

Versuch einer ersten Bilanz der Arbeit der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich

→ **Die KEK – ein taugliches Instrument zur Bekämpfung der Medienkonzentration?**

Von Dieter Dörr\*

**Medienkonzentrationsrecht im neuen Rundfunkstaatsvertrag entscheidend umgestaltet: Zuschaueranteilsmodell statt Programmanzahlbegrenzung**

Mit dem 3. Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge vom 26.8./11.9.1996 (3. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) (1) wurde auch der Rundfunkstaatsvertrag (RStV) entscheidend umgestaltet. Dabei haben die Länder unter anderem die Bestimmungen über die Sicherung der Meinungsvielfalt, also das sogenannte Medienkonzentrationsrecht, neu gefaßt. Sie sind von der bisher geltenden numerischen Programmanzahlbegrenzung abgerückt und haben das sogenannte Zuschaueranteilsmodell zur Regelung der Medienkonzentration eingeführt. Im Grundsatz darf nach der neuen Rechtslage jeder Unternehmer selbst oder in der Form einer juristischen Person bzw. einer Personenvereinigung bundesweit im Fernsehen eine unbegrenzte Anzahl von Programmen veranstalten, sofern im Durchschnitt eines Jahres ein Zuschaueranteil von 30 Prozent nicht überschritten wird. Bisher wird dieser Grenzwert noch von keinem der beiden den privaten Fernsehmarkt beherrschenden Branchenführern CLT/Bertelsmann auf der einen Seite und der Kirch-Gruppe auf der anderen Seite erreicht. Wie sich dies allerdings in Zukunft angesichts der begonnenen Zusammenarbeit der beiden marktbeherrschenden Gruppen im Pay-TV-Bereich gestaltet und wie diese Zusammenarbeit zu bewerten ist, ist durchaus offen.

**Zurechnungsgrenzwerte wenig überzeugend**

Für die Feststellung des Marktanteils sind die neuen Regelungen zur Zurechnung von Programmen, insbesondere § 28 RStV, entscheidend. Danach werden einem Unternehmen zunächst sämtliche Programme zugerechnet, die es selbst veranstaltet oder an denen es unmittelbar mit mindestens 25 Prozent am Kapital oder an den Stimmrechten beteiligt ist. Diese hohe Grenze von 25 Prozent ist wenig überzeugend, weil die Landesmedienanstalten ursprünglich 5 Prozent als Obergrenze vorgeschlagen und 10 Prozent als absolute Schmerzgrenze angesehen hatten. Mit der Lösung, Beteiligungen erst ab einem Gesellschafteranteil von 25 Prozent einzubeziehen, werden zum Teil weitere Verflechtungsaktivitäten gefördert, was dem erklärten Ziel der Novellierung der Konzentrationsregelungen eindeutig zuwiderläuft. (2)

Zudem ist zu beachten, daß der Grenzwert von 30 Prozent als Vermutungsregelung ausgestaltet ist. Die staatsvertragliche Vermutung wird man so deuten müssen, daß sie eine Umkehr der materiellen Beweislast bewirkt. Es handelt sich dabei um eine widerlegbare Vermutung; das heißt, der Unternehmer kann durch entsprechende Darlegung und Beweisantritte die Vermutung erschüttern. Allerdings soll allein die Tatsache, daß ein zusätzliches Programm ausgestrahlt werden soll, nach der amtlichen Begründung als Widerlegung der Vermutung vorherrschender Meinungsmacht in aller Regel nicht ausreichen. Vielmehr muß der Unternehmer nachweisen, daß und in welcher Weise mit Blick auf die Gesamtheit der Programmangebote trotz Erreichens der relativen Grenze keine beherrschende Meinungsmacht vorliegt. Ein Non-liquet, die Nichtbeweisbarkeit, geht insoweit zu seinen Lasten. (3)

Die Ausgestaltung der Vorschrift als Vermutungsregelung ist nicht zuletzt eine Konsequenz daraus, daß ansonsten das Zuschaueranteilsmodell einer verwaltungsrechtlichen Überprüfung nur schwerlich standhalten dürfte. Es ist nämlich sehr fraglich, ob den Zahlen der Fernsehforschung, die zur Ermittlung des Zuschaueranteils herangezogen werden, verbindliche Wirkung zuerkannt werden kann. Dies ist unabhängig von der Frage, welches Unternehmen letztlich mit der Ermittlung der Zuschaueranteile beauftragt wird. (4)

Nach Maßgabe des § 27 RStV ist es eine Aufgabe der KEK, den Zuschaueranteil der jeweiligen Programme zu ermitteln. Sie hat auch darüber zu entscheiden, welches Unternehmen zur Ermittlung der Zuschaueranteile von den Landesmedienanstalten letztlich beauftragt wird. So lange eine solche Beauftragung nicht erfolgt ist, sind nach der Übergangsbestimmung des § 34 RStV die vorhandenen Daten über Zuschaueranteile – gemeint sind die Daten der GfK – zugrunde zu legen. Es ist sicherlich sinnvoll, die GfK auch in Zukunft damit zu beauftragen, die Zuschaueranteile zu ermitteln. Die GfK-Zahlen haben sich als allgemein anerkannte Währung durchgesetzt; sie gelten als hinreichend verlässlich und werden nach allgemein anerkannten wissenschaftlichen Methoden erhoben. (5)

Darüber hinaus leiden die materiellen Vorschriften über die Vielfaltsicherung im neuen RStV darunter, daß der Wechsel vom Beteiligungsmodell zum Zuschaueranteilsmodell nicht konsequent vollzogen wurde. Die Vorschriften sind im einzelnen überaus kompliziert ausgestaltet, wortreiche, in der Praxis kaum umsetzbare Vorgaben zur Berücksichtigung von Programmquellen und Überkreuzbeteiligungen im Printbereich, die für die Beurteilung ungleichgewichtiger Einflüsse auf die öffentliche Meinungsbildung ebenfalls von Belang sein sollen, offenbaren deutliche Schwachstellen der Neukonzeption. (6)

**Grenzwert als Vermutungsregelung ausgestaltet**

**KEK ermittelt Zuschaueranteile – vorläufig mit GfK-Daten**

**Wechsel vom Beteiligungs- zum Zuschaueranteilsmodell nicht konsequent vollzogen**

\* Professor für Öffentliches Recht einschließlich Völker- und Europarecht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

**Neuregelung sanktioniert das faktische Duopol im privaten Fernsehmarkt**

Schließlich ist bei einer Bewertung der 30-Prozent-Grenze zu berücksichtigen, daß dabei der Zuschaueranteil der öffentlich-rechtlichen Veranstalter mitgerechnet wird. Im Fernsehbereich beträgt dieser Zuschaueranteil – häufig auch als Marktanteil bezeichnet – für die öffentlich-rechtlichen Veranstalter in der Bundesrepublik Deutschland rund 40 Prozent, wenn man die Dritten Programme der ARD, 3sat und ARTE mitberücksichtigt. Demnach bedeutet die Einführung der 30-Prozent-Grenze, daß der private nationale Fernsehmarkt zwischen zwei großen Anbietern bzw. Anbietergruppen aufgeteilt werden darf. Dieser Zustand war faktisch bereits vor Abschluß des neuen RStV eingetreten. Insoweit sind die Neuregelungen eine Reaktion auf die fortgeschrittene und bereits eingetretene massive Medienkonzentration.

**Lediglich der „Worst case“ eines privaten Fernsehmonopols kann noch verhindert werden**

Dieser Zustand ist auch deshalb bedenklich, weil die beiden großen Anbietergruppen, die den deutschen Fernsehmarkt beherrschen, nämlich Bertelsmann/CLT und die Kirch-Gruppe, europäische Dimensionen aufweisen. Bertelsmann und CLT stellen schon länger europaweite Konzerne dar, und die Kirch-Gruppe verfügt über starke Verbindungen zu Fininvest von Berlusconi. Zwar war es im Vorfeld des Abschlusses eines neuen RStV sicherlich eine Illusion, wenn man ernsthaft geglaubt hat, daß man bereits eingetretene Konzentrationen im Fernsehbereich wieder rückgängig machen könnte. Man hätte der Konzentration allenfalls durch eine durchgängige und eindeutige Anwendung der davor geltenden Bestimmungen begegnen können. (7)

Nachdem die Konzentration im Fernsehbereich allerdings dieses Ausmaß erreicht hatte, blieb den Ländern im Ergebnis nichts anderes mehr übrig, als auf dieser Grundlage die bereits eingetretene Konzentration abzusegnen und mit der Neuregelung jedenfalls den Versuch zu unternehmen, für die Zukunft zu verhindern, daß der private Fernsehmarkt in die Hand nur einer Anbietergruppe geraten könne. Zudem gibt es auch durchaus Gründe, die dafür sprechen, daß Europa über leistungsstarke Konzerne im Fernsehbereich verfügen muß, um in der Konkurrenz mit den großen amerikanischen Anbietern bestehen zu können. Dies ist aber, wie noch zu zeigen sein wird, nur hinnehmbar, wenn ein leistungsstarker und publizistisch konkurrenzfähiger sowie vielfältiger öffentlich-rechtlicher Rundfunk in Deutschland auch in Zukunft besteht. Jedenfalls bleibt festzuhalten, daß Deutschland im Bereich des privaten Fernsehens, was die bundesweiten Veranstalter betrifft, einen beängstigend hohen Konzentrationsgrad aufweist und von einer Anbietervielfalt weiter entfernt ist als je zuvor.

#### **Die Zusammenarbeit zwischen Bertelsmann/CLT und der Kirch-Gruppe und die Rolle der KEK**

Im Anschluß an das neue Medienkonzentrationsrecht mußte man zunächst den Eindruck haben, daß abgesehen von den vielfaltsichern-

den Maßnahmen, wie Sendezeit für unabhängige Dritte bei Überschreitung der 10-Prozent-Grenze, die neuen Konzentrationsregelungen kaum je zur Anwendung kommen könnten. Diese Prognose kann zwischenzeitlich keiner mehr mit Sicherheit stellen, seit die beiden verbliebenen großen Anbietergruppen des deutschen Fernsehmarktes im Pay-TV-Bereich eng zusammenarbeiten wollen, um auf diese Weise die Pay-Angebote und das digitale Fernsehen, was sie erklärterweise als den Markt der Zukunft ansehen, durchzusetzen. Es ist nämlich kaum vorstellbar, daß die beiden Anbietergruppen Bertelsmann/CLT und Kirch sowie die Telekom im Pay-TV-Bereich einen Zusammenschluß bilden und im übrigen Bereich normale Konkurrenten bleiben.

Der Vorsitzende der mit dem Rundfunkstaatsvertrag ins Leben gerufenen neuen Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), Reimut Jochimsen, hat daher auch nachdrücklich die Vorlage der Verträge zur Kooperation zwischen Bertelsmann/CLT und Kirch sowie der Deutschen Telekom angemahnt und darauf hingewiesen, daß es vor einer Entscheidung der KEK nach seiner Auffassung keine rechtsgültige Zulassung der neuen digitalen Fernsehprogrammangebote über das gemeinsame Unternehmen Premiere geben dürfe. (8) Zur Zeit erfolgt die Ausstrahlung der entsprechenden Programme von Premiere auf der Grundlage von Genehmigungen, die gemäß den landesrechtlichen Regelungen über digitale Modellversuche, wie etwa Art. 35 a BayMG, von den jeweiligen Landesmedienanstalten erteilt wurden. Unklar ist dabei, welche Wirkungen solche Genehmigungen haben, insbesondere ob sie zur Ausstrahlung der Programme über Satellit ermächtigen. Der Vorsitzende der KEK befürchtet, daß vollendete Tatsachen geschaffen werden sollen, bevor die Anträge der KEK zur Entscheidung vorgelegt werden.

Die KEK nimmt eine wichtige Rolle bei der Sicherung der Meinungsvielfalt ein, wenn es um bundesweite Veranstaltung von Fernsehprogrammen geht. Im Vorfeld des neuen RStV waren sich nämlich sämtliche Länder darüber einig, daß die Kontroll- und Prüfungsbefugnisse und das Verfahren der Medienaufsicht dringend Änderungsbedürftig waren. § 22 f RStV sieht für die Landesmedienanstalten einmal diejenigen Auskunftsrechte und Ermittlungsbefugnisse vor, die auch dem Bundeskartellamt in den durchaus vergleichbaren Verfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zur Verfügung stehen und hat insoweit die Vorschläge aufgegriffen, die in zwei den DLM-Erfahrungsbericht zum alten Rundfunkstaatsvertrag ergän-

**Neu gegründete KEK kritisiert er-suchungsweise Zulassung der digitalen Premiere-Programme**

**RStV weist KEK wichtige Rolle bei Sicherung der Meinungsvielfalt zu und stärkt Kontrollbefugnisse der LMAS**

zenden Stellungnahmen entwickelt worden waren. (9) Darüber hinaus waren sich die Länder einig, daß für die notwendige Konzentrationskontrolle bundesweiter Programmanbieter im Rahmen der Lizenzierung die KEK geschaffen werden solle. Die KEK besteht aus sechs Sachverständigen des Rundfunks- und des Wirtschaftsrechts, von denen drei die Befähigung zum Richteramt haben müssen. Die KEK bildet dabei ein selbständiges Organ der jeweils für die Zulassung zuständigen Landesmedienanstalt. Sie ist insoweit in die Organisation der Medienzulassung und -aufsicht einbezogen, wird also zum Beispiel als Organ der BLM tätig, wenn es um die Zulassung eines Veranstalters in Bayern geht, und als Organ der LfR, wenn es um eine Zulassung in Nordrhein-Westfalen geht.

**KDLM kann KEK-  
Beurteilung mit  
Dreiviertelmehrheit  
revidieren**

Im Zusammenhang mit dem Zuschaueranteil von 30 Prozent ist die Beurteilung der KEK für die jeweils zuständige Landesmedienanstalt grundsätzlich verbindlich. Wenn die zuständige Landesmedienanstalt auf der Grundlage der Entscheidung ihres an sich für die Frage zuständigen Organs von der Beurteilung der KEK abweichen will, kann sie die Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) als eigenes Gremium gemäß § 35 Abs. 2 Nr. 2 RStV anrufen. Eine Abweichung von der KEK-Entscheidung ist allerdings nur möglich, wenn eine Dreiviertelmehrheit der Direktoren einen abweichenden Beschluß faßt, ansonsten bleibt der Beschluß der KEK bindend. Wird allerdings die Dreiviertelmehrheit in der ebenfalls neu geschaffenen KDLM erreicht, tritt der abweichende Beschluß dieses Gremiums an die Stelle der Entscheidung der KEK. Eine Anrufung der KDLM mit dem Ziel, von der KEK-Empfehlung abzuweichen, kann aber nur durch die jeweils zuständige Landesmedienanstalt erfolgen, andere Landesmedienanstalten dürfen die KDLM in einer solchen Sache nicht anrufen.

**Die problematische Ausgestaltung des Besetzungs-  
verfahrens bei der Konstituierung der KEK**

**KEK nach Rats-  
modell mit sechs  
Experten besetzt**

Die KEK orientiert sich im Hinblick auf ihre Besetzung am sogenannten Ratsmodell, das auf ein System der Repräsentation gesellschaftlicher Vielfalt verzichtet und statt dessen auf ein kleineres Gremium setzt, das nach den bisher verwirklichten Regeln in den Ländern vom Parlament gewählt wird. Bei der Rundfunkaufsicht und der Sicherung der Meinungsvielfalt ist das Versammlungsmodell der Regelfall. Das Versammlungsmodell hat zum Ziel, die Vielfalt und Ausgewogenheit des Programmangebots dadurch sicherzustellen, daß im Hauptorgan der Landesmedienanstalten die gesellschaftliche Vielfalt zum Ausdruck kommt. Zwar ist festzuhalten, daß das Ratsmodell nicht per se ausgeschlossen ist. (10) Dies liegt unter anderem

daran, daß der Pluralismus keinen Selbstzweck darstellt, sondern ein Instrument ist, dessen sich der Gesetzgeber zur Sicherung eines inhaltlich vielfältigen Programms bedient. Jedoch muß die Rundfunkaufsicht so gestaltet sein, daß staatlicher und einseitiger privater Einfluß auf das Rundfunkprogramm verhindert oder doch zumindest minimiert wird. Positiv ist zudem zu gewährleisten, daß programmliche Vielfalt hergestellt werden muß.

Soweit es um die abwehrende Sicherung vor einseitiger staatlicher oder gesellschaftlicher Einflußnahme geht, kann man nicht behaupten, daß ein kleineres Gremium wie die KEK von vornherein solchem Einfluß stärker ausgesetzt ist. Es kommt vielmehr auf die Art der Bestellung, die Weisungsfreiheit der Mitglieder, auf deren Sachkompetenz und Unabhängigkeit entscheidend an. Gerade Expertenwissen kann durchaus helfen, Bedrohungen der Vielfalt zu erkennen und effektiv zu bekämpfen. Allerdings fällt bei dem vorliegenden Bestellungsverfahren auf, daß die Mitglieder durch die Ministerpräsidenten der Länder einvernehmlich berufen werden. Damit wird strukturell dafür gesorgt, daß dem Gremium in erster Linie Vertreter eines gesellschaftlichen Mainstream angehören werden. Dies spricht eher gegen die gewählte Konstruktion. Zudem besteht ein deutlicher Zusammenhang zwischen Mitgliederzahl und den Chancen einer wirkungsvollen Repräsentation. Insoweit ist bei einer Zahl von lediglich sechs Mitgliedern nur schwer eine Zusammensetzung der KEK zu erreichen, in der sich die verschiedenen Grundhaltungen und Strömungen der Gesellschaft wiederfinden.

Zudem ist das Berufungsverfahren im Hinblick auf den Grundsatz der Staatsferne bedenklich. Gerade die Bestimmungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt setzen stets wertende Entscheidungen voraus. Sie sind zu einem nicht unerheblichen Teil programmbezogen, machen es also notwendig, das Programm des jeweiligen Antragstellers im Hinblick auf seine Wirkung für das Gesamtangebot zu bewerten. Die Art der Bestellung der Mitglieder schließt zumindest die Möglichkeit eines staatlichen Einflusses nicht aus. Wegen der verfassungsrechtlich gewährleisteten Staatsferne wäre es durchaus angezeigt gewesen, das Bestellungsverfahren anders auszugestalten.

Die Ministerpräsidenten haben auch in der Praxis Schwierigkeiten gehabt, sich einvernehmlich auf sechs Experten zu einigen. Dies hat dazu geführt, daß sich die KEK erst am 15. Mai 1997, also geraume Zeit nach Inkrafttreten des RStV, konstituieren konnte, nachdem die Ministerpräsidenten am 19. März 1997 die Mitglieder berufen hatten. Die auf fünf Jahre ernannten KEK-Mitglieder wählten den Präsidenten der Landeszentralbank, Reimut Jochimsen, zu ihrem Vorsitzenden, Ernst-Joachim Mestmäcker vom Ham-

**Berufungsverfahren  
unter Vielfalts-  
gesichtspunkt  
problematisch**

**Staatsferne im  
Berufungsverfahren  
nicht gewährleistet**

**Erhebliche Verzö-  
gerungen bei Mitglie-  
derberufung und  
Konstituierung  
der KEK**

burger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht zu seinem Stellvertreter. Beide werden ihre Funktion zunächst zweieinhalb Jahre ausüben. Der KEK gehören ferner der Frankfurter Medienrechtler Friedrich Kübler, der Hamburger Anwalt Hans-Dieter Lübber, der Münchener Verfassungsrechtler Peter Lerche sowie der Stuttgarter Rechtsanwalt K. Peter Mailänder an.

#### Die bisherigen Aktivitäten der KEK

Die KEK hat sich bisher mit einer Reihe von Übernahmen und Anteilsverschiebungen beschäftigt müssen, die angezeigt wurden und zur Genehmigung anstanden. Bis Ende Oktober 1997 waren bereits über zwölf Verfahren anhängig, für die der neue RStV eine Mitwirkung der KEK vorschreibt. Wenn von den Landesmedienanstalten teilweise beklagt wird, die KEK brauche zu lange, um diese Fälle abschließend zu beurteilen, so ist dabei auch zu bedenken, daß die zeitlichen Verzögerungen durch die verspätete Benennung der KEK-Mitglieder durch die Länder entscheidend mitverursacht wurden. Dadurch konnte die KEK erst geraume Zeit nach Inkrafttreten des RStV ihre Arbeit aufnehmen. Zudem mußten auch die organisatorischen Grundlagen geschaffen werden, und man muß den neu berufenen Experten eine gewisse Einarbeitungszeit zugestehen, um sich mit den wahrlich überaus komplizierten Neuregelungen im RStV vertraut zu machen.

Insbesondere ist darauf hinzuweisen, daß es ungerecht wäre, der KEK die Verantwortung dafür zuzuschieben, daß der Fernsehmarkt in Deutschland im privaten Bereich einen so hohen Konzentrationsgrad aufweist. Dieser Zustand war bereits vor Abschluß des neuen RStV eingetreten und wurde von den Ländern mit der Verankerung des 30-Prozent-Zuschaueranteilmodells ausdrücklich gebilligt. Es ist durchaus fraglich, ob damit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG tatsächlich hinreichend Rechnung getragen wurde. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gebietet nämlich die Rundfunkfreiheit die Schaffung einer positiven Ordnung, die die Meinungsvielfalt gewährleistet und sicherstellt, daß der Rundfunk ebensowenig wie dem Staat einzelnen gesellschaftlichen Gruppen oder gar einer einzigen gesellschaftlichen Gruppe ausgeliefert wird. Eine Regelung, die es ausdrücklich gestattet, daß zwei private Anbietergruppen sich den privaten bundesweiten Fernsehmarkt aufteilen, steht nicht unbedingt im Einklang mit diesen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts. (11)

Zudem kann die KEK nur tätig werden, wenn es um die Genehmigung der Verbreitung bundesweiten Fernsehens geht. In diesem Fall wird die KEK im Rahmen der konzentrationsrechtlichen Prüfung jeweils für die zuständige Landesmedienanstalt verbindlich tätig, bei der ein Lizenz-

antrag eingegangen ist. Zur Zeit werden aber die Aktivitäten von Bertelsmann/CLT und Kirch im digitalen Bereich auf der Grundlage landesrechtlicher Versuchsklauseln durchgeführt. Es ist hier nicht der Raum, sich mit der interessanten Problematik vertieft zu beschäftigen, ob und inwieweit solche landesrechtlichen Versuchsklauseln tatsächlich eine geeignete Grundlage darstellen, solche Genehmigungen rechtswirksam zu erteilen. Jedenfalls ist, so lange keine Anträge auf bundesweite Veranstaltung von Fernsehen gestellt werden, die KEK nicht in der Lage, als Organ der jeweils mit der Zulassung befaßten Landesmedienanstalt bindende Beschlüsse zu fassen.

Immerhin ist auf der anderen Seite auch darauf hinzuweisen, daß die KEK von den ihr vorliegenden 12 Anträgen, die bis Ende Oktober 1997 bei ihr anhängig waren, lediglich 4 relativ einfache Fälle entschieden hat. Es handelt sich dabei um die Programme VIVA, tm 3, Bloomberg TV und Multithématique. Dagegen standen wichtige Anträge bezüglich der Programme SAT.1 und DSF, PRO SIEBEN und VOX sowie RTL, bei denen es um gesellschaftsrechtliche Änderungen und ihre konzentrationsrechtliche Bewertung ging, noch zur Entscheidung an. Dies hat der KEK auch Kritik einzelner Landesmedienanstalten und des Vorsitzenden der Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten eingetragen. (12)

In jüngster Zeit ist auch darüber diskutiert worden, welche Mitwirkungsrechte der KEK bei den Fensterprogrammen, also der Sendezeit für unabhängige Dritte, nach Maßgabe des §31 RStV i.V.m. 36 Abs. 2 RStV zukommen. Zunächst ist insoweit darauf hinzuweisen, daß die Bestimmung des §31 RStV einen Kompromiß zwischen unterschiedlichen Vorstellungen der Länder bildet. Ausgangspunkt ist dabei §26 Abs. 5 RStV, der Veranstalter dazu verpflichtet, Sendezeit für unabhängige Dritte einzuräumen, wenn ihr Zuschaueranteil mit einem Vollprogramm oder einem Spartenprogramm mit dem Schwerpunkt Information im Durchschnitt eines Jahres zehn Prozent erreicht. Ganz allgemein sollte man die Bedeutung der Fensteridee für eine wirksame Vielfaltsicherung nicht überschätzen. Bei §31 RStV ist zunächst bemerkenswert, daß der Fensterprogrammanbieter – nach dem sogenannten nordrhein-westfälischen Modell – eine eigene Lizenz und einen eigenen Veranstalterstatus erhält und damit kein Auftragsproduzent oder reiner Zulieferer ist. Die zuständige Landesmedienanstalt hat, wenn der Veranstalter verpflichtet ist, Sendezeit für unabhängige Dritte zur Verfügung zu stellen, das Fensterprogramm zur Erteilung einer Zulassung auszuschreiben.

**Bis Oktober 1997 waren bereits über 12 Verfahren anhängig**

**Fraglich, ob neue Konzentrationsregeln den Vorgaben der Verfassung zur Rundfunkfreiheit genügen**

**KEK kann nur tätig werden, wenn es um bundesweite Veranstaltung von Fernsehen geht**

**KEK hat bislang nur vier von zwölf Anträgen entschieden**

**Mitwirkungsrechte der KEK bei Fensterprogrammen unabhängiger Dritter wenig wirksam ausgestaltet**

**Zustimmung der KEK zur Auswahl der Fensterveranstalter nicht gefordert**

Sodann erfolgt ein kompliziertes, normalerweise dreistufiges Auswahlverfahren, bei dem die KEK mitzuwirken hat. In der ersten Stufe des Zulassungsverfahrens hat die zuständige Landesmedienanstalt die eingehenden Anträge im Lichte der einschlägigen Bestimmungen auf ihre Zulassungsfähigkeit zu überprüfen. Hierbei ist insbesondere zu klären, ob der Fensterprogrammanbieter unabhängig im Sinne des § 31 Abs. 3 RStV ist. Schon bei dieser Prüfung hat die zuständige Landesmedienanstalt das Benehmen mit der KEK herzustellen, die insoweit als ihr Organ fungiert. Hierbei scheint eine gewisse Unklarheit darüber zu herrschen, was unter Benehmen zu verstehen ist. (13) Benehmen bedeutet gerade weniger als Einvernehmen, verlangt also nicht die Zustimmung der KEK für die Entscheidung über die Zulassungsfähigkeit. Vielmehr gebietet das Benehmen die Anhörung der Position der KEK und die sachliche Auseinandersetzung mit dieser Position. Allerdings ist das Benehmen vorher herzustellen, das Entscheidungsorgan der zuständigen Landesmedienanstalt darf also die Zulassungsfähigkeit erst dann abschließend beurteilen, wenn die KEK ihre Sichtweise dargelegt hat. Zudem muß man sich mit der Beurteilung der KEK sachlich auseinandersetzen.

Diejenigen Anträge, die von der zuständigen Landesmedienanstalt als zulassungsfähig angesehen werden, hat die Landesmedienanstalt sodann dem Hauptveranstalter zu übermitteln und mit ihm konsensorientiert zu erörtern. Kommt es nicht zu einer einvernehmlichen Auswahl, kann der Hauptveranstalter nach eigenem Gutdünken eine Zwischenselektion vornehmen und zwar in der Weise, daß er aus den ihm vorliegenden Anträgen, die als zulassungsfähig beurteilt wurden, drei Bewerber aussucht. An diesen Dreivorschlag ist die zuständige Landesmedienanstalt gebunden. Sie hat daraus nunmehr den Bewerber auszuwählen, „dessen Programm den größtmöglichen Beitrag zur Vielfalt im Programm des Hauptprogrammveranstalters erwarten läßt“. (14) Diesem Fensterveranstalter ist dann die Zulassung zu erteilen. Auch insoweit ist wiederum das Benehmen mit der KEK herzustellen, das Entscheidungsorgan der zuständigen Landesmedienanstalt hat also zuvor die Beurteilung der KEK einzuholen und sich mit dieser sachlich auseinanderzusetzen. Es ist aber nicht an diese Beurteilung gebunden, weil gerade kein Einvernehmen verlangt wird.

**Entscheidungen gegen die Bedenken der KEK waren zulässig**

Demnach war die Landeszentrale für private Rundfunkveranstalter Rheinland-Pfalz (LPR) durchaus berechtigt, nach Erörterung der Bedenken der KEK gegen zwei mögliche Fensterveranstalter für das SAT.1-Programm zu einer anderen

Entscheidung zu kommen und die DCTP sowie die Mainzer Firma News und Pictures als unabhängige Dritte anzusehen, da insoweit lediglich das Benehmen mit der KEK herzustellen war, also sich die Versammlung der LPR mit den KEK-Bedenken inhaltlich auseinandersetzen mußte. Im Streitfall haben letztlich die zuständigen Verwaltungsgerichte darüber zu entscheiden, ob tatsächlich die Voraussetzungen des § 31 Abs. 3 RStV erfüllt waren. (15)

**Konzentrationskontrolle bei digitalem Pay TV**

Bei den geplanten Zusammenschlüssen im Bereich des digitalen Fernsehens ist zu konstatieren, daß allenfalls seitens der EU-Kommission im Rahmen des Wettbewerbsrechts der Art. 85 ff. EGV und auf der Grundlage der Fusionskontrollverordnung der Versuch unterbunden wird, schon vor einer Genehmigung der entsprechenden Zusammenschlüsse und Beteiligungen vollendete Tatsachen dadurch zu schaffen, daß die Zusammenarbeit zwischen Bertelsmann/CLT und der Kirch-Gruppe im digitalen Fernsehbereich bei den Pay-Programmen über den Veranstalter Premiere vollzogen wird. Jedenfalls hat der für Wettbewerbsfragen zuständige EU-Kommissar Karel van Miert deutlich erkennen lassen, daß er auf der genauen Einhaltung der Bestimmungen des EGV und der Fusionskontrollverordnung bestehen wird, soweit es um die Zusammenarbeit zwischen Bertelsmann/CLT und Kirch sowie der Telekom im Bereich des Pay TV und des digitalen Fernsehens geht. (16)

Die strenge Haltung der Kommission ist keineswegs verwunderlich. Bereits mit ihrer Entscheidung vom 9. November 1994 im Fall der MSG Media Service (17) hat sie deutlich gemacht, daß sie auch bei Zusammenschlüssen im Pay-TV-Bereich die Fusionskontrolle genau durchführt. Das geplante Gemeinschaftsunternehmen MSG Media Service weist durchaus Parallelen zu dem jetzigen Vorhaben auf. Die beabsichtigte Gesellschaft, die ebenfalls von der Bertelsmann AG, der Kirch-Gruppe und der Telekom getragen werden sollte, sollte administrative und technische Dienstleistungen für Anbieter des digitalen Pay TV erbringen. Bei der damaligen wettbewerbsrechtlichen Prüfung ging die Kommission davon aus, daß eine beherrschende Stellung auf drei verschiedenen Produktmarken entstehen bzw. verstärkt werden könne. Es handelte sich dabei um den neuen Markt von administrativen und technischen Dienstleistungen für Pay TV und andere TV-Kommunikationsdienste. Zweitens werde, so die Kommission damals, auch die marktbeherrschende Stellung auf dem als selbständig eingestuften Pay-TV-Markt im Hinblick auf Bertelsmann und die Kirch-Gruppe zumindest verstärkt. Drittens sah die Kommission durch die geplante MSG eine Verstärkung der beherrschenden Stellung der Telekom auf dem Markt für Kabelnetze, was ein Hindernis für den zukünftigen Wettbewerb bedeute. Daher wurde der geplante Zusammenschluß nach den Vor-

**Geplante Zusammenarbeit Bertelsmann/Kirch im digitalen Pay TV weist Parallelen zum Fall MSG Media Service auf**

schriften der Fusionskontrollverordnung vom 21.12.1989 (18) untersagt, deren weitere Voraussetzung die Kommission ebenfalls unproblematisch als erfüllt ansah.

**EU-Kommission wird das Fusionskontrollverfahren weiter betreiben und entscheiden**

Es ist daher durchaus verwunderlich, daß Bertelsmann/CLT und die Kirch-Gruppe sowie die Telekom nicht eine Prüfung durch die Europäische Kommission abwarteten, sondern – zumindest durch entsprechende Anzeigen – den Eindruck erweckten, der Zusammenschluß werde bereits vollzogen, was nach der Fusionskontrollverordnung weitreichende Folgen nach sich ziehen kann. Demnach mußten die Beteiligten auch die geplante und schon angelaufene Vermarktung der d-Boxen einstellen, weil die Europäische Kommission unmißverständlich deutlich gemacht hat, daß sie ansonsten Zwangsmaßnahmen ergreifen würde. Inzwischen hat das Bundeskartellamt auch eine kritische Stellungnahme zu dem geplanten Zusammenschluß abgegeben und die Kommission hat entschieden, daß sie das Verfahren weiter betreiben und nicht, was nach der Fusionskontrollverordnung unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist, dem Bundeskartellamt zur Entscheidung zurückgeben wird.

**KEK prüft Pay-TV-Projekt von Bertelsmann/Kirch konzentrationrechtlich nach Maßstab des Rundfunkstaatsvertrags**

Zudem liegen, nachdem die Anträge bei den jeweils zuständigen Landesmedienanstalten vervollständigt wurden, die Unterlagen über die geplante Zusammenarbeit zwischen Bertelsmann/CLT und der Kirch-Gruppe beim digitalen Fernsehen auch der KEK zur Entscheidung vor. Daher wird nunmehr – neben der EU-Kommission – auch die KEK dieses Vorhaben konzentrationrechtlich beurteilen müssen, allerdings nicht nach Maßgabe des europäischen Rechts und insbesondere der Fusionskontrollverordnung, sondern nach dem Maßstab der § 25 ff. RStV. (19)

#### **Ausblick**

**Nur starker öffentlich-rechtlicher Rundfunk kann pluralistische Medienlandschaft gewährleisten**

Allerdings ist auch durchaus Skepsis angebracht, ob es über das Europäische Wettbewerbsrecht und die Fusionskontrollverordnung möglich sein wird, die immer stärkere Konzentration im Fernsehbereich, die längst nicht mehr an den Grenzen Deutschlands halt macht, wirksam zu unterbinden. Daher kommt im Zusammenhang mit der Sicherung der Meinungsvielfalt dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine immer höhere Bedeutung zu. Es ist nämlich sehr viel leichter möglich, den Bereich des Public service, also die öffentlich-rechtlichen Veranstalter, zur umfassenden Information, einer objektiven und unparteilichen Berichterstattung, in der alle oder jedenfalls der größtmögliche Teil der unterschiedlichen Meinungen, politischen und kulturellen Tendenzen zu Wort kommen, zu verpflichten. Dies ist keineswegs auf Deutschland beschränkt. Der Pluralismus, dessen Erhaltung in jeder der Demokratien in den Mitgliedstaaten unverzichtbar ist, läßt sich unter den heutigen Bedingungen nur verwirklichen, wenn man an

einer dualen Rundfunkordnung in ganz Europa festhält und dabei dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk weiterhin eine starke Rolle zuerkennt. (20)

Dabei ist allerdings auch von entscheidender Bedeutung, daß man plurale und föderale Strukturen im öffentlich-rechtlichen Rundfunksektor erhält. Von daher ist es mehr als verwunderlich, daß in einer Zeit, in der die Meinungsvielfalt im privaten Fernsehbereich in nicht unerheblicher Weise beeinträchtigt ist, auch der Medienföderalismus nicht nur von Gegnern des öffentlich-rechtlichen Systems in leichtfertiger Weise beschädigt wird. Dies ist um so bedauerlicher, als in den diesbezüglichen Äußerungen grundlegendes Unverständnis über den deutschen Föderalismus, seine Bedeutung im kulturellen Gebiet und den Zusammenhang zwischen Medienföderalismus und Demokratie sowie Meinungsvielfalt zum Ausdruck kommt. Die auch innerhalb der ARD vereinzelt zu hörende Forderung nach Schaffung weniger gleich großer Mehrländeranstalten verkennt nicht nur das zu den unabänderlichen Grundsätzen unserer Verfassung gehörende Prinzip des Föderalismus, sondern würde in ganz erheblicher Weise den Pluralismus und damit die Informationsfreiheit des Bürgers sowie die Demokratie beschädigen. Zudem ist sie wirtschaftlich in keiner Weise geeignet, nennenswerte Einsparungen herbeizuführen und mißachtet die Autonomie und Souveränität der kleinen Länder der Bundesrepublik Deutschland.

Es ist daher angezeigt, bevor man die Meinungsvielfalt auch noch im öffentlich-rechtlichen Bereich zusammen mit der Demokratie und dem Föderalismus weiter durch solche Forderungen gefährdet, zunächst die Kooperationsmöglichkeiten auszuloten. Hierzu besteht durchaus Anlaß, da dieser Weg wirklich erfolgversprechend ist. Man kann in diesem Zusammenhang, wie bereits an anderer Stelle schon dargelegt wurde (21), durchaus die These aufstellen, daß die auch im öffentlich-rechtlichen Bereich im Programm zu fordernde publizistische Vielfalt durch eine dezentrale Struktur, durch kleine, mittlere und große Landesrundfunkanstalten bzw. Mehrländeranstalten sichergestellt wird. Dagegen kann in den Bereichen Produktion, Distribution und Verwaltung durchaus noch stärker zusammengearbeitet werden als bisher. Nur unter dieser Voraussetzung, also mit einem starken, dezentralen und föderalen öffentlich-rechtlichen Rundfunk, wird es gelingen, die Meinungsvielfalt im Fernsehwesen, die gerade im Interesse der zu informierenden Bürger und damit auch der Demokratie gewährleistet bleiben muß, trotz der bereits eingetretenen Kon-

**Föderale Strukturen im öffentlich-rechtlichen Rundfunk unverzichtbar**

**Kooperationsmöglichkeiten unter Beibehaltung dezentraler Strukturen ausloten**

zentration, die nicht nur nicht mehr rückgängig zu machen ist, sondern sich noch fortsetzen wird, zu erhalten. Dagegen wird die KEK bei allen Bemühungen nicht in der Lage sein, der bereits bestehenden und noch weiter fortschreitenden Konzentration im privaten Fernsehsektor wirksam entgegen zu treten.

## Anmerkungen:

- 1) Abgedruckt in: Media Perspektiven Dokumentation I/1996.
- 2) Vgl. dazu auch Ring, Wolf-Dieter: Vernünftiger Ansatz zur Konzentrationskontrolle. In: Tendenz III/96, S. 6; Dörr, Dieter: Maßnahmen zur Vielfaltsicherung gelungen? Der Dritte Rundfunkänderungsstaatsvertrag aus verfassungsrechtlicher Sicht. In: Media Perspektiven 12/1996, S. 621ff., 622.
- 3) Vgl. dazu Hess, Wolfgang: Medienkonzentrationsrecht nach dem neuen Rundfunkstaatsvertrag. Materielles Medienkonzentrationsrecht. In: AfP 1997, S. 680ff. (682).
- 4) Vgl. dazu auch Lehr, Gernot: Juristische Implikationen des Marktanteismodells. In: EMR-Dialog: Medienvielfalt ohne Kontrolle? Vom bayerischen Medienführerschein zur Kieler Unbedenklichkeit. EMR-Schriftenreihe Bd. 15. München und Berlin 1995, S. 56ff. (62ff.); Dörr (Anm. 2), S. 621 (626).
- 5) Vgl. zur Gesamtproblematik der Ermittlung von Zuschaueranteilen EMR (Hrsg.): Einschaltquoten: Medienwissenschaftliche und rechtliche Aspekte der Ermittlung von Zuschauermarktanteilen. Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht, Bd. 17. München und Berlin 1997.
- 6) Vgl. zu den Einzelheiten der komplizierten Neuregelungen Hess (Anm. 3), S. 680ff. (682ff.).
- 7) Vgl. Dörr, Dieter: Kontrolle braucht Durchsetzungsbefugnisse. Defizite des Verfahrensrechts bei der Medienkonzentrationskontrolle. In: Media Perspektiven 2/1995, S. 42-47.
- 8) Vgl. Jochimsen, Reimut: Kritische Grenzen. In: Der Spiegel 46/1997, S. 126f.
- 9) Vgl. Dörr, Dieter: Das für die Medienkonzentration maßgebliche Verfahrensrecht. In: DLM (Hrsg.): Die Sicherung der Meinungsvielfalt. Berlin 1995, S. 331ff.; Stockmann, Kurt: Stellungnahme zu verfahrensrechtlichen Anforderungen an eine medienrechtlich effektiven Konzentrationskontrolle. In: ebd., S. 435ff.
- 10) Vgl. etwa BVerfGE 73, 118 (171).
- 11) Vgl. eingehend zu diesen Vorgaben BVerfGE 57, 295 (323); 73, 118 (172); Dörr (Anm. 2), S. 621ff. (622f.).
- 12) Vgl. dazu Kabel & Satellit Nr. 46 v. 10.11.1997, S. 4-6 und S. 17f.
- 13) Vgl. dazu etwa epd medien Nr. 94 v. 3.12.1997, S. 16 und Text intern, Nr. 87 v. 5.11.1997, S. 10.
- 14) Rundfunkstaatsvertrag § 31, Abs. 4 v. 26.8./11.9.1996. Abgedruckt in (Anm. 1).
- 15) Vgl. zur Problematik der Fensterprogramme und des Zulassungs- und Auswahlverfahrens Stock, Martin: Konzentrationskontrolle in Deutschland. In: Stock, Martin/Horst Röper/Bernd Holzengel: Medienmarkt und Meinungsmacht. Berlin u. a. 1997, S. 1ff. (50ff.).
- 16) Vgl. zum Europäischen Wettbewerbsrecht auch Dörr, Dieter: Vielfaltsicherung durch die EU? Chancen und Risiken europäischer Medienpolitik. In: Media Perspektiven 2/1996, S. 87-92.
- 17) Vgl. iris 1995, Nr. 1, S. 6.
- 18) Abl. EG 1989, L 595, S. 1.
- 19) Vgl. DLM, Pressemitteilung 20/1997 v. 17.12.1997, S. 1f.
- 20) Vgl. dazu eingehend Dörr, Dieter: Die Rolle des öffentlichen Rundfunks in Europa. Beiträge zum Rundfunkrecht, Bd. 48, Baden-Baden 1997.
- 21) Vgl. dazu Dörr, Dieter: Rundfunkföderalismus auf dem Prüfstand. In: ZUM 1996, S. 617ff.

