ein wirtschaftlicher Austausch nicht statt.⁴ Das kann sich erst ändern, wenn Zuschauer in größerem Umfang an Veranstalter ein Entgelt zahlen müssen, um das Gesamtprogramm oder einzelne Beiträge sehen zu dürfen.⁵

Unter den privaten Teilnehmern am Fernsehmarkt hat sich in der Vergangenheit ein beträchtlicher horizontaler Konzentrationsprozess vollzogen. Als Ergebnis stehen sich zwei große Senderfamilien gegenüber: die RTL-Sendergruppe und die ProSiebenSat.1 Media AG. Beide verfügen nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes über einen seit Jahren konstanten Marktanteil von je ungefähr 40 Prozent.⁶ Wesentlicher Wettbewerb durch Außenseiter besteht nicht. Beide Gruppen verfolgen bei der Vermark-

¹ P. Badura, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, C Rn. 68 f.; Th. Vesting, in: W. Hahn/Th. Vesting (Hg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, Einl. Rn. 34.

² M. Libertus, in: W. Hahn/Th. Vesting (Hg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 12 RSrV Rn. 51 ff.

³ Dazu etwa Th. Koch, Kommunale Finanzkrise und Verkauf kommunaler Sparkassen, NVwZ 2004, 578 ff.; H. Meyer, Stralsund und das Sparkassenrecht, NJW 2004, 1700 ff.

⁴ Bundeskartellamt, Beschluss vom 19. 1. 2006, Az. B 6-92202-Fa-103/05, S. 23, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de>.

⁵ Zum Pay-TV A. Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, S. 55.

⁶ Bundeskartellamt, Beschluss vom 19. 1. 2006, Az. B 6-92202-Fa-103/05 (Fn. 4), S. 26.

tung der Werbezeiten weitestgehend parallele Interessen. Das zeigt sich an den annähernd gleichen Preis- und Rabattstrukturen. Sie bringen das erhebliche Interesse beider Veranstaltergruppen an einem wettbewerbsbeschränkenden Parallelverhalten zum Ausdruck. Damit bilden beide auf dem Fernsehwerbemarkt ein klassisches, „wettbewerbsloses“ Duopol (§ 19 Abs. 2 Satz 2 GWB).⁷ Horizontale Zusammenschlüsse mit anderen Veranstaltern von Fernsehprogrammen, die sich durch Werbung finanzieren, sind damit kartellrechtlich nicht mehr zulässig, weil sie die von jeder der beiden Veranstaltergruppen bereits erreichte marktbeherrschende Stellung verstärken würde. Der Nachweis, dass durch einen Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktdominanz überwiegen würden, wie ihn § 36 Abs. 1 Halbs. 2 GWB erlaubt, dürfte sich in der Praxis nicht führen lassen.⁸

Diese Umstände legen für die Veranstaltergruppen die Strategie nahe, ihr Wachstum auf „verwandten“ Märkten zu suchen. Die diagonale Konzentration zwischen privatem Rundfunk und Presse ist in Deutschland nicht neu. Sie hat sich an dem starken Einfluss gezeigt, den Presseunternehmen von Anfang an auf den privaten Rundfunk ausgeübt haben. Die so genannte „cross-ownership“ ermöglicht die publizistische „cross-promotion“: In einem Medium kann für konkurrenzfähige Produkte in einem anderen Medium mehr oder weniger dezent geworben werden – häufig in Gestalt einer scheinbar neutralen Berichterstattung, die zumindest nicht sofort als Werbung zu erkennen ist.⁹ Das kann sich sowohl auf den Absatz von Printmedien günstig auswirken als auch die eigene Position am Fernsehwerbemarkt verstärken. Vertikale Konzentration erstreckt sich auf die wirtschaftliche Verbindung von Rundfunkveranstaltern mit Produktionsfirmen, Inhabern von Film- und Sportübertragungsrechten und Eigentümern von Programmzeitschriften und von Übertragungswegen.¹⁰

2. Sicherung der Meinungsvielfalt

Die Konzentration auf dem Rundfunkmarkt ist aber keineswegs nur ein Problem der Verhütung des Missbrauchs einer wirtschaftlichen Machtstellung, wie sie in der sozialen Marktwirtschaft allgemein von Nöten ist. Bedroht ist vielmehr auch die Meinungsvielfalt.¹¹ Sie kann nur entstehen, wenn der Marktplatz der Meinungen nicht durch die Herausbildung einer vorherrschenden Meinungsmacht seiner Funktion beraubt wird. Die offene Gesellschaft der parlamentarischen Demokratie ist auf den freien Austausch von Meinungen in der öffentlichen Diskussion zwingend angewie-

⁷ Ebd., S. 31.

⁸ Zum Beweis der Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen *E.-J. Mestmäcker/W. Veelken*, in: *U. Immenga / E.-J. Mestmäcker* (Hg.), *GWb*, 3. Aufl. 2001, § 36 *GWb* Rn. 307.

⁹ *M. Bohne*, Cross-mediale Effekte in der Fusionskontrolle, *wrp* 2006, 540, 544.

¹⁰ *V. Janik*, Kapitulation vor der eingetretenen Konzentration?, *AfP* 2002, 104, 108; *H. H. Trute*, in: *W. Hahn/Th. Vesting* (Hg.), *Kommentar zum Rundfunkrecht*, 2003, § 26 *RStV* Rn. 4.

¹¹ *H. Rossen-Stadtfeld*, in: *W. Hahn/Th. Vesting* (Hg.), *Kommentar zum Rundfunkrecht*, 2003, § 25 *RStV* Rn. 2, 26 ff.

sen. Das betrifft keineswegs nur, aber doch ganz vorrangig, die Bildung der öffentlichen Meinung über die Angelegenheiten der res publica.¹² Meinungsvielfalt muss vor allem in politischer Hinsicht im weitesten Sinne gesichert werden. Dem Rundfunk kommt für die Bildung der öffentlichen Meinung auch in der Zeit des Internet und der Wissensgesellschaft neben der Presse immer noch eine herausragende Bedeutung zu. Zwar wächst der Anteil, den Foren, Blogs, Chatrooms und andere Institutionen des Internet an der Prägung der öffentlichen Meinung haben.¹³ Das ändert aber nichts daran, dass die konstituierende Bedeutung der klassischen Massenmedien für die öffentliche Meinung fortbesteht.¹⁴ Den politischen Diskurs prägen die Themen, die in den großen Zeitungen und im Rundfunk behandelt werden. Zwar sind auch die Journalisten, spin doctors und Meinungsmacher nicht frei in der Wahl ihrer Themen. Sie müssen den Erwartungshorizont ihrer Adressaten berücksichtigen und werden auch aus dem Publikum mit Gegenständen des öffentlichen Interesses konfrontiert. Der Markt der Meinungen kennt tonangebende Verkäufer und kleine Nischenanbieter. Die Marktteilnehmer müssen dafür Sorge tragen, dass Angebot und Nachfrage einander entsprechen. Das setzt publizistischen Wettbewerb und damit Meinungsvielfalt voraus. Ein monopolisierter Meinungsmarkt könnte die Verschiedenheit der Auffassungen und dahinter stehender Überzeugungen oder Interessen nicht widerspiegeln. Gerade repräsentative Demokratie ist darauf angewiesen, dass die öffentliche und die veröffentlichte Meinung sich frei bilden können.¹⁵ Erst die Kenntnis der öffentlichen Meinung ermöglicht es, dass die Repräsentanten des Volkes dessen Willen präsent machen.

Diese Aufgabe kann nicht etwa der öffentlich-rechtliche Rundfunk allein erfüllen. Seine Grundversorgung ist wesentlicher und unverzichtbarer Bestandteil der freien Meinungsbildung in Deutschland.¹⁶ Privater Rundfunk kann auf Grund seiner Ausrichtung auf die Bedürfnisse der Werbemärkte die Grundversorgungsaufgabe nicht in gleichem Maße erfüllen wie sein öffentlich-rechtlicher Konterpart.¹⁷ Eine übermäßige Konzentration auf dem privaten Rundfunkmarkt reichte aber schon aus, um ein Marktversagen herbeizuführen. Das duale System des Rundfunks in Deutschland kann seine Aufgabe nur erfüllen, wenn sowohl der öffentlich-rechtliche als auch der private Rundfunk je für sich und gemeinsam Meinungsvielfalt sichern. Ist das auf einer Seite nicht mehr gewährleistet, drohen Verzerrungen im Prozess der Bildung der öffentlichen Meinung. Es entsteht eine Schiefelage.¹⁸ Das gilt vor allem, weil der öffentlich-rechtliche Rundfunk eine konzentrationsbedingte Beeinträchtigung der Mei-

¹² P. Badura, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, D 17; M. Kloepfer, Öffentliche Meinung, Massenmedien, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 3, 3. Aufl. 2005, § 42 Rn. 23.

¹³ M. Bullinger, Von presseferner zu pressenaher Rundfunkfreiheit, JZ 2006, 1137 ff.

¹⁴ S. D. Grimm, Medien, Sp. 1498 ff., in: W. Heun/M. Honecker/M. Morlok/J. Wieland, Evangelisches Staatslexikon, 2006.

¹⁵ P. Badura, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, D 17; R. Ricker/P. Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, S. 295.

¹⁶ BVerfGE 74, 297, 323 f. – 5. Rundfunkentscheidung –, R. Zippelius/Th. Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl. 2005, S. 245.

¹⁷ A. Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, S. 127 f.

¹⁸ S. BVerfGE 73, 118, 159 f. – 4. Rundfunkentscheidung –, H. H. Trute, in: W. Hahn/Th. Vesting (Hg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 26 RStV Rn. 7.

nungsvielfalt nicht etwa durch eine spiegelbildliche Verzerrung auszugleichen versuchen dürfte, sondern in seinen Programmen für sich genommen der Gewährleistung der Meinungsvielfalt verpflichtet bliebe.

II. Verfassungsrechtliche Grundlegung

1. Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG)

Die Vorgaben der Verfassung setzen bei diesen tatsächlichen Gegebenheiten an. Mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und insbesondere den Vorschriften des Siebten Abschnitts über die Zusammenschlusskontrolle hat der Bundesgesetzgeber die ihm durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG zugewiesene Kompetenz ausgefüllt, den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellung zu verhüten.¹⁹ Das Bundeskartellamt und die Kartellbehörden der Länder sorgen in der Ausübung der ihnen gesetzlich zugewiesenen Kompetenzen dafür, dass es auch im Rundfunkmarkt nicht zu einem Machtmissbrauch kommt. Damit werden parlamentarische Demokratie und sozialer Rechtsstaat im Sinne von Art. 20 GG ermöglicht und gewährleistet.²⁰

2. Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG)

Die Aufgabe der Sicherung der Meinungsvielfalt im Rundfunk weist das Grundgesetz in Art. 30 und 70 den Ländern zu. Inhaltlich angeleitet werden die Länder durch die Gewährleistung der Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Das Bundesverfassungsgericht versteht diese Gewährleistung zu Recht als „dienende Freiheit“. Sie zielt nicht auf die freie Entfaltung eines Einzelnen als Rundfunkveranstalter oder Journalist, sondern auf die Freiheit des Rundfunks als Medium und Faktor der Meinungsbildung.²¹ Die Länder müssen eine positive gesetzliche Ordnung schaffen, die Meinungsvielfalt sichert. Rundfunk darf nicht dem Markt und damit gegebenenfalls dem Marktversagen als Folge von Konzentrationsprozessen überlassen werden. Der Gesetzgeber muss gewährleisten, dass für alle Meinungsrichtungen – auch wenn sie nur von einer Minderheit vertreten werden – die Möglichkeit besteht, im privaten Rundfunk zum Ausdruck zu kommen.²² Verhindert werden muss ein einseitiger, in hohem Maße ungleichgewichtiger Einfluss einzelner Veranstalter

¹⁹ *Cb. Degenhart*, Art. 74 Rn. 59, in: *M. Sachs* (Hg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003; *R. Stettner*, in: *H. Dreier* (Hg.), Grundgesetz, Band 2, 2. Aufl. 2006, Art. 74 Rn. 78.

²⁰ Vgl. *E.-J. Mestmäcker/W. Veelken*, in: *U. Immenga/E.-J. Mestmäcker* (Hg.), GWB, 3. Aufl. 2001, vor § 35 GWB Rn. 64 f.

²¹ BVerfGE 57, 295, 319 f. – 3. Rundfunkentscheidung –; *H. Bethge*, in: *M. Sachs* (Hg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 5 Rn. 93; *H. Schulze-Fielitz*, in: *H. Dreier* (Hg.), Grundgesetz, Band 1, 2. Aufl. 2004, Art. 5 I, II Rn. 107; *R. Zippelius/Th. Würtzberger*, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl. 2005, S. 243 f.

²² BVerfGE 73, 118, 160 – 4. Rundfunkentscheidung –; s. ferner *H. Schulze-Fielitz*, in: *H. Dreier* (Hg.), Grundgesetz, Band 1, 2. Aufl. 2004, Art. 5 I, II Rn. 234.

oder Programme auf die Bildung der öffentlichen Meinung. Das ist Aufgabe der staatlichen Zulassung und Aufsicht. Die Vielfaltsicherung hat nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch nach Etablierung des privaten Rundfunks ihre Bedeutung nicht verloren. Vielmehr lasse „die vertikale Verflechtung von Rundfunkveranstaltern mit Produktionsfirmen, Inhabern von Film- und Sportübertragungsrechten und Eigentümern von (Programm-)Zeitschriften sowie die Privatisierung der Übertragungswege eine Berücksichtigung nach wie vor dringlich“²³ erscheinen. Das gilt umso mehr, „als sich einmal eingetretene Fehlentwicklungen wegen des dadurch entstehenden, auch politisch einsetzbaren Einflusses nur schwer rückgängig machen lassen“²⁴. Diagonale und vertikale Konzentration bedrohen also die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk. Die Verfassung hält den Gesetzgeber an, den Gefahren für die Meinungsvielfalt entgegenzuwirken.

3. Umsetzung in § 26 RStV

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben setzt der „Sicherung der Meinungsvielfalt“ überschriebene zweite Unterabschnitt des dritten Abschnitts des Rundfunkstaatsvertrages um, der die „Vorschriften für den privaten Rundfunk“ enthält.²⁵ Danach ist im privaten Rundfunk nicht nur inhaltlich die Vielfalt der Meinungen im Wesentlichen zum Ausdruck zu bringen (§ 25 Abs. 1 Satz 1 RStV). Vor allem darf auch ein einzelnes Programm die Bildung der öffentlichen Meinung nicht in hohem Maße ungleichgewichtig beeinflussen (§ 25 Abs. 2 RStV). Speziell die Meinungsvielfalt im Fernsehen wird dadurch gewährleistet, dass das Recht eines Unternehmens, bundesweit im Fernsehen eine unbegrenzte Anzahl von Programmen zu veranstalten, dort seine Schranke findet, wo es dadurch „vorherrschende Meinungsmacht“ erlangt (§ 26 Abs. 1 RStV). Eine „vorherrschende Meinungsmacht“ wird bei einem Zuschaueranteil von 30 vom Hundert im Durchschnitt eines Jahres vermutet (§ 26 Abs. 2 Satz 1 RStV). Die Vermutung greift schon bei einem Zuschaueranteil 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 Medieneinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 vom Hundert im Fernsehen entspricht“ (§ 26 Abs. 2 Satz 2 RStV). Diese Schwellenwerte sind offenbar bewusst so hoch angesetzt, dass sie für die Praxis keine Beeinträchtigung der Position der beiden großen privaten Sendergruppen befürchten ließen.²⁶ So schien es jedenfalls.

²³ BVerfGE 95, 163, 173 – DSF –.

²⁴ Ebd.

²⁵ Th. von Danwitz, Die Sicherung der Meinungsvielfalt im Privatfernsehen nach der Kirch-Pleite, ZUM 2002, 769, 772 f.

²⁶ R. Hartstein/W.-D. Ring/J. Kreile/D. Dörr, Rundfunkstaatsvertrag, Loseblatt, Stand der Bearbeitung: Juli 2004, § 26 Rn. 1; A. Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, S. 77.

III. Diagonale Konzentration

Der Schein trog. Das zeigen die Entscheidungen der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) vom 10. Januar 2006 und des Bundeskartellamtes vom 24. Januar 2006 im Fall Springer/ProSiebenSat.1.

1. Entscheidung der KEK

a) Wesentliche Entscheidungsgründe

Nach Auffassung der KEK hätte die Übernahme der ProSiebenSat.1 Medien AG durch die Axel Springer AG vorherrschende Meinungsmacht begründet. Die überraschende Stellung der Axel Springer AG im Bereich der Tagespresse führe bei einer Übernahme zu einem Meinungseinfluss, der einem Zuschaueranteil von über 42 Prozent im bundesweiten Fernsehen entspräche.²⁷ Zwar würden die Schwellenwerte des Rundfunkstaatsvertrags in Höhe von 25 bzw. 30 Prozent bei dem aktuellen Zuschaueranteil der ProSiebenSat.1 AG in Höhe von 22 Prozent nicht erreicht. Auch eine Kumulation der Einflusspotenziale von Fernsehen und anderen Medienaktivitäten vermöge jedoch vorherrschende Meinungsmacht zu begründen und damit Meinungsvielfalt zu gefährden. Aus Suggestivkraft, Breitenwirkung und Aktualität der Tagespresse ergebe sich ein potenzieller Meinungseinfluss der Tagespresse, den die KEK mit Zweidrittel im Verhältnis zum bundesweiten Fernsehen bewerte.²⁸ Der Anteil der Axel Springer AG am Gesamtmarkt der deutschen Tagespresse in Höhe von 26 Prozent entspreche somit einem Zuschaueranteil von ca. 17 Prozent.²⁹ Die starke Stellung der Axel Springer AG bei den Programmzeitschriften und das Gemeinschaftsunternehmen Bild.T-Online erhöhten die potenzielle Meinungsmacht des geplanten integrierten Presse- und Fernsehkonzerns weiter.³⁰ Selbst wenn man die Regionalfensterprogramme von SAT.1 – die nicht die Voraussetzungen des Rundfunkstaatsvertrags für vielfaltverstärkende Umstände erfüllten (§ 25 Abs. 4 Satz 2 – 5 RStV) – und die Einräumung von Sendezeit für unabhängige Dritte im Programm von SAT.1 mit 5 Prozentpunkten berücksichtigen wollte (entsprechend § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV), führte das die potenzielle Meinungsmacht des geplanten Konzerns nicht auf ein unbedenkliches Maß zurück.³¹ Schließlich sei auch eine „Neutralisierung“ der Meinungsmacht von ProSieben oder Sat.1 durch einen Programmbeirat abgelehnt worden.³²

²⁷ KEK, Beschluss vom 10. 1. 2006, Az. KEK 293-1 bis 5, S. 102, abrufbar unter: <http://www.kek-online.de>.

²⁸ Ebd., S. 89 f.

²⁹ Ebd., S. 91.

³⁰ Ebd., S. 94.

³¹ Ebd., S. 102.

³² Ebd., S. 107.

b) Kritik der Literatur

Diese Entscheidung der KEK ist in der Literatur kritisch begleitet worden. Engel und Holznagel haben begleitend zum Verfahren der KEK in Rechtsgutachten für die Axel Springer AG zur Interpretation des Rundfunkstaatsvertrags Stellung genommen. Nach Auffassung von Engel soll § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV „mit verbindlicher Wirkung den Typus“ definieren, der für die Praxis bestimmend sei, zugleich aber eine Aussage zur objektiven Beweislast enthalte.³³ Holznagel interpretiert in Anlehnung an strafrechtliche Regelungstechniken die Vermutungen des § 26 Abs. 2 RStV als Regelbeispiele. Nur wenn die vom Gesetzgeber vorgegebene Eingriffsschwelle von 25 Prozent, die er als Grenze des regelmäßig unbedenklichen Zuschaueranteils definiert habe, offensichtlich unangemessen sei, könne das Verbot der Begründung einer vorherrschenden Meinungsmacht in § 26 Abs. 1 RStV „im Rahmen einer Gesamtabwägung auch bei Unterschreitung der Schwellenwerte Anwendung finden.“³⁴ Nach Säckers Auffassung lässt die von der KEK angestrebte Lösung die wirtschaftlichen Interessen der Eigentümer eines Fernsehsenders außer Betracht.³⁵ Der Justiziar der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien Bornemann hält den Zusammenschluss sogar für „offensichtlich unbedenklich“.³⁶ Er knüpft insoweit an einen Beschluss der Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten vom 7. März 2006 an.³⁷ Danach soll die von der KEK angewandte Bewertung der Stellung der Axel Springer AG auf medienverwandten Märkten „sowohl hinsichtlich der Abgrenzung der medienrelevanten Märkte als auch hinsichtlich der Gewichtung in sich nicht schlüssig“ sein und „einer rechtlichen Bewertung“ nicht standhalten.³⁸

c) Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht

aa) Regelung des § 26 RStV

Diese Bewertungen halten einer genaueren Analyse nicht stand. Sie hat von § 26 RStV auszugehen. Er zielt ausweislich seiner amtlichen Überschrift auf die Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen.³⁹ Mittel zur Erreichung des Ziels ist eine Begren-

³³ Ch. Engel, Zuschaueranteile in der publizistischen Konzentrationskontrolle, Rechtsgutachten vom 18.8.2005, S. 9 ff., abrufbar unter: <http://www.kek-online.de>.

³⁴ B. Holznagel, Rechtsgutachten zur Auslegung des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV, Juli 2005, S. 30 f., abrufbar unter: <http://www.kek-online.de>; s. auch B. Holznagel/D. Krone, Wie frei ist die KEK? Ein Beitrag zur Auslegung des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV, MMR 2005, 666, 673.

³⁵ F. J. Säcker, Zur Ablehnung des Zusammenschlussvorhabens Axel Springer AG/ProSiebenSat.1 Media AG durch KEK und Bundeskartellamt, K&R 2006, 49, 51 f.

³⁶ R. Bornemann, Wie die KEK gefühlte Meinungsmacht in eine Eingriffskompetenz umrechnet, MMR 2006, 275, 279; s. auch ders., Die Bedeutung der „starken Stellung“ in der Medienkonzentrationskontrolle, ZUM 2006, 200 ff.

³⁷ Abrufbar als Pressemitteilung 2/06 v. 7.3.2006 unter <http://www.alm.de>; kritisch zu dem Beschluss der KDLM K.-E. Hain, Springer, ProSiebenSat.1 und die KEK – eine Nachlese, K&R 2006, 150, 155.

³⁸ R. Bornemann, Wie die KEK gefühlte Meinungsmacht in eine Eingriffskompetenz umrechnet, MMR 2006, 275, 277 m. Fn. 20.

³⁹ R. Hartstein/W.-D. Ring/J. Kreile/D. Dörr, Rundfunkstaatsvertrag, Loseblatt, Stand der Bearbeitung: Juli 2004, § 26 Rn. 1; H. H. Trute, in: W. Hahn/Th. Vesting (Hg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 26 RStV Rn. 1.

zung der Unternehmen grundsätzlich gewährten Erlaubnis, bundesweit im Fernsehen eine unbegrenzte Anzahl von Programmen zu veranstalten. Diese Erlaubnis findet ihre Grenze dort, wo ein Unternehmen durch die Programmveranstaltung vorherrschende Meinungsmacht „nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen“ erlangt. Die Regelungstechnik ist eindeutig: Den Grundsatz bildet die Erlaubnis zur Veranstaltung von bundesweiten Fernsehprogrammen. Die Einschränkung der Erlaubnis zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht, die verfassungsrechtlich geboten ist, wird als Ausnahme mit den Worten „es sei denn“ formuliert.⁴⁰ Das hat Folgen für den Fall, dass sich auch mit den Mitteln der Amtsermittlung, die für dieses wie für andere Verwaltungsverfahren vorgegeben ist (§ 24 VwVfG),⁴¹ das Erlangen vorherrschender Meinungsmacht von der zuständigen Behörde nicht belegen lässt. Bei einem „non liquet“ gilt die generelle Erlaubnis.

Aus Gründen der verfassungsrechtlich zwingend vorgegebenen Sicherung der Meinungsvielfalt bedarf diese Regelung eines Gegengewichts. Das findet sich in den nachfolgenden Vermutungen des § 26 Abs. 2 Sätze 1 und 2 RStV. Sie kehren die Auflösung des „non liquet“ gleichsam um:⁴² Werden die Schwellenwerte von 30 bzw. 25 Prozent – bei einer marktbeherrschenden Stellung auf einem medienrelevanten verwandten Markt – des Zuschaueranteils erreicht, wird vorherrschende Meinungsmacht vermutet. Es handelt sich um eine widerlegliche Vermutung.⁴³ Sie befreit die Verwaltung nicht von der Pflicht zur Amtsermittlung. Ergibt die jedoch kein hinreichend belastbares Ergebnis, ist der Erlaubnistatbestand nicht gegeben.⁴⁴ Werden die Schwellenwerte nicht erreicht, wird die Vermutungswirkung nicht ausgelöst. Es gilt dann weiter das Regel-Ausnahmeverhältnis des § 26 Abs. 1 RStV.⁴⁵ Für Regelbeispiele oder Soll-Vorschriften enthält § 26 Abs. 2 RStV weder in seinem Wortlaut einen Anhaltspunkt, noch ist sonst eine Grundlage für eine solche Interpretation zu Lasten der Meinungsvielfalt ersichtlich.

bb) Problemadäquanz der Regelung

Die Schwellenwerte begründen bei Überschreiten zwar eine Vermutung vorherrschender Meinungsmacht. Ihre Unterschreitung erlaubt aber nicht etwa beliebige

⁴⁰ R. Hartstein/W.-D. Ring/J. Kreile/D. Dörr, Rundfunkstaatsvertrag, Loseblatt, Stand der Bearbeitung: Juli 2004, § 26 Rn. 8; H. H. Trute, in: W. Hahn/Th. Vesting (Hg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 26 RStV Rn. 24.

⁴¹ Zum Problem der Beweislast im Verwaltungsverfahren W. Clausen, in: H. J. Knack (Begr.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2004, § 24 Rn. 17.

⁴² Vgl. G. Gounalakis/G. Zagouras, Crossmedia Konzentration und multimediale Meinungsmacht, AfP 2006, 93, 94 f.; V. Janik, Kapitulation vor der eingetretenen Konzentration?, AfP 2002, 104, 109.

⁴³ Th. von Danwitz, Die Sicherung der Meinungsvielfalt im Privatfernsehen nach der Kirch-Pleite, ZUM 2002, 769, 773; R. Hartstein/W.-D. Ring/J. Kreile/D. Dörr, Rundfunkstaatsvertrag, Loseblatt, Stand der Bearbeitung: Juli 2004, § 26 Rn. 8; H. H. Trute, in: W. Hahn/Th. Vesting (Hg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 26 RStV Rn. 36 f., 42; siehe auch zu § 26 die amtliche Begründung zum Dritten Rundfunkänderungsstaatsvertrag.

⁴⁴ G. Gounalakis/G. Zagouras, Crossmedia Konzentration und multimediale Meinungsmacht, AfP 2006, 93, 94 f.; vgl. H. H. Trute, in: W. Hahn/Th. Vesting (Hg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 26 RStV Rn. 37, 42.

⁴⁵ Th. von Danwitz, Die Sicherung der Meinungsvielfalt im Privatfernsehen nach der Kirch-Pleite, ZUM 2002, 769, 771; H. H. Trute, in: W. Hahn/Th. Vesting (Hg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 26 RStV Rn. 37, 37.

sonstige Einschränkungen der Meinungsvielfalt. Vielmehr regelt der Rundfunkstaatsvertrag in § 26 Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich, dass eine marktbeherrschende Stellung auf einem medienrelevanten verwandten Markt Zuschaueranteilen gleichwertig ist und mit ihnen zusammengerechnet werden kann. Da Ziel der Vorschrift die verfassungsgebundene Sicherung der Meinungsvielfalt ist, wäre jede andere Regelung nicht nur überraschend, sondern ungeeignet, das Ziel zu erreichen. Angesichts der Komplexität des Tatbestandes vorherrschender Meinungsmacht wäre eine Beschränkung der gesetzlichen Regelung auf abschließende Werte von Zuschaueranteilen, die trennscharf zwischen vorherrschender und nicht vorherrschender Meinungsmacht abgrenzten, unterkomplex.⁴⁶ Die im Rundfunkstaatsvertrag gewählte Lösung, einer unabhängigen, sachverständigen Kommission die Ermittlung des unbestimmten Tatbestandes vorherrschender Meinungsmacht zu übertragen, ist der Eigenart des Tatbestandes aus grundrechtlicher Sicht angemessen.⁴⁷ Sie entspricht der Regelung in strukturell vergleichbaren Konstellationen. Genannt sei hier nur der Jugendschutz.⁴⁸ Gerade die verfassungsgebundene Staatsfreiheit des Rundfunks lässt eine derartige Lösung als grundrechtsadäquat erscheinen. Wann vorherrschende Meinungsmacht die Meinungsvielfalt gefährdet, kann nicht der Gesetzgeber enumerativ festlegen, weil die Konstellationen durchaus unterschiedlich sein können. Der Weg über eine sachgerechte Regelung von Zuständigkeit und Verfahren der Verwaltung, verbunden mit der Überantwortung der Bewertung des Sachverhalts an ein unabhängiges, mit besonderer Sachkunde ausgestattetes Gremium, ist der Komplexität des Regelungsgegenstandes angemessen und geeignet, die für den demokratischen Rechtsstaat unverzichtbare Meinungsvielfalt zu sichern.⁴⁹

2. Entscheidung des Bundeskartellamtes

a) Wesentliche Entscheidungsgründe

Auch die Entscheidung des Bundeskartellamtes ist in der Literatur heftig kritisiert worden. Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss untersagt, weil er zu einer nicht genehmigungsfähigen Marktmacht auf dem Fernsehwerbemarkt, dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen und dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Zeitungen führe: Auf dem Fernsehwerbemarkt werde das bereits erwähnte „wettbewerbslose Duopol“ von Bertelsmann und ProSiebenSat.1 durch neue Verflechtungen

⁴⁶ S. auch H. H. Trute, in: W. Hahn/Th. Vesting (Hg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 26 RStV Rn. 31; s. ferner BVerfGE 73, 118, 159 – 4. Rundfunkentscheidung –: „Gleichgewichtige Meinungsvielfalt lässt sich, wie gezeigt, nicht als meßbare, exakt zu bestimmende Größe verstehen.“

⁴⁷ Vgl. K.-E. Hain, Springer, ProSiebenSat.1 und die KEK – eine Nachlese, K&R 2006, 150, 155; H. H. Trute, in: W. Hahn/Th. Vesting (Hg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 26 RStV Rn. 81; kritisch Ch. Degenhart, Rundfunkrecht in der Entwicklung, K&R 2007, 1, 7.

⁴⁸ §§ 17 ff. Jugendschutzgesetz – Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien –.

⁴⁹ S. generell zu der Beteiligung gemischter Gremien im staatlichen Entscheidungsprozess A. Voßkuhle, Sachverständige Beratung des Staates, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 3, 3. Aufl. 2005, § 43 Rn. 33.

und den Wegfall der Randsubstitution durch die BILD-Zeitung verstärkt.⁵⁰ Deren Stellung auf dem Lesermarkt von Straßenverkaufszeitungen, die mit ca. 80 Prozent bereits marktbeherrschend sei,⁵¹ werde durch die Möglichkeit crossmedialer Promotion weiter abgesichert.⁵² Schließlich würde der Zusammenschluss auch die mit 40 Prozent Marktanteil bereits überragende Marktstellung der Axel Springer AG auf dem Anzeigenmarkt für Zeitungen dadurch weiter ausbauen, dass crossmediale Werbekampagnen für Dritte geschaltet werden könnten.⁵³ Diese Gründe erscheinen plausibel und rechtfertigen die kartellrechtliche Versagung der Zusammenschlussgenehmigung.

b) Gleichklang Kartellrecht und Medienrecht

Kartellrechtliche und medienrechtliche Beurteilung stellen also zwar auf jeweils eigene Kriterien ab, kommen aber zum gleichen Ergebnis: Meinungsvielfalt und freier Wettbewerb werden gefährdet, wenn betriebswirtschaftlich durchaus einleuchtende Synergieeffekte durch den Zusammenschluss von Unternehmen genutzt werden sollen, die auf dem Fernsehmarkt bzw. dem Pressemarkt bereits über eine herausragende Stellung verfügen. Unternehmerische Freiheit ist zwar grundrechtlich geschützt und wird im Kartell- wie im Medienrecht respektiert. Sie stößt aber dort auf Grenzen, wo sie einen Missbrauch wirtschaftlicher Macht zu Lasten des für eine soziale Marktwirtschaft konstitutiven freien Wettbewerbs oder vorherrschende Meinungsmacht zu Lasten der für einen demokratischen Rechtsstaat konstitutiven Meinungsvielfalt begründen würde.⁵⁴ Hier ist der Staat von Verfassungen wegen gefordert, die Freiheit der anderen Marktteilnehmer und die Funktionsfähigkeit des Marktplatzes der Meinungen gegen eine diagonale Konzentration im Rundfunk zu sichern.⁵⁵

IV. Vertikale Konzentration

Vergleichbares gilt für die vertikale Konzentration im Rundfunkmarkt. Die Verflechtung von Rundfunkveranstaltern mit Produktionsfirmen oder Unternehmen, die über Filmrechte oder Rechte zur Übertragung von für das Publikum attraktiven Sportveranstaltungen verfügen, kann ebenfalls den freien Wettbewerb und die Meinungsvielfalt beeinträchtigen.⁵⁶ Wenn der Zugriff auf wichtige Inhalte des Rundfunkprogramms bei einem marktbeherrschenden Unternehmen, das auch Rundfunk veranstaltet, konzentriert ist, wird der Wettbewerb um diese Programminhalte zwischen den Veranstaltern zumindest behindert, im schlechtesten Falle ausgeschlossen; die

⁵⁰ Bundeskartellamt, Beschluss vom 19. 1. 2006, Az. B 6-92202-Fa-103/05 (Fn. 4), S. 38-40.

⁵¹ Ebd., S. 42 f.

⁵² Ebd., S. 58.

⁵³ Ebd., S. 62 f.

⁵⁴ H. H. Trute, in: W. Hahn/Th. Vesting (Hg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 26 RStV Rn. 7.

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 73, 118, 160 - 4. Rundfunkentscheidung -.

⁵⁶ H. H. Trute, in: W. Hahn/Th. Vesting (Hg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 26 RStV Rn. 4.

Meinungsvielfalt ist nicht mehr gesichert. Ähnliche Wirkungen können von einem Rundfunkveranstalter ausgehen, der zugleich über erhebliche Marktmacht bei Programmzeitschriften verfügt. Er kann die freie Programmwahl der Fernsehzuschauer und Rundfunkhörer beeinflussen.⁵⁷ Auch so kann vorherrschende Meinungsmacht entstehen und der wirtschaftliche Wettbewerb zwischen verschiedenen Veranstaltern beeinträchtigt werden. Das gilt vor allem angesichts des auf dem privaten Fernsehmarkt in Deutschland bestehenden wettbewerbslosen Duopols zwischen der ProSieben-Sat.1-Gruppe und dem Bertelsmann-Konzern, die bereits gegenwärtig den Markteintritt für Außenseiter sehr schwierig machen.

Ein vertikales Konzentrationsproblem auf dem Rundfunkmarkt entwickelt sich schließlich dort, wo nicht mehr der Staat unter Bindung an den Allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG allen Veranstaltern den gleichen Zugriff auf Übertragungsrechte gewährleistet, sondern wo etwa ein privater Rundfunkveranstalter vorherrschende Marktmacht ausübt und einen funktionsfähigen Wettbewerb auf dem Markt privatwirtschaftlich betriebener Übertragungswege beeinträchtigt.⁵⁸ Auch eine solche Konstellation kann Meinungsvielfalt gefährden oder verhindern und das Entstehen verfassungswidriger vorherrschender Meinungsmacht ebenso begünstigen wie wirtschaftlichen Wettbewerb unter mehreren Rundfunkveranstaltern behindern. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Recht betont, dass auch gegen vertikale Konzentration auf dem Rundfunkmarkt präventives Staatshandeln geboten ist, weil sich Fehlentwicklungen kaum noch korrigieren lassen, zumal sie häufig mit der Begründung politischen Einflusses verbunden sind.⁵⁹

Der Rundfunkstaatsvertrag und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen dürften aber auch insoweit zur Konzentrationsbekämpfung geeignet sein. Zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht wird in § 26 Abs. 2 RStV nicht nur auf den Zuschaueranteil auf dem Fernsehmarkt abgehoben, sondern auch auf eine marktbeherrschende Stellung „auf einem medienrelevanten verwandten Markt“. Das Kartellrecht verfügt mit seinem Marktmachtkonzept generell über ein von der Struktur her hinreichend flexibles Instrument, das grundsätzlich auch die Berücksichtigung vertikaler Konzentrationsprozesse erlaubt.⁶⁰

V. Ausblick

Die tatsächliche zukünftige Entwicklung ist gegenwärtig nur schwer zu prognostizieren. Der Erwerb der Rechte zur Live-Übertragung von Spielen der Fußballbundesliga durch ein Konsortium von Kabelgesellschaften (Unity Media und Arena) sowie

⁵⁷ M. Bobne, Cross-mediale Effekte in der Fusionskontrolle, wrp 2006, 540, 544 f.

⁵⁸ Vgl. Th. von Danwitz, Die Sicherung der Meinungsvielfalt im Privatfernsehen nach der Kirch-Pleite, ZUM 2002, 769, 771; s. ferner R. Binder, in: W. Hahn/Th. Vesting (Hg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 26 RStV Rn. 18 ff.

⁵⁹ BVerfGE 95, 163, 173 – DSF –.

⁶⁰ Vgl. E.-J. Mestmäcker/W. Veelken, in: U. Immenge/E.-J. Mestmäcker (Hg.), GWB, 3. Aufl. 2001, vor § 35 GWB Rn. 64 f.

die Pläne der Deutschen Telekom zur Integration von Fernsehen, Internet und Telefon („Triple Play“) dürften erst den Anfang grundlegender Veränderungen bilden.⁶¹ Sie können zum Markteintritt neuer Wettbewerber aber auch zur Verfestigung bereits bestehender Markt- und Meinungsmacht führen. Dem darf der Staat nicht teilnahmslos zusehen, sondern er muss seiner verfassungsrechtlichen Aufgabe der Gewährleistung von Meinungsvielfalt und von wirtschaftlichem Wettbewerb gerade auch im Bereich der Medien gerecht werden. Der Rundfunkstaatsvertrag und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen müssen deshalb regelmäßig daraufhin überprüft werden, ob sie dem Entstehen vorherrschender Meinungsmacht effektiv entgegenwirken und die Funktionsfähigkeit wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen privaten Rundfunkveranstaltern gewährleisten. Die dem Staat durch die Verfassung insoweit aufgebene Gewährleistungsverantwortung ist von herausragender Bedeutung für den freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat, der auf Meinungsvielfalt als Existenzbedingung ebenso angewiesen ist wie die soziale Marktwirtschaft auf die Verhinderung des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht durch Wettbewerbsbeschränkung.

⁶¹ M. Bohne, Cross-mediale Effekte in der Fusionskontrolle, wrp 2006, 540, 546 f.; s. auch M. Bullinger, Von presseferner zu pressenaher Rundfunkfreiheit, JZ 2006, 1137, 1139.