

Medienkonzentrationsrechtliche Entwicklungen in Bezug auf die Veranstaltung bundesweiten Fernsehens

von *Matthias Cornils*, Universität Mainz

I. Problemstellung

Die neben das Kartellrecht tretende sonder-rundfunkrechtliche Konzentrationskontrolle in der konkreten Gestalt des Rundfunkstaatsvertrages ist zwar nicht das einzige, aber doch jedenfalls – zumindest in seiner theoretischen Bedeutung – für die Sicherung von Außenpluralismus wohl wichtigste Instrument der medienrechtlichen Vielfaltsicherung in der Säule des Privatrundfunks. Sie verfolgt, indem sie auf inhaltliche Programmvorgaben oder quantitative Programmbegrenzungen verzichtet und stattdessen auf die Gewährleistung pluraler Anbietervielfalt setzt, an sich auch eine vergleichsweise liberale Grundidee, die der Veranstalterfreiheit des einzelnen Rundfunkunternehmens zunächst einen für die verfassungsrechtlich verformten Verhältnisse dieses Bereichs relativ weit reichenden Raum lässt. Die binnenpluralistischen, dem Archetypus des öffentlich-rechtlichen Rundfunks entlehnten, der Programmfreiheit der Unternehmen durchaus stärker zuwider laufenden sonstigen Vielfaltsicherungsinstrumente des Rundfunkrechts (Drittsenderechte, Programmbeiräte) greifen entweder erst dann ein, wenn die auf den Außenpluralismus gerichtete Zielsetzung der Konzentrationsvermeidung scheitert oder soweit das Rundfunkrecht schon im Vorfeld der Entstehung vorherrschender Meinungsmacht meint, zusätzliche Programmgestaltungseingriffe vornehmen zu müssen (Regionalfenster, Drittfenster schon ab der 10 Prozent- bzw. 20 Prozent-Schwelle des § 26 Abs. 5 RStV).

Die Konzentrationskontrolle für das bundesweite Fernsehen im Rundfunkstaatsvertrag hat bisher auch in ihrer praktischen Wirksamkeit mit der einen Ausnahme der untersagten Fusion Springer/ProSiebenSAT.1 keinen wirklich scharfen Biss entfaltet: Auch in den kritischen Händen der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich ist vorbehaltlich der genannten Ausnahme keine einzige Zulassung oder Beteiligungsveränderung von Rundfunkunternehmen an den Schranken des Gesetzes gescheitert. Diese sind, wie nicht ohne Bitterkeit vermerkt worden ist, so großzügig geschnitten, dass sie den tatsächlichen duopolistischen Machtverhältnissen im Rundfunksektor kaum ernsthaft im Wege stehen.¹

1 *Mailänder*, Crossmediale Zusammenschlüsse – eine Herausforderung für die medienrechtliche Konzentrationskontrolle, AfP 2007, 297 (300 f.).

Und dennoch oder – aus Sicht einiger Betrachter – auch wohl gerade deswegen steht die in der Grundanlage seit 13 Jahren in Geltung befindliche Regelung des § 26 RStV seit langem und gegenwärtig mit besonderem Nachdruck in der rechtspolitischen Kritik und wohl vor einer demnächst stattfindenden Reform. Die Kritikperspektiven indessen sind ihrerseits denkbar unterschiedlich: Von der einen Seite, insbesondere den Ländern, wird die Konzentrationskontrolle, jedenfalls in der Façon ihrer Anwendung durch die KEK, als immer noch zu streng und mithin medienwirtschaftspolitisch zu unbequem angesehen. Der Fall Springer gab aus dieser Sicht den Anstoß, in mehr oder weniger weit gehendem Umfang die Definitionshoheit des Gesetzgebers über die Tatbestände vorherrschender Meinungsmacht zurückzugewinnen und die von der KEK insoweit angenommene Beurteilungsermächtigung kassieren oder jedenfalls reduzieren zu wollen. Die bayerische Staatsregierung und das Land Rheinland-Pfalz haben schon seit längerem Reformvorschläge unterbreitet, die in diesem Sinn vor allem ein Mehr an gesetzlichen Festlegungen für die Bestimmung crossmedialer Meinungsmacht enthalten.² Das gleiche Ziel verfolgen die schon in Kraft befindlichen Komplementärregelungen für den regionalen und lokalen Rundfunk im nordrhein-westfälischen Landesmediengesetz.³

Crossmediale Unternehmensverbindungen werden zwar expliziter als bisher in die rundfunkrechtliche Konzentrationskontrolle einbezogen, im sachlichen Ergebnis aber eher schwächer gewichtet. Die vorgeschlagenen Schwellenwerte, Anrechnungsmöglichkeiten und Ausnahmegründe laufen darauf hinaus, die Möglichkeiten crossmedialer Konzentration und damit unternehmerische Handlungsspielräume zu erweitern im Vergleich mit den Maßstäben, die die KEK im Springer-Fall entwickelt hat. Das wirtschaftspolitische Interesse an einer Förderung der konkurrenzgebeutelten Medienwirtschaft setzt sich künftig gegenüber dem medienpolitischen Konzept einer Vielfaltsgewähr durch Anbietervielfalt noch deutlicher durch als schon bisher. Auch die KEK selbst hat auf den Reformdruck aus den genannten (keineswegs allen – Einigkeit besteht zwischen den Ländern in dieser Frage nicht!) Staatskanzleien reagiert und kommt ihm ein Stück weit entgegen – sie hat einen Novellierungsvorschlag vorgelegt, demzufolge das Gesetz immerhin einige zusätzliche Festlegungen zur Anrechnung crossmedialer Meinungsmacht enthalten soll, im Übrigen aber der KEK weiterhin Bewertungsspielräume belässt und auch keine Mindestgrenzen für den Zuschaueranteil im Fernsehen einführt.⁴

In der Literatur werden ebenfalls seit einigen Jahren bis in die jüngste Gegenwart Modelle zur sachadäquateren und transparenteren Erfassung

2 S. dazu u. sub III. 2., 3.

3 §§ 33, 33a-e LMG NRW i. d. F. des 13. ÄndG v. 8. 12. 2009 (GVBl. v. 14. 12. 2009, S. 728).

4 KEK, Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung, Konzentrationsbericht 2010, S. 386 f.

crossmedialer Konzentrationsphänomene diskutiert.⁵ Auch hier wird teilweise das Anliegen verfolgt, die Einzelfallbeurteilung vorherrschender Meinungsmacht stärker parlamentsgesetzlich zu binden, die rechtsstaatliche Sattelfestigkeit des Gesetzes mithin zu verstärken. Teilweise werden aber darüber hinaus auch Zweifel an der Fokussierung der Konzentrationskontrolle auf das Fernsehen angemeldet und wird die Erweiterung des Konzepts der Verhinderung von Meinungsmacht auf den Gesamtmarkt verschiedener Medien und auch medienrelevanter Vorleistungsmärkte diskutiert.⁶ Die konkreten Erfahrungen mit der – gerade im Springer-Fall ja auch durchgreifenden – Kartellaufsicht einerseits und der praktisch in 14 Jahren – von jenem Fall abgesehen – allenfalls virtuell oder potentiell wirksamen Rundfunkkonzentrationskontrolle andererseits geben schließlich der seit jeher – vor allem von Kartellrechtlern – vertretenen Ansicht neue Nahrung, dass die sondermedienrechtliche Konzentrationskontrolle entbehrlich sei und das verfassungsrechtlich gebotene Maß an Konzentrationsvorsorge sehr wohl auch mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechts geleistet werden könne.⁷ Jedenfalls für das externe Wachstum hat sich die Fusionskontrolle des Bundeskartellamts⁸ mit der Rückendeckung des Bundesgerichtshofs⁹ immerhin durchaus imstande gezeigt, auch diagonalen, im kartellrechtlichen Sprachgebrauch konglomeraten Zusammenschlüssen von Medienunternehmen entgegenzutreten und so jedenfalls mittelbar auch für die medienverfassungsrechtlich gebotene Anbieterpluralität zu sorgen.¹⁰

II. Ausgangslage: § 26 RStV

Die Regelung des § 26 RStV muss hier nicht mehr im Einzelnen vorgestellt werden; insoweit kann es bei einer knappen Rekapitulation bleiben.

5 Zuletzt *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt – Kontrolle crossmedialer Konzentration in Zeiten der Konvergenz, Diss. Mainz 2010, S. 260 ff.

6 *Körber*, Sektorspezifische Rundfunkregulierung oder „Wettbewerb 2.0?“, ZWeR 2009, 315 (326): „Medienregulierung sollte technologieneutral sein“; *Mailänder* (Fn. 1), S. 303: „eindimensionale Konzentrationskontrolle im Fernsehen wirkt isoliert und künstlich“.

7 *Koch*, Medienkonzentrationsrecht in Deutschland – sind wir auf dem richtigen Weg?, AfP 2007, 305 (307 ff.); *Körber* (Fn. 6), S. 336 ff.; in diese Richtung auch *Dewenter*, Crossmediale Fusionen und Meinungsvielfalt: Eine ökonomische Analyse, in: Fechner (Hrsg.), Crossmediale Fusionen und Meinungsvielfalt, 2007, S. 47 (49): „Die Evidenz dafür, dass potentielle Meinungsmacht einer schärferen Kontrolle unterliegen sollte als Marktmacht, ist nicht eindeutig.“

8 BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006, B6 – 92202 – Fa – 103/04, WuW/E DE-V 1163 – Springer/ProSiebenSat.1; dazu *Kuchinke/Schubert*, WuW 2006, 477.

9 BGH, WM 2010, 1527 ff. – Springer/ProSieben II.

10 Reserviert demgegenüber *Mailänder* (Fn. 1): Der „wettbewerbliche Marktansatz“ soll nicht imstande sein, die Meinungsvielfalt ausreichend zu sichern.

Anders als die Vorgängerregelung errichtet das Gesetz keine Begrenzung mehr hinsichtlich der Anzahl der Programme, die ein Anbieter verbreiten darf. Vielmehr wird die Zulassungsfähigkeit eines Anbieters davon abhängig gemacht, dass er keine vorherrschende Meinungsmacht erlangt. Wann vorherrschende Meinungsmacht vorliegt, bestimmt zunächst § 26 Abs. 2 RStV, dies nach der vom Verwaltungsgericht München¹¹ und jetzt auch vom BVerwG¹² akzeptierten Auffassung der KEK¹³ freilich nur als nicht abschließend gedachte Vermutung: Maßgebend für die Beurteilung ist der Zuschaueranteil, wobei hierbei zur Bestimmung alle einem Unternehmen zurechenbaren Programme aufaddiert werden. Erreichen alle der so zusammengezählten Programme im Jahresdurchschnitt einen Zuschaueranteil von mindestens 30 Prozent, wird das Bestehen vorherrschender Meinungsmacht vermutet. Um dem Phänomen der Cross-Media-Ownerships besser entgegenwirken zu können, greift diese Vermutung auch dann, wenn das betreffende Unternehmen zusätzlich zu einem Zuschaueranteil von nur 25 Prozent eine marktbeherrschende Stellung auf einem medienrelevanten verwandten Markt hat. Vermutet wird die vorherrschende Meinungsmacht drittens auch, wenn eine Gesamtbeurteilung der Aktivitäten des Unternehmens im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 Prozent im Fernsehen entspricht. Der KEK zufolge kann in den Fällen crossmedialer Verflechtung vorherrschende Meinungsmacht über die Vermutungen des Abs. 2 hinaus, das heißt auch vor Erreichen der dort genannten Zuschaueranteilsschwellen, unmittelbar aus § 26 Abs. 1 RStV heraus begründet werden (so genannter „qualitativer Ansatz“).¹⁴ Gegen diese Auffassung sind seit jeher starke, bis heute keineswegs widerlegte Argumente vorgetragen worden;¹⁵ dieser Streit indes soll hier nicht abermals aufgerollt werden, wenngleich nicht zu verkennen ist,

11 VG München, ZUM 2008, 343 ff.

12 BVerwG, Urt. v. 24. 11. 2010, 6 C 16/09 – juris die Entscheidung bestätigt den qualitativen Ansatz der KEK (§ 26 Abs. 2 RStV als Regelbeispiele, Beurteilungsspielraum der KEK).

13 Dazu näher die KEK in ihrer Begründung der Springer/ProSiebenSat.1-Entscheidung v. 10. 1. 2006, www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf, S. 70 ff.; Dörr, Die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht und die Springer-Entscheidung der KEK, FS Mailänder, 2006, 481 (487 ff.).

14 Eingehend dazu Gounalakis/Zagouras, Crossmedia Konzentration und multimediale Meinungsmacht, AfP 2006, 93 ff.

15 Statt vieler Engel, Zuschaueranteile in der publizistischen Konzentrationskontrolle: Grenzwert oder bloß ein Indiz unter vielen?, ZUM 2005, 776 ff.; Bornemann, Die Bedeutung der „starken Stellung“ in der Medienkonzentrationskontrolle, ZUM 2006, 200 ff.; ders., Wie die KEK die gefühlte Meinungsmacht in eine Eingriffskompetenz umrechnet, MMR 2006, 275 ff.; Bremer/Grünwald, Konzentrationskontrolle in „virtuellen Meinungsmärkten“, MMR 2009, 80 ff.; Peifer, Vielfaltssicherung im bundesweiten Fernsehen, 2005, S. 38 ff.; Hepach, ZUM 2007, 40 (43 ff.).

dass jene Argumente teilweise natürlich auch Bedeutung für die hier behandelten Fragen der künftigen Ausgestaltung der Konzentrationskontrolle haben.¹⁶ Zu diesem Zweck hat die KEK ein Umrechnungssystem entwickelt, anhand dessen der Publikumserfolg anderer Medien (Tageszeitungen, Publikumszeitschriften, Programmzeitschriften, Online-Medien, Hörfunk) in fiktive Fernsehen-Zuschaueranteile umgerechnet und zu den tatsächlich erreichten Zuschaueranteilen hinzu addiert wird. Im Fall Springer hat dies bekanntlich dazu geführt, dass dem fusionierten Unternehmen trotz eines vor wie nach der Fusion nur erreichten Fernseh-Zuschaueranteils von zirka 22 Prozent ein fiktiver Gesamt-Zuschaueranteil von 47 Prozent, mithin weit jenseits der in § 26 Abs. 2 RStV genannten Schwellen, zugerechnet wurde.¹⁷

Sobald vorherrschende Meinungsmacht vorliegt, dürfen dem betroffenen Unternehmen keine weiteren Zulassungen für das Betreiben von Rundfunk mehr erteilt werden. In Fällen der durch eine Unternehmensfusion erreichten vorherrschenden Meinungsmacht (externes Wachstum) hat die KEK die erforderliche Unbedenklichkeitsbestätigung zu verweigern mit der Folge einer Aufhebung der Rundfunkzulassung, sofern der Veranstalter an der Fusion festhält. Für die Fälle internen Wachstums sieht § 26 Abs. 4 RStV – weniger kompromisslos – einen Katalog möglicher Maßnahmen vor, die zum Wegfall der vorherrschenden Meinungsmacht führen sollen. Einerseits kann das Unternehmen ihm zurechenbare Beteiligungen an Veranstaltern aufgeben, bis der Zuschaueranteil des Unternehmens unter die 30 Prozent-Grenze fällt. Im Anwendungsbereich der Crossmedia-Meinungsmacht kann das Unternehmen seine Marktstellung auf medienrelevanten verwandten Märkten vermindern oder Beteiligungen an Veranstaltern aufgeben, bis keine vorherrschende Meinungsmacht mehr gegeben ist. Andererseits kommen die vielfaltsichernden Maßnahmen der §§ 30–32 RStV in Betracht. Dabei handelt es sich entweder um die Einräumung von Sendezeit für unabhängige Dritte oder um die Einrichtung eines pluralistisch besetzten Programmbeirats, der für interne (binnenpluralistische) Vielfalt und Ausgewogenheit des Programms sorgen soll.

III. Reformvorschläge

Welchen Inhalt haben die gegenwärtig in der Diskussion befindlichen Vorschläge? Auf die Einzelheiten der verschiedenen Entwurfsfassungen eines

16 Dies gilt etwa für das rechtsstaatlich-demokratische Argument gegen eine „freihändige“ Konzentrationskontrollpolitik der KEK ohne steuernde gesetzliche Grundlage oder für das Argument der Offenheit der verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG auch für dichtere gesetzliche Vorgaben (namentlich verbindliche Aufgreifschwellen im Zuschaueranteil), s. dazu *Engel* (Fn. 71).

17 Scharf ablehnend *Bornemann* (Fn. 71).

geänderten § 26 aus Bayern, Rheinland-Pfalz und auch der KEK kann hier nicht in jeder Hinsicht eingegangen werden. Von doch wesentlicher Bedeutung sind aber die strukturprägenden Merkmale der jeweiligen Vorschläge und ihre grundlegende Tendenz.

1. KEK

Der KEK-Vorschlag¹⁸ hält grundsätzlich an der zur Zeit geltenden Konzeption des § 26 RStV fest und verankert den von der KEK zugrundegelegten qualitativen Ansatz hinsichtlich der wertenden Beurteilung der vorherrschenden Meinungsmacht sogar noch deutlicher im Gesetz. So wird die bisherige, zu viel Streit Anlass gebende Untergrenze von 25 Prozent Fernsehzuschaueranteil ganz aus dem Gesetz gestrichen und die Berücksichtigung der Stellung des fraglichen Unternehmens auf medienrelevanten verwandten Märkten einer Gesamtbeurteilung durch die KEK ohne quantitative Einschränkung eröffnet. Der in der Springer-Entscheidung entwickelte Ansatz einer Umrechnung crossmedialer Meinungsmacht in fiktive Zuschaueranteile und die Messung des so ermittelten, teils realen und teils fiktiven Zuschaueranteils am „Leitbild“ der 30 Prozent-Vermutung für vorherrschende Meinungsmacht wird also beibehalten.¹⁹ Erst und nur in Abs. 3 erfolgt dann die oben schon erwähnte Konzession an die politische Tendenz, mehr gesetzliche Konkretisierungen einzuführen. Allerdings beschränken sich diese Konkretisierungen auf nur zwei Nachbarmärkte, nämlich den Markt für Tageszeitungen und den Hörfunkmarkt. Insoweit sieht der Vorschlag eine gesetzliche Festschreibung der Hinzurechnung von Prozentpunkten zum Zuschaueranteil stufenweise für Marktanteile von je

18 KEK (Fn. 4).

19 § 26 Abs. 1 und 2 RStV im Vorschlag der KEK lauten: (1) Ein Unternehmen (natürliche oder juristische Person oder Personenvereinigung) darf in der Bundesrepublik Deutschland selbst oder durch ihm zurechenbare Unternehmen bundesweit im Fernsehen eine unbegrenzte Anzahl von Programmen veranstalten, es sei denn, es erlangt dadurch vorherrschende Meinungsmacht. Erreichen die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 30 vom Hundert, so wird vermutet, dass vorherrschende Meinungsmacht gegeben ist.

(2) Bei der Entscheidung, ob vorherrschende Meinungsmacht erlangt wird, ist auch die Stellung des Unternehmens auf den medienrelevanten verwandten Märkten zu berücksichtigen. Dabei ist durch eine Gesamtbeurteilung festzustellen, ob die Aktivitäten im Fernsehen und auf den medienrelevanten verwandten Märkten ergeben, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 vom Hundert im Fernsehen entspricht. Für die Gewichtung der Stellung des Unternehmens auf den medienrelevanten verwandten Märkten sind als Kriterien vor allem die Suggestivkraft, die Breitenwirkung und die Aktualität des jeweiligen Mediums zugrunde zu legen.

2,5 Prozent im jeweiligen Nachbarmarkt vor.²⁰ Hinsichtlich aller anderen verwandten und relevanten Märkte verzichtet der Entwurf ausweislich der Begründung bewusst auf eine gesetzliche Festlegung und überantwortet die Beurteilung nach wie vor im Einzelfall der KEK.

2. Rheinland-Pfalz

Der rheinland-pfälzische Vorschlag trägt die offensichtlichen Züge eines Kompromisses zwischen dem Bestreben, den konzeptuellen Ansatz der bisherigen KEK-Praxis – Hinzurechnung der Marktstellung auf benachbarten Märkten zum Zuschaueranteil – beizubehalten, andererseits aber doch die hinzuzurechnenden Prozentpunkte für die verschiedenen Märkte differenziert gesetzlich zu fixieren, dies zudem inhaltlich so, dass die fiktiven Zuschaueranteile im Vergleich zu denjenigen, die die KEK etwa im Springer-Fall zugrunde gelegt hat, deutlich abgesenkt werden. Auch der rheinland-pfälzische Vorschlag eines Punktemodells trägt also wirtschaftspolitischen Interessen an einer großzügigeren Genehmigungspraxis Rechnung. Das nach oben offene Potenzial der Um- und Hinzurechnung von Marktanteilen aus Nachbarmärkten im Sinne der KEK-Praxis wird daher gesetzlich auf höchstens zehn Prozentpunkte bei einer marktbeherrschenden Stellung im Tageszeitungs-, Online-Medien-, Plattformbetrieb- oder Suchmaschinenmarkt begrenzt. Liegt auf den Nachbarmärkten – wie praktisch wohl regelmäßig – keine marktbeherrschende Stellung vor, so können sogar nur vier Prozent je Markt hinzu addiert werden, und dies auch nur, wenn auf dem jeweiligen Markt ein Mindestanteil von 10 Prozent erreicht wird.²¹

20 § 26 Abs. 3 RStV des Vorschlages der KEK lautet: (3) Bei der Feststellung des maßgeblichen, durch Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten erreichten Meinungseinflusses und des ihm entsprechenden Zuschaueranteils sind

1. bei Erreichung eines bundesweiten Marktanteils auf dem Markt für Tageszeitungen von jeweils 2,5 Prozent \times Prozentpunkte hinzuzurechnen,
2. bei Erreichung eines bundesweiten Marktanteils auf den Hörfunkmarkt von jeweils 2,5 Prozent \times Prozentpunkte hinzuzurechnen,
3. bei Aufnahme von Fernsehprogrammen gemäß § 25 Abs. 4 in das dem Unternehmen zurechenbare Vollprogramm mit dem höchsten Zuschaueranteil 2 Prozentpunkte abzuziehen und
4. bei gleichzeitiger Aufnahme von Sendezeit für Dritte nach Maßgabe des Abs. 6 weitere 3 Prozentpunkte abzuziehen.

21 Staatskanzlei Rheinland-Pfalz, Entwurf einer Neufassung des § 26 RStV (Stand: 28. September 2009), § 26 Abs. 3: Zu dem Zuschaueranteil werden zusätzliche Prozentpunkte hinzugerechnet, wenn das Unternehmen auf bundesweiten verwandten oder relevanten Märkten eine bedeutsame Stellung hat, und zwar

1. auf verwandten Märkten (Tageszeitungen, Zeitschriften, Online-Medien, Hörfunk)
 - a) bei einem Marktanteil von mehr als zehn vom Hundert auf dem Markt der Tageszeitungen oder Online-Medien je vier Prozentpunkte und je weitere sechs Prozentpunkte bei einer marktbeherrschenden Stellung
 - b) bei einem Marktanteil von mehr als zehn vom Hundert auf dem Markt der Zeitschriften

Ein fiktiver Zuschaueranteil von 17 Prozent für die Marktstellung des Springer-Konzerns im Tageszeitungsmarkt oder die Hinzurechnung fiktiver Anteile für die unter 10 Prozent liegenden Anteile im Online-Bereich und dem Markt für Publikumszeitschriften, wie sie die KEK im Springer-Fall vorgenommen hatte, wären also auf der Grundlage dieses Punktemodells ausgeschlossen. Der Kompromisscharakter wird auch daran deutlich, dass der Vorschlag zwar einerseits auf eine materielle Untergrenze des Fernseh-zuschaueranteils verzichtet, theoretisch also auch die Feststellung von vorherrschender Meinungsmacht bei relativ geringen Fernseh-zuschaueranteilen ermöglicht, dafür aber eine verfahrensrechtliche Hürde vorsieht: Erst bei einem Mindestzuschaueranteil von 10 Prozent oder 15 Prozent (der Entwurf sieht beide Varianten noch ohne Entscheidung vor) kann das Prüfverfahren der KEK durchgeführt werden.

3. Bayern

Neuere Wege in der Weiterentwicklung des KEK-Konzepts geht der jüngste bayerische Entwurf. Während ein Vorgängerentwurf aus der Staatskanzlei noch einen Zuschaueranteil im bundesweiten Fernsehen – mit je nach diagonalen oder vertikalen cross-media-Konstellation unterschiedlich hoch angesetzt, aber abschließend gemeintem Schwellenwert – voraussetzte, löst sich der neue Entwurf im materiellen Tatbestand aus dem fernsehmärktzentrierten Zuschaueranteilsmodell und öffnet die Konzentrationskontrolle einer Gesamtmarktbetrachtung, die die Märkte für Fernsehen, Radio, Zeitungen, Zeitschriften und Internet einschließt. Er sieht zwar wie im geltenden Recht nach wie vor die Vermutung vorherrschender Meinungsmacht bei einem Fernseh-zuschaueranteil von 30 Prozent vor, daneben aber als alternative Variante eine solche Vermutung auch dann, wenn ein Unternehmen einen Nutzer-Anteil von 30 Prozent am Gesamtmedienmarkt erreicht, wobei sich die Anteile, für die verschiedenen Teilmärkte gewichtet mit einem unterschiedlichen Faktor, auf die Zahl der erreichten Zuschauer, Radiohörer, die Zeitungs- und Zeitschriftenauflage beziehen; für das Internet ist eine noch nicht näher bezeichnete Messgröße vorgese-

oder des Hörfunks je zwei Prozentpunkte und je weitere drei Prozentpunkte bei einer marktbeherrschenden Stellung

2. auf relevanten Märkten (insbesondere Netzbetrieb, Suchmaschinen, Produktionen, Rechtshandel)
- a) bei einem Marktanteil von mehr als zehn vom Hundert auf dem Markt Plattformbetrieb oder Suchmaschinen je vier Prozentpunkte und je weitere sechs Prozentpunkte bei marktbeherrschender Stellung,
- b) bei einem Marktanteil von zehn vom Hundert aus sonstigen relevanten Märkten je einen Prozentpunkt und je weitere eineinhalb Prozentpunkte bei marktbeherrschender Stellung.

hen.²² Die im Vorgängerentwurf noch enthaltene ausdrückliche Einbeziehung relevanter Nachbarmärkte (Netzbetrieb, Produktion, Rechtehandel, Plattformbetrieb) ist aufzugeben, ebenso der aus dem nordrhein-westfälischen Landesmediengesetz bekannte, dort allerdings verfassungsrechtlich umstrittene Grund einer Abweichung von der Vermutung vorherrschender Meinungsmacht trotz Überschreitens der Schwellenwerte, dass die Meinungsvielfalt aufgrund gleich starker Wettbewerber im jeweiligen Markt gesichert ist. Aus der Aufzählung zweier Widerlegungsgründe folgt, dass die Vermutung vorherrschender Meinungsmacht wie schon im Vorgängerentwurf nur zu Gunsten des Unternehmens widerlegt werden kann (also: quantitativer Ansatz), nämlich mit dem „Nachweis fehlender Meinungsrelevanz der zugerechneten Angebote“ oder dem „Nachweis eines fehlenden Durchgriffs auf die Inhalte der Angebote“, also einer Absicherung redaktioneller Unabhängigkeit gegenüber dem Unternehmenseigentümer. Auch im bayerischen Entwurf wird schließlich die Ergänzung des Zuschaueranteilsmodells um eine crossmediale Gesamtbetrachtung prozedural wieder dadurch relativiert, dass eine Prüfung (also auch in der zweiten Alternative vorherrschender Meinungsmacht im Gesamtmarkt) jedenfalls erst ab einer Beteiligung mit einem Zuschaueranteil von 15 Prozent stattfinden soll.

4. Literatur

Auch im Schrifttum sind in den letzten Jahren Vorschläge zur Fortentwicklung der medienrechtlichen Konzentrationskontrolle vorgelegt worden, die

22 § 26 RStV (Entwurf Bayern):

- (1) Ein Unternehmen kann mehrere Programme betreiben, wenn
 - ein ausreichender Informationsgehalt (Regionalprogramme) in einem der zurechenbaren Programme besteht und
 - gemäß Abs. 2 keine vorherrschende Meinungsmacht im Fernsehmarkt oder in einer Kombination der meinungsrelevanten Märkte entsteht.
 - (2) Vorherrschende Meinungsmacht
 1. wird vermutet, wenn
 - ein Zuschaueranteil von 30 Prozent im TV-Markt oder
 - ein Anteil von 30 Prozent am Gesamt-Medienmarkt besteht.
 2. Der gesamte Medienmarkt besteht aus
 - Fernsehen, Radio, Zeitungen, Zeitschriften und Internet.
 - Maßgebliche Messgrößen sind für den TV-Markt der Zuschaueranteil, beim Radiomarkt der Höreranteil, bei den Zeitungen und Zeitschriften die Auflage und im Internet die Messgröße N.
 3. in die Wertberechnung des Gesamtmarktes geht das Fernsehen mit Faktor A, das Radio mit Faktor B, die Zeitungen mit Faktor C, die Zeitschriften mit Faktor D und das Internet mit Faktor E ein.
 - Diese Faktoren werden alle 5 Jahre überprüft.
 - Grundlage für die Berechnung ist eine empirische Untersuchung.
- [...]

hier indes nicht einmal ansatzweise mit dem Anspruch auf Vollständigkeit vorgestellt werden können. Beispielhaft zu nennen ist etwa das Maluspunkte-Modell von *Wolfgang Schulz* und *Thorsten Held* aus dem Jahr 2006²³ und neuerdings ein darauf aufbauendes Punktemodell von *Laura-Johanna Reinlein*.²⁴ Auch diese Vorschläge bleiben, insoweit konservativ, der rundfunkspezifischen Regulierung verhaftet,²⁵ sie beziehen aber die zu ermittelnde vorherrschende Meinungsmacht auf die Gesamtheit aller relevanten Medienmärkte, verzichten also auf die umstrittene und in der Tat kritikwürdige Umrechnung²⁶ der Marktstellung in anderen Märkten in fiktive Zuschaueranteile im Fernsehzuschauermarkt.

IV. Maßstabentwicklung

1. Tatsachen, Prognosen, Spekulationen

Eine besondere Schwierigkeit der juristischen Argumentation auf dem Feld der verfassungsrechtlich gebotenen Vielfaltsicherung liegt darin, dass die hierfür geltenden normativen Maßstäbe tatsächliche Annahmen und kommunikationswissenschaftliche oder ökonomische Prognosen voraussetzen, die vielfach hochgradig ungesichert sind. Das gilt gerade auch für die Rundfunkregulierung und hier in besonderem Maß wieder für die Konzentrationskontrolle.²⁷ Schon die Regulierung als Instrument trägt experimentelle Züge; erst recht aber sind ihre Interpretation und die dafür ins Feld geführten Begründungen ein gutes Stück weit spekulativ. Teilweise wird der Charakter der Vielfaltsicherung als Risikovorsorge²⁸ unter den Bedingungen

23 *Schulz/Held*, Die Zukunft der Kontrolle der Meinungsmacht, Gutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, 2006, S. 70 ff.

24 *Reinlein* (Fn. 5), S. 260 ff.

25 *Schulz/Held*, S. 68: „Der Fokus auf Rundfunk entspricht derzeit noch der besonderen Bedeutung des Rundfunks für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung.“

26 *Schulz/Held* (Fn. 79), S. 30: „spiegelt eine mathematische Exaktheit vor, die nicht existiert; [...] können sich aber nur zum Teil auf kommunikationswissenschaftliche Erkenntnisse stützen.“; ebd. S. 65; ebenso *Dewenter* (Fn. 7), S. 47 (81).

27 *Koch* (Fn. 63), S. 308: „gesicherte Zusammenhänge bestehen aber gerade nicht“; *Bohne*, Cross-mediale Effekte in der Fusionskontrolle, WRP 2006, 540 (545): „Einordnung cross-medialer Effekte mit großen Unsicherheiten verbunden.“

28 Die Deutung des verfassungsrechtlichen Vielfaltsgewährleistungsauftrages als Vorsorgeauftrag kann sich auf die These des BVerfG stützen, dass „einmal eingetretene Fehlentwicklungen sich – wenn überhaupt – nur bedingt und nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig machen lassen“, BVerfGE 57, 295 (323); 73, 118 (160); 95, 163 (173), 119, 181 Rn. 126. Der Überzeugungskraft dieser These hätte freilich eine – leider fehlende – Begründung, weshalb gerade in den Medienmärkten eine präventive Strukturaufsicht unabdingbar und eine nachträgliche Verhaltens-Missbrauchsaufsicht unzureichend sei, gut getan. Zu den Grenzen des Risikovorsorgegedankens hinsichtlich einer vorsorglichen Konzentrationskontrolle s. noch unten, IV. 4.