Crossmedia Konzentration und multimediale Meinungsmacht

Professor Dr. Georgios Gounalakis / Dr. Georgios Zagouras, Marburg

Schon seit den Anfangstagen des Rundfunks spielt das Entstehen bzw. Verhindern von Meinungsmacht eine wichtige Rolle. Der technologischen Entwicklung auf den Schritt folgend hat das BVerfG keine Gelegenheit ausgelassen, die Bedeutung der Meinungsvielfalt speziell für das bundesweit veranstaltete Fernsehen zu betonen. Diese strengen Anforderungen offenbarten sich jetzt wieder bei einer geplanten multimedialen Großfusion, als das Bundeskartellamt (BKartA) die Übernahme der ProSiebenSat.1 Media AG durch die Axel Springer AG untersagte und die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) die Erteilung der erforderlichen Unbedenklichkeitserklärung verweigerte. Der nachstehende Beitrag zeichnet vor diesem aktuellen Hintergrund die medienrechtlichen Probleme kritisch nach, die bei multimedialen Großfusionen bei der Anwendung des Rundfunkstaatsvertrags (RStV) unter Beachtung der Rspr. des BVerfG zur Vielfaltsicherung auftreten.

I. Hintergründe crossmedialer Konzentration

Glaubt man Unternehmensberatern, Betriebs- und in zunehmendem Maße auch Volkswirten, so bewirkt ein Zusammenschluss von Unternehmen in erster Linie Synergieeffekte¹. Durch das Zusammenlegen von Produktionsmitteln und Know-how kann man Parallelstrukturen vermeiden, Kosten sparen und den Gewinn steigern. Eine crossmediale Ausrichtung bietet Konzernen beachtliche Vorteile in der Wertschöpfungskette von der Erlangung von Informationen bis hin zu ihrer medialen Vermarktung². Ist ein Medienunternehmen erst einmal auf vielen Plattformen vertreten und damit hinreichend diversifiziert, so können einmal erstellte Inhalte – dank Digitaltechnik und Konvergenz – gleich in unterschiedlichen Medien dargeboten und dank Werbung auch vermarktet werden³. Im Zuge der damit einhergehenden Kostendegression erhöhen zusätzliche Abnehmer gerade in werbefinanzierten elektronischen Medien die Einnahmen, während sie keine oder nur sehr geringe Mehrkosten verursachen⁴. Zuschauer, Leser, Internet-Surfer und Zuhörer können gleichermaßen mit Programminhalten aus einer Hand beliefert werden⁵. Werbekunden können Kombinationstarife angeboten werden, wodurch Werbezeit auch in weniger massenattraktiven Formaten an den Mann gebracht werden kann⁶. Bedenkt man, dass ein solch crossmedial ausgerichtetes Unternehmen für seine eigenen Produkte konzernintern kostengünstig Werbung treiben kann⁷, so könnte man meinen, eine solche multi-

mediale Großfusion berge nur Vorteile in sich. Zumindest wird man aber mit Peifer die Gründe für Konzentrationstendenzen innerhalb der Medien vorwiegend auf eine betriebswirtschaftliche Motivation zurückführen⁸.

Völlig anders bewerteten freilich das BKartA als Hüter des wirtschaftlichen und die KEK als Hüterin des publizistischen Wettbewerbs auf den Fernsehmärkten in jüngster Zeit die geplante Übernahme der ProSiebenSat.1 Media AG durch die Axel Springer AG⁹. Zur Sicherung des ökonomischen Wettbewerbs und damit insbesondere der Werbemärkte knüpfte das BKartA eine Genehmigung des Zusammenschlusses nach Maßgabe der §§ 37 ff. GWB u. a. an den vorherigen Verkauf des Senders ProSieben¹⁰. Die KEK verweigerte die Unbedenklichkeitserklärung nach § 26 Abs. 3 RStV, nachdem sie eine dem Zuschaueranteil von 42% entsprechende Meinungsmacht Springers errechnet hatte und sich das Unternehmen u. a. weigerte, einen senderübergreifenden Programmbeirat einzuführen¹¹. Damit wäre vorerst einheitlich entschieden¹², dass ein multimedialer Großkonzern solchen Ausmaßes zumindest nicht auf externem Unternehmenswachstum beruhen darf¹³. Auf medienrechtlicher Ebene hat der Fall einmal mehr die Frage aufgeworfen, wie weit die auf das bundesweit veranstaltete Fernsehen zugeschnittene Rundfunkkonzentrationskontrolle des § 26 RStV ihre Entscheidung auf die Beherrschung anderer medialer Märkte stützen darf. In der rundfunkrechtlichen Diskussion taucht die Frage nach Kompetenzen und Aufgaben der KEK immer wieder in neuem Gewand auf¹⁴, was letztlich aufgrund der finanziellen und politischen Tragweite der Thematik kaum verwundert¹⁵. Im Zusammenhang mit der aktuellen Debatte um die Übernahme der ProSiebenSat.1 Media AG steht in erster Linie die Auslegung von § 26 Abs. 2 RStV und sein Verhältnis zu Abs. 1 im Vordergrund¹⁶.

1. Im Bereich der Volkswirtschaft befindet sich beispielsweise die Meinung im Vormarsch, dass Oligopole weitaus größere Vorteile in sich bergen als ursprünglich vermutet. Siehe hierzu insb. Peifer, Vielfaltsicherung im bundesweiten Fernsehen, 2005, S. 25.
2. Gounalakis, Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?, 2002, Gutachten C zum 64. Deutschen Juristentag, S. C 134.
3. Gounalakis, a.a.O. (Fn. 2), S. C 74.
4. Kübler, MP 2004 S. 131 (132).
5. Zu den wirtschaftlichen Auswirkungen der Konvergenz auch Zagouras, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 13 ff.
6. Kübler, in: Hübner, Rechtsprobleme der privaten Rundfunkordnung, 1992, S. 43.
7. Diese Problematik wird im Allgemeinen unter dem Stichwort Cross Promotion diskutiert. Siehe hierzu Kübler, a.a.O. (Fn. 6), S. 44; Bornemann, K&R 2001 S. 301 (302 ff.); Platho, MMR 2002, S. 21 ff.

8. Peifer, a.a.O. (Fn. 1), S. 24 f. S. aber zu den konzentrationsfördernden Auswirkungen der Konvergenz insb. Gounalakis, a.a.O. (Fn. 2), S. C 73 f. sowie ders., NJW 2002 Beilage zu Heft 23 S. 20 (22).
9. Die Entscheidung des Bundeskartellamts ist im Internet unter <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/entscheidungen/fusionskontrolle/Entschfusion.shtml> abrufbar. Die der KEK kann unter <http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf> abgerufen werden.
10. Eine Freigabe des Zusammenschlussvorhabens sollte danach von der aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht werden, dass die Veräußerung des Senders ProSieben an einen unabhängigen Erwerber erfolgt und seine Vermarktung nicht länger durch Seven-OneMedia, sondern einen Dritten noch vor dem Zusammenschluss erfolgen müsste sowie dass das Bundeskartellamt der Veräußerung der ProSieben GmbH an einen Erwerber vorher zugestimmt hat.
11. S. hierzu den Beschluss vom 10. 1. 2006 KEK-293, S. 102 – Axel Springer AG, im Internet abrufbar unter <http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf>. Kritisch hierzu Säcker, K&R 2006 S. 49 (50), der hierin die Auswüchse einer „Expropriationsphilosophie“ zu erkennen glaubt, in der sich das „neozöialistische“ Leitbild der KEK verdeutliche.
12. Vgl. zur Notwendigkeit einer Harmonisierung der kartellrechtlichen und publizistischen Regulierung Gounalakis, AfP 2004 S. 394 (396).
13. Zum Erfordernis einer kooperativen Zusammenarbeit zwischen BKartA und KEK Gounalakis, a.a.O. (Fn. 2), S. C 133.
14. S. zur Diskussion insb. Kübler, MP 1999 S. 379 ff., sowie jüngst Bornemann, ZUM 2006 S. 200 (201); zur Streitfrage der Rechtsnatur der KEK Knothe, ZUM 1997 S. 6 (11); Hepach, ZUM 1999 S. 603 (606); Renck-Laufke, ZUM 2000 S. 369 (370).
15. Zu alternativen Regulierungskonzepten insb. Gounalakis, a.a.O. (Fn. 2), S. C 91 ff.
16. Dazu in jüngster Zeit insbesondere Holznaegel/Krone, MMR 2005 S. 666 ff. sowie Engel, ZUM 2005 S. 776 ff.

II. Einfachgesetzliche Rundfunkkonzentrationskontrolle nach dem RStV

Zentrale Bestimmung des Rundfunkkonzentrationsrechts ist § 26 RStV, der die Sicherung der Meinungsvielfalt im bundesweiten Fernsehen zum Gegenstand hat und insofern auch als Maßstab für die Beurteilung crossmedialer Zusammenschlüsse dient. Die allgemein als wenig gegliedert angesehene Bestimmung¹⁷ enthält in Abs. 1 das grundsätzliche Verbot vorherrschender Meinungsmacht im Fernsehen sowie in Abs. 2 Vermutungstatbestände, welche das Bestehen vorherrschender Meinungsmacht konkretisieren sollen. Die Rechtsfolgen einer solchen Dominanz richten sich zunächst nach § 26 Abs. 3 RStV¹⁸. Hiernach dürfen dem betreffenden Unternehmen weder weitere Zulassungen für ihm zurechenbare Programme erteilt noch – wie im Fall *Axel Springer* – der Erwerb zurechenbarer Beteiligungen an Veranstaltern als unbedenklich bestätigt werden¹⁹. Neben dieser Beschränkung externen Wachstums verhindert der RStV aber auch internes Unternehmenswachstum, wenn dies zu vorherrschender Meinungsmacht führt²⁰. Anders als das allgemeine Kartellrecht enthält § 26 Abs. 4 RStV verschiedene Möglichkeiten der Entflechtung publizistischer Meinungsmacht²¹, wie das Aufgeben von Unternehmensbeteiligungen oder das Ergreifen vielfaltsichernder Maßnahmen i. S. der §§ 30 ff. RStV²², also die Einräumung von Sendezeit für unabhängige Dritte oder die Einrichtung eines Programmbeirats²³.

Die Kernaussagen des einfachgesetzlichen Rundfunkkonzentrationsrechts werden in § 26 Abs. 1 RStV getroffen, der insofern als Grundsatznorm fungiert²⁴. Als Zeichen außenpluraler Vielfaltsicherung auf Basis des Zuschaueranteilmodells²⁵ steht es einem Unternehmen grundsätzlich frei, eine unbegrenzte Anzahl von Programmen selbst oder durch nach § 28 RStV zurechenbare Unternehmen im bundesweiten Fernsehen zu veranstalten²⁶. Dies gilt zumindest solange hieraus keine vorherrschende Meinungsmacht resultiert. Flankiert wird die Regelung insbesondere durch die Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 RStV, die Schwellenwerte von 30% und 25% des Zuschaueranteils vorsehen. § 26 Abs. 1 RStV selbst stellt dabei klar, dass der Unternehmensbegriff gleichermaßen natürliche und juristische Personen umfasst wie auch Personenvereinigungen²⁷. Unter welchen Voraussetzungen eine Programmzurechnung erfolgt, ergibt sich aus § 28 RStV²⁸, der einerseits die Sperrminoritätsschwelle von 25% am Kapital oder den Stimmrechten aufgreift, andererseits aber auch einen vergleichbaren Einfluss ausreichen lässt, der sich aus der Zulieferung von Programmteilen oder einem Mitbestimmungsrecht über wesentliche Entscheidungen ergeben kann²⁹. Nach den Grundsätzen des Wirtschafts- und Steuerrechts sind hierbei sogar bestehende

Angehörigenverhältnisse einzubeziehen³⁰. Hiernach zurechenbare Programme dürfen in ihrer Gesamtheit nicht zum Vorliegen einer vorherrschenden Meinungsmacht führen. Wann eine solche allerdings anzunehmen ist, wird bestenfalls präzisiert, nicht aber definiert³¹. Der Gesetzgeber hat es in diesem Fall vorgezogen, eine Reihe von Vermutungen in § 26 Abs. 2 RStV aufzustellen.

1. Die Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 RStV und ihre dogmatische Einordnung

a) Die Vermutungsregelungen des § 26 Abs. 2 RStV zwischen Beibringungsgrundsatz und Untersuchungsmaxime

Von der Verwendung gesetzlicher Vermutungen darf man sich im Falle des § 26 Abs. 2 RStV allerdings nur in ganz begrenztem Umfang eine Vereinfachung der Rechtsanwendung versprechen, zumal bereits ihre Rechtsnatur und Rechtsfolgen umstritten sind. Teilweise werden sie als typisierende Non-Liquet-Regelungen verstanden³², während sie von der KEK sowie von Teilen der Literatur als Beweislastverteilung behandelt werden, wie man sie aus dem Zivilprozess kennt³³. Da dieser von der Beibringungs- bzw. Verhandlungsmaxime geprägt ist, nehmen Vermutungsregeln hier eine andere Funktion wahr als im normalerweise von der Untersuchungsmaxime geprägten öffentlichen Recht³⁴. Im Zivilprozess bewirken sie in erster Linie die Umkehr der Beweislast³⁵. Bestrittene Tatsachen müssen von demjenigen bewiesen werden, den die betreffende Norm begünstigt. Vermutungen erleichtern die Beweisführung insofern, als der Betroffene nur diejenigen Umstände beweisen muss, die der jeweilige Vermutungstatbestand anführt, nicht aber die der Bezugsnorm³⁶. Der Prozessgegner hat dann die Möglichkeit, die Tatbestandsmäßigkeit der Bezugsnorm zu widerlegen³⁷.

Die Konsequenzen für die Konzentrationskontrolle können wie folgt verdeutlicht werden: Geht man von einer „zivilrechtlichen“ Vermutungsregelung aus, so muss der Beweispflichtige, hier also die KEK, nicht nachweisen, dass das Medienunternehmen über eine vorherrschende Meinungsmacht verfügt. Stattdessen würde der Nachweis genügen, dass das betreffende Unternehmen regelmäßig 30% der Zuschauer erreicht³⁸. Dem Unternehmen verbliebe insofern nur noch der Gegenbeweis³⁹. Es müsste nunmehr Tatsachen vortragen, aus denen sich ergibt, dass ihm keine vorherrschende Meinungsmacht zukommt. Anders werden dagegen Vermutungsregelungen im Zusammenhang mit der Untersuchungsmaxime gehandhabt. Hier wird das Ziel verfolgt, trotz ergebnisloser Überzeugungsbildung dem Zwang nach einer verbindlichen Entscheidung nachzukommen⁴⁰. Da eine Untersuchungspflicht der Verwaltung bzw. der Gerichte besteht, kann auf eine Vermutungsregelung nur dann zurückgegriffen werden, wenn der Untersuchungspflicht vollumfänglich nachgekommen wurde und der Rechtsanwender sich keine positive oder negative Überzeugung

17. So etwa jüngst wieder Engel, a.a.O. (Fn. 16); Holznapel/Krone, MMR 2005 S. 666 (667); sowie zur früheren Fassung schon Hepach, ZUM 1999 S. 603 (608) und Renck-Laufke, ZUM 2000 S. 105 (113).

18. Hierzu auch Janik, AfP 2002 S. 104 (110 f.).

19. S. dazu auch Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, RStV, § 26, 21. AL, Juli 2004, Rdn. 27.

20. Gounalakis, AfP 2004 S. 394 (395).

21. Sowohl das europäische als auch das deutsche Kartellrecht beschränken im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle lediglich externes Unternehmenswachstum. In den USA hingegen ist dies nach Maßgabe von Sec. 2 Sherman Act zwar theoretisch möglich, jedoch wurde hiervon bislang nur in zwei Fällen Gebrauch gemacht. Vgl. Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl., 1999, § 13, Rdn. 11; zur Diskussion um die Entflechtung von Microsoft u. a. Fleischer/Döge, WuW 2000 S. 705 ff.; Meier-Wahl/Wrobel, WuW 1999 S. 28 ff.

22. Zu misslungenen Versuchen der Vielfalt- und Qualitätssicherung in den USA auch Gounalakis, ZUM 2003, S. 180 (187).

23. Hierzu auch Zagouras, a.a.O. (Fn. 5), S. 276 f.

24. S. auch KEK-293, S. 69 ff. – Axel Springer AG.

25. Vgl. Gounalakis, a.a.O. (Fn. 2), S. C 48 ff.

26. Zu den Zurechnungsvoraussetzungen auch Mestmäcker, Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., 2001, Vor § 35, Rdn. 119 ff.

27. Die explizite Einbeziehung natürlicher Personen basiert auf dem kartellrechtlichen Vorbild der sog. „Flick-Klausel“, die mit § 36 Abs. 3 in das GWB eingeführt wurde, um auch die unternehmerische Betätigung von Privatpersonen erfassen zu können. Siehe hierzu Ruppelt, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 9. Aufl., 2001, § 36, Rdn. 74.

28. Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, a.a.O. (Fn. 19), § 28, Rdn. 2 ff.

29. Zagouras, a.a.O. (Fn. 5), S. 260 ff. Zur Berechnung der Zuschaueranteile insb. Peifer, a.a.O. (Fn. 1), S. 54.

30. Hierzu insb. Schweitzer, ZUM 1998 S. 597 ff.

31. Stock, JZ 1997 S. 583 (591) bezeichnet den Begriff in diesem Zusammenhang als „generalklauselartigen negativen Richtwert“, der materiellrechtlich weiterzuentfallen und schrittweise zu konkretisieren sei.

32. Engel, ZUM 2005 S. 776 (777); siehe auch Holznapel/Krone, MMR 2005 S. 666 (668).

33. KEK, K&R 1999 S. 475 (477) – Premiere; Hess, AfP 1997 S. 680 (682); Zagouras, a.a.O. (Fn. 5), S. 256.

34. Ittner, Die Vermutungen des GWB, 1998, S. 68 f.

35. Der Beklagte kann hier nur noch den Hauptbeweis erbringen. Das Hervorrufen von Zweifeln reicht nicht. Huber, Musielak, ZPO, 3. Aufl., 2002, § 292, Rdn. 5; Greger, Zöllner, ZPO, 25. Aufl., 2005, § 292, Rdn. 2.

36. Leopold, in: Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl., 1997, § 292, Rdn. 12; sowie Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., 2005, § 292, Rdn. 2.

37. Zur Beweislastumkehr Prütting, in: MK, ZPO, 2. Aufl., 2000, § 292, Rdn. 22.

38. S. in Bezug auf vergleichbare Vorschriften des Kartellrechts Ittner, a.a.O. (Fn. 34), S. 70.

39. Prütting, a.a.O. (Fn. 37), § 292, Rdn. 23.

40. So für § 26 Abs. 2 RStV auch Holznapel/Krone, MMR 2005 S. 666 (668); Engel, ZUM 2005 S. 776 (781), der trotz der Kategorisierung der Vorschrift als gesetzlicher Typus eine Aussage zur objektiven Beweislast erkennen will, die sich allerdings auf minimale Abweichungen von der 30%-Schwelle beschränke.

bilden konnte: mit anderen Worten muss eine *Non-Liquet*-Situation gegeben sein⁴¹. Damit lässt sich dem Vermutungstatbestand im verwaltungsrechtlichen Verfahren die Funktion einer Regel für den Fall der Überzeugungslosigkeit des Entscheidungsträgers zuweisen⁴². Die Vermutungsregelungen des § 26 Abs. 2 RStV kämen bei einer solchen Betrachtungsweise nur dann zum Einsatz, wenn die KEK nach vollständiger Ermittlung des Sachverhaltes und rechtlicher Beurteilung zu dem Schluss käme, dass vorherrschende Meinungsmacht weder ausgeschlossen noch angenommen werden kann⁴³.

Normalerweise sollen Vermutungstatbestände – sei es im Rahmen der Untersuchungs- oder Verhandlungsmaxime – die Beantwortung komplexer rechtlicher oder tatsächlicher Fragestellungen dadurch vereinfachen, dass einfach zu bestimmende Umstände zum Gegenstand der Vermutung werden⁴⁴. Ungewöhnlich an der Regelung des § 26 Abs. 2 RStV ist dagegen, dass die Vermutungstatbestände einerseits unbestimmte Rechtsbegriffe aufgreifen, andererseits aber selbst umfassende Wertungen zum Gegenstand haben, wie z. B. in § 26 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 RStV. Da das Kartellrecht mit ähnlichen Wertungsproblemen konfrontiert ist⁴⁵ und der Rundfunkkonzentrationskontrolle des RStV zumindest teilweise als Vorbild diente⁴⁶, lässt sich die Rechtsnatur der Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 RStV einerseits anhand der kartellrechtlichen Vorlagen, andererseits aber unter Berücksichtigung ihrer Entstehungsgeschichte bestimmen⁴⁷.

b) Vermutungsregelungen im GWB

Die wichtigste Vermutungsregelung des GWB enthält § 19 Abs. 3 GWB, der die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung i. S. v. § 19 Abs. 1 GWB erleichtern soll⁴⁸. Ähnlich wie die Vermutungen des § 26 Abs. 2 RStV wird auch im Kartellrecht diskutiert, ob es sich hierbei lediglich um Aufgreifstatbestände handelt, bzw. ob ihnen eine echte, materielle Wirkung beizumessen ist⁴⁹. In Bezug auf § 19 Abs. 3 GWB gilt jedoch die Besonderheit, dass die Vermutungsregelung weder eindeutig dem Zivil- noch dem Verwaltungsverfahren zuzuordnen ist⁵⁰. Da ein und dieselbe Vermutungsregelung sowohl bei kartellrechtlichen Streitigkeiten zwischen Privaten als auch hoheitlich, im Rahmen der Missbrauchsaufsicht bzw. Fusionskontrolle herangezogen wird⁵¹, könnte man sie geradezu als janusköpfig bezeichnen. Im Rahmen des vom öffentlich-rechtlichen Untersuchungsgrundsatz geprägten kartellrechtlichen Verwaltungsverfahrens weist der BGH § 19 Abs. 3 GWB nicht die Funktion einer gesetzlichen Vermutung im zivilrechtlichen Sinne zu; sie entfaltet ihre Wirkung vielmehr erst, wenn die Kartellbehörden nach der freien Würdigung des gesamten Verfahrensergebnisses eine marktbeherrschende Stellung des betreffenden Unternehmens weder ausschließen noch bejahen können⁵². Dennoch bleibt die Vermutung auch in einem solchen Fall noch widerlegbar.

Innerhalb zivilrechtlich ausgetragener Kartellrechtsstreitigkeiten richten sich dieselben Vermutungsregelungen allerdings nicht mehr an die Kartellbehörden, sondern an verschiedene private Parteien i. S. der ZPO. Insofern kann § 19 Abs. 3 GWB auch nicht mehr als eine reine *Non-Liquet*-Regelung verstanden werden⁵³. Während die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte sich als uneinheitlich erweist⁵⁴, geht der BGH innerhalb zivilprozessualer Verfahren aber davon aus, dass § 19 Abs. 3 GWB zumindest eine mittelbare Beweislastwirkung zukommt: Ein in Anspruch genommenes Unternehmen kann sich nicht auf unsubstantiiertes Bestreiten zurückziehen. Es hat vielmehr substantiiert darzulegen, weshalb es trotz Erfüllung der Vermutungstatbestände gerade nicht als marktbeherrschend anzusehen ist⁵⁵. Letztlich ausschlaggebend bleibt dabei speziell im crossmedialen Zusammenhang eine wertende Gesamtschau unternehmens- und marktbedingter Merkmale, wie sie in § 19 Abs. 2 GWB niedergelegt sind⁵⁶. Dennoch kommt es über die Vorschrift des § 173 VwGO zu einer Durchbrechung der *Non-Liquet*-Funktion der Vermutungsregelungen auch innerhalb der Untersuchungsmaxime, wodurch die zivilprozessualen Vermutungswirkungen des § 292 ZPO eintreten können⁵⁷.

c) Schlussfolgerungen für die Einordnung von § 26 Abs. 2 RStV

Exakt dieses Ziel verfolgte auch der Gesetzgeber bei der Schaffung der Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 RStV⁵⁸. Sogar im Hinblick auf die 30%-Grenze in Satz 1 der Vorschrift sah er es als Aufgabe des betroffenen Unternehmens an, die Vermutungswirkungen zu widerlegen. So führt die amtliche Begründung zu § 26 RStV aus: *„Es bleibt dem Unternehmen unbenommen nachzuweisen, dass trotz des Erreichens der 30-vom-Hundert-Grenze vorherrschende Meinungsmacht nicht gegeben ist. [...] Vielmehr wird das Unternehmen nachzuweisen und die KEK zu prüfen und festzustellen haben, in welcher Weise mit Blick auf die Gesamtheit der Programmangebote trotz des Erreichens der 30-vom-Hundert-Grenze bzw. trotz der vorherrschenden Position auf Medienmärkten ein Mehr an qualitativer Meinungsvielfalt vorliegt.“*⁵⁹ Diese Zielsetzung spiegelt präzise das Verständnis des BGH von der Handhabung kartellrechtlicher Vermutungstatbestände im Rahmen einer zivilprozessualen Durchsetzung wieder⁶⁰. Die substantiierte Darlegung von Gründen, die trotz Erreichens der Tatbestandsvoraussetzungen des § 26 Abs. 2 Satz 1, 2 RStV das Vorliegen einer dominierenden Meinungsmacht widerlegen, wird explizit zur Aufgabe der Medien, nicht aber der KEK erklärt⁶¹. Folglich sollte gerade keine auf eine *Non-Liquet*-Situation⁶² beschränkte Vermutungsregelung i. S. des öffentlichen Rechts geschaffen werden.

Allein aus den Ermittlungsbefugnissen der KEK lässt sich jedenfalls nicht ableiten, dass die Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 RStV lediglich verwaltungsrechtliche Vermutungswirkungen hervorrufen

41. Ittner, a.a.O. (Fn. 34), S. 74.

42. Vgl. Berg, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980, S. 84; Nierhaus, Beweismaß und Beweislast, 1989, S. 365.

43. Allerdings geht selbst Engel, ZUM 2005 S. 776 (781) davon aus, dass Durchbrechungen der gesetzlichen Typisierung des § 26 Abs. 2 RStV in engem Umfang möglich sind.

44. Vgl. Hartmann, in: Baumbach/Hefermehl, ZPO, 62. Aufl. 2004, § 292, Rdn. 1 f.

45. Vgl. Engel, ZUM 2005 S. 776 (777), der ein Versagen der kartellrechtlichen Vermutungsregeln zu erkennen glaubt. Dabei verkennt er aber die spezifischen Eigenarten des Kartellrechts und die mittelbare Wirkung der Vermutungen. Siehe hierzu auch Prütting, a.a.O. (Fn. 37), § 292, Rdn. 15; ders., in: FS Vieregge, 1995, S. 733 (739 f.).

46. Gounalakis, a.a.O. (Fn. 2), S. C 105; Peifer, a.a.O. (Fn. 1), S. 77. Zu den unterschiedlichen Zielsetzungen von allgemeinem Kartellrecht und Rundfunkkonzentrationskontrolle auch Janik, AfP 2002 S. 104 (107); Zagouras, a.a.O. (Fn. 5), S. 284 ff. Vgl. auch KEK-293, S. 74 – Axel Springer AG.

47. Zur Interdependenz zwischen kartellrechtlichem Vorbild und Rundfunkkonzentrationskontrolle sowie zum Erfordernis einer Harmonisierung der Regulierungsbereiche Gounalakis, ZUM 2003 S. 180 ff. sowie ders., K&R 1999 S. 541 (542).

48. Vgl. Möschel, a.a.O. (Fn. 26), § 19, Rdn. 90.

49. Hierzu Prütting, in: FS Vieregge, S. 733 (740); Möschel, a.a.O. (Fn. 26), § 19, Rdn. 92.

50. Vgl. Bechthold, GWB, § 19, Rdn. 49.

51. Prütting, a.a.O. (Fn. 37), § 292, Rdn. 15; ders., in: Vieregge (Fn. 45), S. 733 (739 f.).

52. BGHZ 79 S. 62 (65) = DB 1981 S. 1030 – Hydraulischer Schreitausbau; WuW/E BGH S. 1749 (1754) – Klöckner-Becorit; sowie WuW/E BGH, S. 3037 (3039) = DB 1996 S. 1230 – Raiffeisen. Speziell im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle auch Ewen, in: Schulte, Fusionskontrolle, 2005, Rdn. 423; Richter, in: Wiedemann, KartR, 1999, § 20 Rdn. 98.

53. Vgl. Ruppelt, a.a.O. (Fn. 27), KartR, § 19, Rdn. 66.

54. OLG Düsseldorf, WuW/E OLG, S. 1913 (1914) = DB 1978 S. 531 – Allkau sowie die Gegenauffassung von OLG Hamburg, WuW/E S. 3195 (3197) – Metall-Lösungsmittel. Siehe zu der Handhabung von Vermutungen im Zivilrecht auch Ittner, a.a.O. (Fn. 34), S. 255.

55. BGH, WRP 1988 S. 594 (597 f.) = DB 1988 S. 1791 – Sonderungsverfahren.

56. Vgl. BGH, WuW/E BGH S. 1749 (1754) = DB 1981 S. 1030 – Klöckner-Becorit.

57. Dazu auch Prütting, in: FS Vieregge, a.a.O. (Fn. 45), S. 744.

58. Genau diesen Umstand verkennt aber Engel, ZUM 2005 S. 776 (777), der die Motivation des Gesetzgebers missachtet, gerade keine verwaltungsrechtlichen Grundsätze walten zu lassen, sondern bewusst eine Beweislastregelung zu schaffen. Siehe auch KEK-293, S. 77 – Axel Springer AG.

59. Amtliche Begründung zum dritten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, abgedruckt bei Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, a.a.O. (Fn. 19), § 26, S. 3.

60. Vgl. BGH, WRP 1988 S. 594 (597 f.) – Sonderungsverfahren.

61. Anders allerdings Engel, ZUM 2005 S. 776 (781), der den gesetzgeberischen Willen wegen der Handhabung von Vermutungsregelungen im öffentlichen Recht als unbeachtlich erklären will und damit letztlich versucht, das Pferd von hinten aufzuzäumen.

sollen⁶³ oder dass es sich damit nur um gesetzliche Typisierungen handle⁶⁴. Dem steht bereits entgegen, dass es sich bei der Rundfunkkonzentrationskontrolle nicht um konventionelles Verwaltungsrecht handelt: Die Grundrechtsrelevanz der Materie und der gesetzgeberische Wille verlangen einen Umgang mit der Norm nach zivilprozessualen Prinzipien⁶⁵, selbst wenn man die Vermutungen des § 26 Abs. 2 RStV formal nicht dem Zivilrecht zuordnen mag⁶⁶. In jedem Fall wird man eingestehen müssen, dass sie – historisch betrachtet – zumindest wie zivilrechtliche Vermutungstatbestände behandelt werden sollen⁶⁷. Folglich wird man um eine analoge Anwendung des § 292 ZPO nicht umherkommen⁶⁸.

2. Der absolute Schwellenwert in § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV

Richtet man nun das Augenmerk auf die einzelnen Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 RStV, so wird man feststellen müssen, dass Satz 1 der Vorschrift eine eher untergeordnete Rolle spielt, da die Meinungsmacht hier ausschließlich aus dem erreichten Zuschaueranteil hergeleitet wird, ansonsten aber gerade multimediale Meinungsmacht i. S. crossmedialer Konzentration unberücksichtigt bleibt. Allerdings wird die Regelung im Rundfunkkonzentrationsrecht als eine Art Marktanteilsbeschränkung verstanden, die zum Schutz der Meinungsvielfalt in der Fernsehbranche nicht nur aus Zusammenschlüssen resultierendes externes Wachstum⁶⁹, sondern ebenso internes Unternehmenswachstum verhindern soll⁷⁰. In der Vorschrift spiegelt sich der Systemwechsel vom Beteiligungsgrenzen- zum Zuschauermarktanteilmodell wieder, nachdem sich eben jenes als uneffektiv erwiesen hatte⁷¹. Dementsprechend wird vorherrschende Meinungsmacht auch nicht mehr aus der Anzahl der zurechenbaren Programme und ihrer Beteiligungen geschlossen⁷², sondern vermutet, wenn die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 30% erreichen. Beurteilungsgrundlage hierfür ist der Gesamtmarkt der Zuschauer einschließlich der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten⁷³. Die konkrete Berechnung der Zuschaueranteile erfolgt nach den in § 27 RStV festgelegten Methoden⁷⁴. Welche Programme dabei zu berücksichtigen sind, ergibt sich aus § 28 RStV, der einerseits an gesellschaftsrechtlichen Kategorien, andererseits aber auch an den medienrechtlichen, in Form der Einflussnahme auf die inhaltlichen Ausgestaltung eines Programms, anknüpft⁷⁵. Da die hierin vorgesehene Marktanteilsbeschränkung von 30% bislang von keinem Rundfunkunternehmen erreicht wurde und in Anbetracht des in § 26 Abs. 2 RStV enthaltenen Bonusystems wohl auch kaum jemals erreicht wird⁷⁶, ist die Regelung für die hiesige Fragestellung von geringer Bedeutung.

3. Vorherrschende Meinungsmacht durch Beherrschung eines medienrelevanten verwandten Marktes nach § 26 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 RStV

Für die medienrechtliche Erfassung multimedialer Meinungsmacht sind dagegen die Vermutungen des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV von zentralem Interesse, die teils unmittelbar kartellrechtliche Vorfragen aufgreifen, teils aber auch eine Gesamtbewertung zulassen. Voraussetzung ist in beiden Fällen das Erreichen der 25%-Schwelle. Nach der ersten Alternative wird die vorherrschende Meinungsmacht eines Unternehmens vermutet, wenn es 25% der Zuschauer erreicht und auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Während sich die Bestimmung des Zuschaueranteils nach Kriterien des § 26 Abs. 1, 2 Satz 1 RStV richtet, ist die Marktbeherrschung nach § 19 Abs. 2 GWB und damit nach rein kartellrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen⁷⁷. Es kommt also darauf an, ob das Unternehmen auf dem medienrelevanten verwandten Markt einem (wesentlichen) Wettbewerb ausgesetzt ist⁷⁸, oder ob ihm eine übertragende Marktstellung i. S. v. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB zukommt⁷⁹.

Die Frage, ob sich aus der Beherrschung eines derartigen Marktes tatsächlich eine vorherrschende Meinungsmacht ergibt, hat die KEK nicht nach normativen Gesichtspunkten zu beantworten. Im Unterschied zu der Gesamtbewertung des § 26 Abs. 2 Satz 2, Alt. 2 RStV hat sie nicht zu gewichten, wie bedeutend der betreffende Markt für die Vielfaltssicherung auf dem Fernsehmarkt ist. Statt dessen setzt die Vorschrift lediglich die Lokalisierung des relevanten Marktes nach kartellrechtlichen Gesichtspunkten und die medienrechtliche Wertung voraus, ob dieser auch als medienrelevant und dem Fernsehmarkt verwandt anzusehen ist⁸⁰. Wann immer diese Kriterien erfüllt sind, hat das betreffende Unternehmen der KEK nachzuweisen, dass es gerade nicht über vorherrschende Meinungsmacht verfügt⁸¹. Erst zu diesem Zeitpunkt ist zu berücksichtigen, inwieweit der Meinungspluralismus durch die Beherrschung eines benachbarten Marktes gefährdet wird. Genau dies ist in rundfunkkonzentrationsrechtlicher Hinsicht auch der Anknüpfungspunkt der Beurteilung crossmedialer und damit plattformübergreifender Verflechtung⁸². Das rechtliche Einfallsforum für die Beurteilung dieser multimedialen Meinungsmacht ist nach Alt. 1 der Vorschrift wiederum das Kartellrecht und damit der ökonomische Einfluss eines Unternehmens auf Märkten, die sich zumindest mittelbar auf das Entstehen von Meinungsmacht im Bereich des Fernsehens auswirken.

a) Bestimmung und Abgrenzung des relevanten Marktes

Zur dabei erforderlichen kartellrechtlichen Beurteilung einer Marktbeherrschung muss zunächst ein relevanter Markt lokalisiert wer-

62. Etwas Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der amtlichen Begründung zum sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, der zwar erläutert, warum der Termin der „geringfügigen Unterschreitung“ durch Einführung der 25%-Grenze ersetzt wurde, sonst aber keine Angaben enthält, die den Schluss auf eine Abkehr vom ursprünglichen gesetzgeberischen Willen enthalten könnten. Vgl. hierzu die amtliche Begründung, abgedruckt bei *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, a.a.O. (Fn. 19), § 26, S. 3.

63. Vgl. *Holznapel*, Rechtsgutachten zur Auslegung des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV, 2005, S. 19; abrufbar unter http://www.kek-online.de/Inhalte/antwort_asv_itm.pdf.

64. So *Engel*, ZUM 2005 S. 776 (781).

65. Vgl. *Zagouras*, a.a.O. (Fn. 5), S. 256.

66. Dies dient letztendlich auch dem Regulierungsziel einer mittel- bis langfristigen Harmonisierung der ökonomischen und publizistischen Wettbewerbsregulierung. Hierzu *Gounalakis*, AfP 2004 S. 394 (396 f.).

67. Vgl. zur Parallelproblematik bei der Handhabung kartellrechtlicher Vermutungsregelungen *Prütting*, in: FS Vieregge, a.a.O. (Fn. 45), S. 744.

68. So schon *Hess*, AfP 1997 S. 680 (682). Auch die KEK geht von einer derartigen Widerlegbarkeitswirkung aus. Vgl. KEK-293, S. 73 – Axel Springer AG.

69. Vgl. auch *Kübler*, a.a.O. (Fn. 6), S. 45.

70. *Stock*, JZ 1997 S. 583 (591).

71. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, a.a.O. (Fn. 19), § 26, Rdn. 4; *Mestmäcker*, a.a.O. (Fn. 26), Vor § 35, Rdn. 103.

72. S. zur Entwicklung der Beteiligungsbeschränkungen in den USA auch *Baker/Kübler*, MP 2004 S. 81 (83).

73. *Kuch*, ZUM 1997 S. 12 (14).

74. Vgl. diesb. *Kreile/Stumpf*, MMR 1998 S. 192 ff.

75. Dazu *Zagouras*, a.a.O. (Fn. 5), S. 258 ff. Siehe allerdings zu Bedenken gegen weitergehende positive Programmanforderungen *Gounalakis*, ZUM 2003 S. 180 (187).

76. Nicht zuletzt aus diesem Grund stand die Regelung allerdings schon in heftiger Kritik: vgl. *Stock*, JZ 1997 S. 583 (592), der hierin eine konzernfreundliche, konzentrationsfördernde Tendenz erkennen will. Sowie *Clausen-Muradian*, ZUM 1996 S. 934 (943); *Mestmäcker*, a.a.O. (Fn. 26), Vor § 35, Rdn. 101.

77. *Mestmäcker*, a.a.O. (Fn. 26), Vor § 35, Rdn. 112. A. a. *Kuch*, ZUM 1997 S. 12 (15), der die hauptsächlich auf Erfassung der Anzeigenmärkte ausgerichteten Medienmärkte nicht für die Erfassung des publizistischen Wettbewerbs heranziehen will.

78. Bei Oligopolen wird eine Marktbeherrschung nach § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB vermutet, wenn entweder bis zu drei Unternehmen 50% des Marktes kontrollieren oder bis zu fünf Unternehmen einen Marktanteil von bis zu zwei Dritteln erreichen.

79. Als Faktoren sind hierbei insbesondere der Marktanteil des Unternehmens, seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtung mit anderen Unternehmen, rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen aber auch der Umfang des tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt zu berücksichtigen. Vgl. hierzu *Bechtold*, a.a.O. (Fn. 50), § 19, Rdn. 28 ff. Ob eine Marktbeherrschung tatsächlich angenommen werden kann, hängt in der Praxis regelmäßig von den Vermutungstatbeständen des § 19 Abs. 3 GWB ab, wonach eine Monopolstellung u. a. bei einem Marktanteil von einem Drittel angenommen wird.

80. Vgl. *Mestmäcker*, a.a.O. (Fn. 26), Vor § 35, Rdn. 112.

81. So auch die amtliche Begründung zum dritten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, abgedruckt bei *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, a.a.O. (Fn. 19), § 26, S. 3.

82. S. zur Förderung von Konzentration durch crossmediale Verflechtung auch *Gounalakis*, a.a.O. (Fn. 2), C 140.

den⁸³. Methodisch erfolgt dies nach dem Bedarfsmarktkonzept, wonach aus Sicht der Marktgegenseite zu entscheiden ist, ob bestimmte Waren oder gewerbliche Leistungen in sachlicher, räumlicher und ggf. zeitlicher Hinsicht untereinander austauschbar sind⁸⁴. Die Kasuistik zur sachlichen Marktabgrenzung im Bereich der Medien ist reichhaltig⁸⁵. So geht man insbesondere bei der Presse von unterschiedlichen Märkten für Tages- und Wochenzeitungen, Straßenverkaufs- und Abonnementzeitungen, lokalen, regionalen und überregionalen Tageszeitungen, aber auch für Publikums- und Fachzeitschriften aus⁸⁶. Speziell bei medialen Märkten gilt allerdings die Besonderheit, dass jeweils parallele Märkte für ein Produkt bestehen: zum einen ein Rezipienten-, zum anderen aber ein entsprechender Werbemarkt⁸⁷. Einschränkungen von diesem Grundsatz gelten allenfalls für Medien, die kostenlos an die Rezipienten vertrieben werden, etwa beim Free-TV oder bei Anzeigenblättern⁸⁸, da es hier am erforderlichen Leistungsaustausch zwischen Anbieter und Rezipienten fehlt⁸⁹. Letztlich wird man hierzu wohl auch eine Vielzahl der werbefinanzierten Tele- und Mediendienste zählen müssen, für die sich ohnehin nur schwerlich eigenständige Märkte bilden lassen⁹⁰. Neben dieser sachlichen Marktbestimmung kann es im Einzelfall auch auf eine räumliche Marktbestimmung ankommen, die sich methodisch allerdings nur insofern von der sachlichen unterscheidet, als eine Austauschbarkeit aus geographischer Sicht maßgeblich ist⁹¹. Von Bedeutung ist dies insbesondere für lokal und regional ausgerichtete Medienprodukte, etwa Lokalzeitungen oder Regionalsender⁹².

b) Medienrelevanz des Marktes und Verwandtschaft zum Fernsehmarkt

Wann sich crossmediale wirtschaftliche Macht auch auf die Bestimmung von publizistischer Meinungsmacht auswirkt, hängt in erster Linie von der Auslegung des Merkmals „medienrelevanter verwandter Markt“ ab. Rechtstechnisch ist dabei zu beurteilen, ob die ökonomische Marktstärke eines Medienunternehmens sich zumindest auch mittelbar auf die Bestimmung von Meinungsmacht im Fernsehen auswirken kann. Auch in diesem Punkt hat sich der Gesetzgeber unbestimmter Rechtsbegriffe bedient, ohne sie näher zu konkretisieren⁹³. Nach der Spruchpraxis der KEK beurteilt sich Medienrelevanz danach, ob der betreffende Markt für den Prozess öffentlicher Meinungsbildung von Bedeutung ist oder ob er geeignet ist, die Meinungsmacht im Fernsehen auf vor- oder nachgelagerten Märkten zu verstärken. Dabei werden Faktoren wie die Suggestivkraft, Breitenwirkung, Aktualität aber auch Nutzungsdauer herangezogen⁹⁴. Erste Anhaltspunkte für die Auslegung der Merkmale finden sich freilich in der amtlichen Begründung zu § 26 RStV, wonach „Werbung, Hör-

funk, Presse, Rechte, Produktion und andere medienrelevante verwandte Märkte einzubeziehen“ sind⁹⁵. Trotz dieser recht oberflächlichen Umschreibung lassen sich Untergruppen ableiten, die eine Systematisierung der Medienrelevanz ermöglichen.

Dies gilt zunächst für die in der Begründung aufgezählten Märkte für Rechte und Produktion. Hieraus lässt sich schließen, dass der Fernsehveranstaltung vorgelagerte Märkte als medienrelevant und verwandt einzustufen sind. Somit ist die Beschaffung ausländischer Spielfilme, Serien etc. auf dem Weltmarkt ebenso erfasst wie die Lizenzierung von Fernsehshows. Gleiches gilt für Informationsbeschaffungsmärkte, also Nachrichtenagenturen oder Bilddienste. Selbst die Lizenzvergabe für Fernsehrechte ist nach den Maßstäben des BVerfG als medienrelevant anzusehen⁹⁶. Um einen dem Fernsehmarkt vorgelagerten Markt handelt es sich schließlich auch bei Navigationsdiensten⁹⁷, die durch eine Vielzahl von Programmen führen⁹⁸. Dem Fernsehmarkt nachgelagerte Märkte – beispielsweise für den Vertrieb von Programminhalten auf DVD oder anderen Kommunikationsplattformen wie dem Internet – gehören ebenso zu den medienrelevanten verwandten Märkten wie das Merchandising, etwa in Form von Produktlizenzierungen durch Fernsehsender oder Dritte⁹⁹. Da zumindest die Veranstaltung von Vollprogrammen im Fernsehen immer noch sehr kostenintensiv ist, spielen diese Branchen wegen ihrer relativ geringen Umsätze eine eher untergeordnete Rolle.

Anders verhält es sich bei konventionellen Massenmedien. Der Gesetzgeber rechnet zu diesen Parallelmärkten den Hörfunk sowie die Presse¹⁰⁰, was jedoch nicht als abschließende Aufzählung verstanden werden darf, da im kartellrechtlichen Sinne weder ein einheitlicher Markt für Presseprodukte noch für den Rundfunk oder gar den Hörfunk besteht¹⁰¹. Auch die Werbung ist streng genommen zu den Medien zu zählen, da sie letztendlich schon bei der Abgrenzung der medialen Märkte ausschlaggebend ist. Schließlich können auch Mediendienste, etwa Internet-Portale, zu dieser Fallgruppe gezählt werden, sofern sich für sie ein relevanter Markt bestimmen lässt¹⁰². Die letzte Gruppe der medienrelevanten verwandten Märkte stellen die Märkte für die technische Übermittlung von Fernsehsignalen dar. Obgleich dies von Teilen des Schrifttums bezweifelt wird¹⁰³, ist ihre Einbeziehung in § 26 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 RStV verfassungsrechtlich geboten: So betonte das BVerfG ausdrücklich im DSF-Beschluss, dass Meinungsmacht auch aus der vertikalen Verflechtung von Rundfunkveranstaltern mit Produktionsfirmen, Inhabern von Film- und Sportverwertungsrechten, ja sogar Eigentümern von Programmzeitschriften geschlossen werden kann, ebenso wie aus Faktoren, die aus dem privatrechtlichen Betreiben von Übertragungswegen resultieren¹⁰⁴.

83. Vgl. Janik, AfP 2002 S. 104 (110 f.).

84. Bechthold, a.a.O. (Fn. 50), § 19, Rdn. 6.

85. Hierzu insb. Möschel, a.a.O. (Fn. 26), § 19, Rdn. 30.

86. Vgl. zur Kasuistik auch Bechthold, GWB, § 19, Rdn. 12.

87. So die ständige Rechtsprechung; vgl. BGHZ 76 S. 55 (70) = AfP 1980 S. 94 = DB 1980 S. 1329 – Elbe Wochenblatt; siehe insb. Möschel, a.a.O. (Fn. 26), § 19, Rdn. 30.

88. Bechthold, GWB, 3. Aufl., § 19, Rdn. 13.

89. Gounalakis, a.a.O. (Fn. 2), S. C 106; Möschel, a.a.O. (Fn. 26), § 19, Rdn. 30; a. A. Trafkowski, Medienkartellrecht, S. 34 f. m. w. N.

90. Dies liegt zum einen daran, dass es bislang noch an einer einschlägigen Kasuistik im Bereich der Internetmedien fehlt. Andererseits führt jedoch gerade der Umstand der Interaktivität dazu, dass es oftmals am Merkmal der funktionalen Austauschbarkeit fehlen dürfte, da Internetdienste ihre Auftritte nach Belieben frei gestalten können und damit zwischen echter Interaktion i. S. von Individualkommunikation und Massenkommunikation wechseln können. Dies macht es bei reinen Contentdiensten schwierig überhaupt einen sachlich relevanten Markt herauszukristallisieren. Freilich gibt es innerhalb der Internetdienste auch feststehende Kategorien, etwa die sog. Unified Messaging Dienste, die kartellrechtlich einen Markt darstellen. Siehe hierzu Zagouras, a.a.O. (Fn. 5), S. 24.

91. Schulte, a.a.O. (Fn. 52), Rdn. 406 ff.

92. Gerade auf diese kommt es aber auch in verfassungsrechtlicher Sicht an. BVerfGE 73 S. 118 (177) = AfP 1986 S. 314 – Niedersachsen. Vgl. Kübler, a.a.O. (Fn. 6), S. 44.

93. Renck-Laufke, ZUM 2000 S. 369 (373).

94. KEK-293, S. 80 f. – Axel Springer AG.

95. So die amtliche Begründung, abgedruckt bei Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, a.a.O. (Fn. 19), § 26, S. 3.

96. So sind bei der Bestimmung vorherrschender Meinungsmacht etwa auch Übertragungsrechte zu berücksichtigen. BVerfGE 95 S. 163 (173) = AfP 1997 S. 756 – DSF.

97. Hierzu Gounalakis, a.a.O. (Fn. 2), C. 75.

98. Gounalakis, AfP 2004 S. 394 f.; Renck-Laufke, ZUM 2000 S. 105 (112).

99. Zu denken ist hier an eine überaus breite Produktpalette, die beispielsweise Spiele oder Schmuck umfassen kann. Siehe zu diesem Fragenkomplex insb. auch Mand, Erwerbswirtschaftliche Betätigung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten außerhalb des Programms, S. 103 ff.

100. Amtliche Begründung, abgedruckt bei Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, a.a.O. (Fn. 19), § 26, S. 3; siehe hierzu auch Janik, AfP 2002 S. 104 (110 f.).

101. Vgl. Möschel, a.a.O. (Fn. 26), § 19, Rdn. 30; Gounalakis, AfP 2004 S. 394 (396).

102. Hiervon geht auch die KEK aus. Vgl. KEK-293, S. 80 – Axel Springer AG.

103. Teilweise wird technischen Märkten die Verwandtschaft zum Fernsehmarkt abgesprochen. So etwa Hepach, ZUM 1999 S. 603 (607 f.); Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, a.a.O. (Fn. 19), § 26, Rdn. 21; Kreile/Stumpf, MMR 1998 S. 192 (194).

104. BVerfGE 95 S. 163 (173) – DSF. Siehe auch Peifer, a.a.O. (Fn. 1), S. 57 f., der in der Einbeziehung technischer Märkte die Gefahr einer Kompetenzüberschreitung zu erkennen glaubt. Dem kann jedoch insofern nicht gefolgt werden, als es in rundfunkkonzentrationsrechtlicher Hinsicht ausschließlich um die Reflexwirkung der Beherrschung telekommunikativer Märkte auf den Fernsehmarkt geht, nicht aber um eine rundfunkspezifische Regulierung der Telekommunikationsmärkte. Die Kompetenzverteilung zwischen BKartA, BNetzA und KEK wird durch die Einbeziehung technischer Märkte nicht tangiert, zumal sich die Kompetenzen der KEK auch auf die Rundfunkregulierung beschränken.

Infolgedessen handelt es sich bei der Kabel- bzw. Satelliten- ebenso wie bei der terrestrischen Übertragung um medienrelevante Märkte¹⁰⁵, die bei der Beurteilung von Meinungsmacht relevant sind¹⁰⁶.

4. Feststellung vorherrschender Meinungsmacht nach § 26 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 RStV

Rein normativ lässt sich vorherrschende Meinungsmacht hingegen nach der 2. Alt. des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV konkretisieren, die ebenfalls einen Zuschaueranteil von 25% voraussetzt¹⁰⁷. Die Vermutung kommt daher zum Zuge, wenn eine Gesamtbeurteilung der Aktivitäten eines Unternehmens im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Fernsehzuschaueranteil von 30% entspricht. Damit wird sie rechtstechnisch zum Einfallstor für die Einbeziehung multimedialer Meinungsmacht innerhalb der Rundfunkkonzentrationskontrolle. Die Gesamtbeurteilung des Meinungseinflusses kann dabei weitestgehend von den Gegebenheiten des Einzelfalles abhängig gemacht werden¹⁰⁸, was die Vermutung als eine Art Aufwandsnorm charakterisiert, die kartellrechtlichen Vorbildern entsprechende eine wertende Gesamtschau der Umstände des Einzelfalles erfordert. Gleichwohl ist die Methodik des § 26 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 RStV nicht unbedingt mit der Bestimmung einer Marktbeherrschung im kartellrechtlichen Sinne identisch; sie ähnelt ihr aber strukturell: In beiden Fällen handelt es sich um vom Gesetzgeber als maßgeblich erachtete Indizien für eine wirtschaftliche bzw. publizistische Beeinflussungsmöglichkeit¹⁰⁹. In dieser Eigenschaft ist die Vorschrift rechtstechnisch vergleichbar mit der Bestimmung der Marktbeherrschung nach § 19 Abs. 2 GWB, der dazu dient, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens auszuweisen und damit seinen Verhaltensspielraum in der Zukunft greifbar zu machen¹¹⁰. In ähnlicher Weise nimmt auch der Zuschaueranteil die Funktion einer Einheit für die Greifbarmachung publizistischen Einflusses ein.

Weder der Wortlaut der Vermutung noch die amtliche Begründung liefern allerdings Anhaltspunkte, wann eine solche Analogie der Meinungsdominanz seitens der KEK anzunehmen ist. Dass diese Gesamtwertung mit kartellrechtlichem Einschlag ausgerechnet in einen Vermutungstatbestand aufgenommen wurde, der wiederum einen von der Verfassung vorgegebenen unbestimmten Rechtsbegriff konkretisieren soll, ist alles andere als geglückt. So verwundert es auf den ersten Blick auch nicht, dass die Vorschrift massiv kritisiert wird¹¹¹, manche sogar unter Bestimmtheitsgesichtspunkten von ihrer Verfassungswidrigkeit ausgehen¹¹². Selbst wenn man sich diesem Standpunkt nicht anschließen wollte, wird man doch eingestehen müssen, dass das typische Ziel einer gesetzlichen Vermutung, die Vereinfachung der Rechtsanwendung, hier bei weitem verfehlt wurde. Vor ähnlichen Problemen stehen allerdings auch andere Rechtsordnungen. In den USA beispielsweise hat die Einführung des *Diversity Index* Verfahrens zur Erfassung crossmedialer Verflechtung durch die *Federal Communications Commission* (FCC) zu einer kontroversen

Diskussion über die medienspezifische Modifikation der kartellrechtlichen Hermeneutik geführt¹¹³.

In Deutschland versucht die KEK der Problematik mit Hilfe medienwissenschaftlicher Erkenntnisse Herr zu werden. So wurde von *Hasebrink* im Auftrag der KEK ein kommunikationswissenschaftliches Gutachten zur Berücksichtigung medienrelevanter verwandter Märkte bei der Anwendung des Zuschaueranteilmodells erstellt, welches danach trachtet, Kriterien für die Feststellung von Meinungseinfluss durch andere Medien aufzustellen¹¹⁴. Die Ergebnisse der Untersuchung wurden seitens der KEK zur öffentlichen Diskussion gestellt. Erwartungsgemäß wurde von dieser Möglichkeit reger Gebrauch gemacht¹¹⁵. Die Argumente im Einzelnen nachzuzeichnen, würde den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen. Gleichwohl kann *Peifer* insofern zugestimmt werden, als sich eine juristische, publizistische und letzten Endes auch wirtschaftliche Gesamtbeurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf medienrelevanten verwandten Märkten nicht nur anhand kommunikationswissenschaftlicher Parameter feststellen lässt¹¹⁶; stattdessen erfordert sie ein umfangreiches Abwägen verschiedenartiger, teilweise auch stark interdependenter Faktoren¹¹⁷. Ein wesentliches Defizit wäre zunächst, dass die verfassungsrechtlich erforderliche Einbeziehung der Kommunikationsplattformen¹¹⁸ nicht gebührend Berücksichtigung finden würde. Gravierender wiegt jedoch der Einwand, dass medienwissenschaftliche Erkenntnisse – erst recht wenn Sie auf nur schwer nachzuvollziehenden Prämissen beruhen – eine juristische Wertung nicht ersetzen können¹¹⁹. Das Rundfunkkonzentrationsrecht ist keine mathematisch-naturwissenschaftliche Angelegenheit: Man kann Meinungsmacht gerade nicht ausschließlich auf Basis von Markt- und Zuschaueranteilen berechnen. Meinungsmacht hat viele Gesichter und diesem Phänomen versucht die tatbestandliche Weite des § 26 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 RStV zu begegnen.

5. § 26 Abs. 1 RStV als Grundsatznorm und sein Verhältnis zu Abs. 2

Während die einfachgesetzlichen Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 RStV zumindest das Erreichen des Schwellenwertes von 25% Zuschaueranteil voraussetzen, hat sich in jüngster Zeit wieder die Frage in den Vordergrund gedrängt, ob vorherrschende Meinungsmacht im Fernsehen auch dann angenommen werden kann, wenn diese Schwellen nicht erreicht werden. Speziell im Zusammenhang mit der *Axel Springer*-Entscheidung der KEK stellt sich daher die Frage, ob und wann die KEK auch ohne das Erreichen eines Zuschaueranteils von 25% und damit außerhalb der Vermutungen des § 26 Abs. 2 RStV die für einen Zusammenschluss erforderliche Unbedenklichkeitsbestätigung verweigern kann. Ganz konkret verwehrt die

105. Letztlich handelt es sich dabei um ein Erfordernis, welches sich aus der Konvergenz der Medien und Kommunikationsplattformen ergibt, da sich Telekommunikationsunternehmen nicht auf den Transport von Inhalten beschränken, sondern auch selbst vermarkten. Als Beispiel ließe sich der Erwerb der Live-Übertragungsrechte an der Fußball-Bundesliga durch Kabelnetzbetreiber oder die Lizenzierung derselben Rechte durch Mobilfunkanbieter nennen. Zwar enthalten insbesondere die Vorschriften zur besonderen Missbrauchsaufsicht nach §§ 33 ff. TKG zahlreiche spezialgesetzlichen Ausformungen der Essential-Facilities-Doktrin. Hierzu auch *Zagouras*, a.a.O. (Fn. 5), S. 196 ff. Diese sichern allerdings nur den Zugang zu Netzen, verhalten sich aber in Bezug auf die publizistische Vielfaltsicherung neutral.

106. S. zur Marktabgrenzung bei Kommunikationsplattformen etwa *Immenga*, MMR 2000 S. 196 ff.

107. *Peifer*, a.a.O. (Fn. 1), S. 61 f.

108. Vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, a.a.O. (Fn. 19), § 26 Rdn. 26.

109. Gerade hierin spiegelt sich die Notwendigkeit einer Harmonisierung dieser beiden Regulierungsmaterien wieder. Hierzu *Gounalakis*, ZUM 2003 S. 180 (187).

110. BGH, a.a.O. (Fn. 56).

111. Vgl. *Renck-Laufke*, ZUM 2000 S. 105 ff.; *dies.*, ZUM 2000 S. 369 (374) sowie jüngst KEK-293, S. 75 – Axel Springer AG.

112. Wegen der Weite des Wortlauts wird im Schrifttum teilweise sogar eine Verfassungswidrigkeit der Vermutung angenommen, da es sich um einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot handle. Vgl. *Müller*, Konzentrationskontrolle zur Sicherung der Informationsfreiheit, 2004, S. 249, der hierauf beruhende Entflechtungsmaßnahmen als Verstoß gegen die Rundfunkfreiheit ansieht; gemeinsam mit *Holznapel*, a.a.O. (Fn. 63), S. 47 kann dem jedoch insofern nicht zugestimmt werden, als die Vorschrift letztlich nur dazu dient, den verfassungsrechtlichen unbestimmten Rechtsbegriff der vorherrschenden Meinungsmacht zu konkretisieren, sodass die Gesamtbeurteilung letztlich nur die nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gebotene begriffliche Offenheit widerspiegelt. Siehe auch *Peifer*, a.a.O. (Fn. 1), S. 48, wonach den Bestimmtheitsanforderungen durch die Vermutungsregelungen des § 26 Abs. 2 RStV genügt ist.

113. S. insb. *Baker/Kübler*, MP 2004 S. 81 (82 ff.).

114. Das Gutachten ist im Internet veröffentlicht unter <http://www.kek-online.de/kek/information/publikation/bredow2003.pdf>.

115. S. dazu die Liste der jeweils abrufbaren Stellungnahmen bei http://www.kek-online.de/inhalte/antworten_zur_oeffentlichen_befragung.htm#Eingereichte Antworten.

116. Vgl. *Peifer*, a.a.O. (Fn. 1), S. 28 f.

117. Gerade diesen Umstand erkennt aber *Peifer*, a.a.O. (Fn. 1), S. 75, indem er schon die Legitimation einer kommunikationswissenschaftlichen Herangehensweise hinterfragt.

118. Vgl. BVerfGE 95 S. 163 (173) – DSF.

119. Zu den Problemen der Anwendung des Diversity Index in den USA auch *Baker/Kübler*, MP 2004 S. 81 (82).

KEK die Zustimmung zur Übernahme der *ProSiebenSat.1 Media AG* durch die *Axel Springer AG*, obwohl erstere im Referenzzeitraum lediglich über einen Zuschaueranteil von ca. 22% verfügte¹²⁰. Die KEK stützte ihre Entscheidung explizit auf § 26 Abs. 1 RStV und errechnete aufgrund der dominanten Stellung der *Axel Springer AG* im Bereich der Tagespresse einen Meinungseinfluss, der einem Zuschaueranteil von über 42% entspreche¹²¹. Untermauert wurde diese auf § 26 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 RStV basierende Methode durch das abstrakte Verbot vorherrschender Meinungsmacht in § 26 Abs. 1 RStV, dessen Funktion hier näher betrachtet werden soll.

Vergleichlich wird man dabei nach einer Definition der vorherrschenden Meinungsmacht suchen, da es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt¹²², der nach öffentlich-rechtlichen Maßstäben einer konkreten Ausfüllung durch den Normanwender bedarf¹²³. Im Verwaltungsrecht werden unbestimmte Rechtsbegriffe typischerweise verwendet, um der Verwaltung einen großen Beurteilungsspielraum und damit eine flexible Handhabung des jeweiligen Sachverhalts zu ermöglichen¹²⁴. Insofern sind sie im öffentlichen Recht keine Seltenheit. Ihre Verwendung entspricht rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, da sie voll justizierbar sind¹²⁵. Speziell bei § 26 Abs. 1 RStV gilt jedoch die Besonderheit, dass hier nicht ein völlig neuer Begriff geschaffen, sondern der vom BVerfG entwickelte Terminus der „vorherrschenden Meinungsmacht“ zugrundegelegt wurde¹²⁶. Somit spiegelt er auf einfachgesetzlicher Ebene das aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG resultierende Gebot des effektiven Schutzes der Meinungsvielfalt wieder¹²⁷. In Praxis und Wissenschaft ist wegen der in § 26 Abs. 1 RStV gewählten Formulierung „nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen“ das Verhältnis der ersten beiden Absätze des § 26 RStV heftig umstritten¹²⁸. Dabei geht es um die Problematik, ob das Bestehen vorherrschender Meinungsmacht ausschließlich anhand der in § 26 Abs. 2 RStV konkretisierten Kriterien bestimmt (sog. quantitativer Ansatz) oder ob auch auf außerhalb der Vorschrift stehende Umstände zurückgegriffen werden darf (qualitativer Ansatz)¹²⁹. Während die Positionen ursprünglich noch relativ festgefahren waren¹³⁰, lässt sich in jüngerer Zeit zumindest auf dogmatischer Ebene eine tendenzielle Annäherung und damit stärkere Gewichtung verfassungsrechtlicher Wertungen feststellen. Insofern könnte man von einem quantitativ-qualitativen Ansatz sprechen, der immerhin in extremen Situationen § 26 Abs. 1 RStV aus verfassungsrechtlichen Gründen unmittelbar anwenden will¹³¹. Letzten Endes geht es aber immer noch um die Frage, ob man „nach Maßgabe“ als abschließende Formulierung, i. S. von „nur“¹³² oder als Konkretisierung i. S. von „insbesondere“ versteht. Die Rechtsprechung selbst hatte bislang noch keine Gelegenheit in dieser Streitfrage Stellung zu beziehen¹³³.

a) Standpunkt der KEK

Die KEK betrachtet § 26 Abs. 1 RStV gemeinsam mit großen Teilen des Schrifttums als Grundnorm¹³⁴, die aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten eine qualitative Gesamtbetrachtung erfordere¹³⁵. Gestützt wird dies auf den in § 26 Abs. 1 RStV enthaltenen Begriff der „vorherrschenden Meinungsmacht“, der als durch die Rundfunkfreiheit implizierter verfassungsrechtlicher Begriff letztendlich nur durch das BVerfG selbst bestimmt werden könne¹³⁶. Vor diesem Hintergrund dienen die Regelungen der Sicherung der Meinungsvielfalt der §§ 25 ff. RStV der normativen Konkretisierung originär grundgesetzlicher Anforderungen¹³⁷. Folgerichtig werden auch die Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 RStV lediglich als konventionelle Vermutungsregelungen i. S. der Beibringungsmaxime verstanden, aus der sich materiellrechtlich keinerlei Beschränkungen des § 26 Abs. 1 RStV ergeben¹³⁸.

Auch in der jüngsten Entscheidung wird dabei dem in § 26 Abs. 2 RStV verkörperten Kriterium des Zuschauermarktes zwar eine zentrale, nicht aber eine exklusive Bedeutung zugemessen¹³⁹. Vielmehr seien bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes durchaus auch andere Faktoren zu berücksichtigen, etwa die Aktivitäten auf Medien- oder Kommunikationsmärkten¹⁴⁰. Gerade diese Faktoren waren auch in der *Axel Springer* Entscheidung ausschlaggebend¹⁴¹. Da der von *ProSiebenSat.1 Media* erreichte Zuschaueranteil nur 22,02% betrug, wandte die Kommission den „materiellen Grundtatbestand des § 26 Abs. 1 RStV“ an, nicht aber § 26 Abs. 2 RStV. Gleichwohl wird dessen Vermutungen eine Leitbildfunktion beigemessen, wonach auch im Rahmen des § 26 Abs. 1 RStV der Zuschaueranteil zum zentralen Kriterium erklärt wird¹⁴².

b) Position der KDLM

Von einem völlig konträren Ansatz geht dagegen die KDLM aus¹⁴³. Sie versteht die Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 RStV mit Rückendeckung von Teilen der Literatur¹⁴⁴ ausschließlich als die Festlegung materiellrechtlicher Kriterien für die Bestimmung vorherrschender Meinungsmacht¹⁴⁵: Ihre Feststellung dürfe nur anhand der in den Vermutungstatbeständen aufgeführten Kriterien erfolgen, so dass ihnen eine abschließend definierende Wirkung zukomme¹⁴⁶. Dogmatisch versucht man diesen Ansatz zum einen auf eine systematische zum anderen aber auch auf eine historische Auslegung zu stützen. So lege die Formulierung „nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen“ in § 26 Abs. 1 RStV nahe, dass die Annahme vorherrschender Meinungsmacht ausschließlich auf die in § 26 Abs. 2 RStV enthaltenen Kriterien gestützt werden könne¹⁴⁷.

In historischer Hinsicht wird dies aus der amtlichen Begründung zu § 26 RStV geschlossen¹⁴⁸, aus der sich ergebe, dass die KEK Mei-

120. KEK-293, S. 84 – Axel Springer AG, kritisch zur Berechnung *Borgemann*, ZUM 2006 S. 200 f.
 121. Diesem Wert liegt bereits ein Bonus nach § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV i. H. von 5% zugrunde. Vgl. KEK-293, S. 102 – Axel Springer AG.
 122. Vgl. *Renck-Laufke*, ZUM 2000 S. 369 (372).
 123. *Detterbeck*, Allg. Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2005, Rdn. 348 ff.; *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 7, Rdn. 27 f.
 124. Vgl. *Ipsen*, Allg. Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 2005, Rdn. 469.
 125. S. diesb. *Achterberg*, Allg. Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, § 18, Rdn. 41.
 126. Ähnlich schon *Stock*, JZ 1997 S. 583 (591), der die verfassungsrechtlichen Vorgaben positiv umschreibt, indem „materielle Meinungsvielfalt als Voraussetzung von Kommunikations- und Meinungsbildungsfreiheit“ zu gewährleisten sei, und als negative Umschreibung hinzufügt: „Fernzuhalten ist dominierende Meinungsmacht.“
 127. Dazu etwa BVerfGE 95 S. 163 (172) – DSF. Vgl. auch *Gounalakis*, a.a.O. (Fn. 2), S. C 146 f.
 128. Hierzu bereits *Kübler*, MP 1999 S. 379 ff.
 129. Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion auch *Holznapel/Krone*, MMR 2005 S. 666 (667).
 130. S. etwa *Renck-Laufke*, ZUM 2000 S. 105 (108 f.) oder auch *Hepach*, ZUM 1999 S. 603 (609); *ders.*, ZUM 2003 S. 112 (114).
 131. *Holznapel/Krone*, MMR 2005 S. 666 (673).
 132. So etwa die KDLM, ZUM 1998 S. 1054 (1056 f.) – Discovery Channel; *Engel*, ZUM 2005 S. 776 (779).
 133. *Holznapel/Krone*, MMR 2005 S. 666 (667).

134. *Peifer*, a.a.O. (Fn. 1), S. 55 sowie *Engel*, ZUM 2005 S. 776 (778) benutzen in diesem Zusammenhang den Begriff des „abstrakten Gefährdungstatbestands“.
 135. Entscheidung vom 26. 1. 1999, KEK-26, S. 19 ff. – Premiere digital; im Internet abrufbar unter <http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek026premieredigital.pdf>. Siehe auch den fünften Jahresbericht der KEK, S. 223; im Internet abrufbar unter http://www.kek-online.de/Inhalte/jahresbericht_01-02.pdf. Siehe auch *Mestmäcker*, a.a.O. (Fn. 26), Vor § 35, Rdn. 104; *Hain*, MMR 2000 S. 537 (539); *Janik*, AfP 2002 S. 104 (111).
 136. Vgl. *Renck-Laufke*, ZUM 2000 S. 369 (372).
 137. So *Renck-Laufke*, ZUM 2000 S. 105 (106).
 138. KEK-26, S. 24 – Premiere digital; sowie 5. Jahresbericht, S. 214.
 139. KEK-293, S. 79 – Axel Springer AG.
 140. *Renck-Laufke*, ZUM 2000 S. 369 (372).
 141. KEK-293, S. 99 ff. – Axel Springer AG.
 142. KEK-293, S. 79 – Axel Springer AG.
 143. Vgl. KDLM, ZUM 1998 S. 1054 (1056 ff.) – Discovery Channel.
 144. So jüngst *Bornemann*, ZUM 2006 S. 200 (203 f.) sowie *Peifer*, a.a.O. (Fn. 1), S. 78. Siehe zuvor auch schon *Hepach*, ZUM 2003 S. 112 (116).
 145. Vgl. KDLM, ZUM 1998 S. 1054 (1056) – Discovery Channel.
 146. KDLM, ZUM 1998 S. 1054 (1057) – Discovery Channel.
 147. KDLM, ZUM 1998 S. 1054 (1057) – Discovery Channel; ähnlich auch *Hepach*, ZUM 2003 S. 112 (114) sowie *ders.*, ZUM 1999 S. 603 (608).
 148. *Peifer*, a.a.O. (Fn. 1), S. 63 ff.

nungsdominanz zwar grundsätzlich auch unterhalb der 30%-Grenze annehmen dürfe, an einen solchen Nachweis aber besondere Anforderungen zu stellen seien¹⁴⁹. Im Umkehrschluss seien „Interdependenzen, Wechselwirkungen o.ä. zu bestimmten Aktivitäten, Positionen und Interessenlagen des zu überprüfenden Unternehmens im Markt, mithin zusätzliche qualitative Merkmale“ für die Festlegung der Geringfügigkeitsschwelle grundsätzlich unbeachtlich¹⁵⁰. Peifer bringt schließlich vor, dass crossmediale Meinungsmacht bislang zumindest kommunikationswissenschaftlich nicht erfasst werden könne, was letztlich gegen eine Tatbestandswirkung des § 26 Abs. 1 RStV spreche¹⁵¹.

c) Quantitativ-Qualitativer Ansatz

Einen zumindest formell zwischen den Positionen vermittelnden Ansatz versuchen *Holznapel/Krone* sowie *Engel* zu etablieren¹⁵². Sie wollen vorherrschende Meinungsmacht prinzipiell nach quantitativen Gesichtspunkten beurteilen, um die entsprechende Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers zu respektieren¹⁵³. Im Unterschied zum rein quantitativen Ansatz der KDLM sind sie aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten in Extremsituationen zu einer Art qualitativem Korrektiv bereit, so dass man auch von einem quantitativ-qualitativen Ansatz sprechen könnte¹⁵⁴. Ein Zuschaueranteil von weniger als 25% sei grundsätzlich unbeachtlich, sofern nicht ausnahmsweise „die vom Gesetzgeber vorgesehene Eingriffsschwelle im Lichte verfassungsrechtlicher Erwägungen offensichtlich unangemessen ist“¹⁵⁵. In concreto betrifft dies Einzelfälle, welche sich mit den kodifizierten Regelbeispielen nicht erfassen ließen, etwa Fernseheraktivitäten führender politischer Wochenmagazine¹⁵⁶. Dahingegen sei eine marktbeherrschende Stellung auf einem medienrelevanten verwandten Markt unterhalb eines Zuschaueranteils 25% per se nicht zu berücksichtigen – ebenso wenig wie *Cross-Media-Ownership*-Verflechtungen¹⁵⁷. Aufgabe der KEK sei es, den Willen des Gesetzgebers zu erforschen, nicht aber eine maßstablose Kontrolle zu praktizieren¹⁵⁸.

d) Qualitativ-quantitativer Ansatz

Zumindest auf formaler Ebene erweisen sich die Positionen damit nicht ganz so konträr, wie man auf den ersten Blick meinen möchte. Mit Ausnahme des rein quantitativen Standpunkts der KDLM¹⁵⁹ geht man letztlich einheitlich von einem prinzipiellen Vorrang der einfachgesetzlichen Wertungen und damit des Zuschauermarktanteils als Kernkriterium aus¹⁶⁰. Allerdings unterscheiden sich bei näherem Hin-

sehen die Standpunkte im Detail doch erheblich. Evident werden diese Differenzen bei der Frage, in welchen Fällen auf den Grundtatbestand des § 26 Abs. 1 RStV tatsächlich zurückzugreifen ist. Hier erweist sich der quantitativ-qualitative Ansatz letztlich als ein *de facto* quantitativer, der bestenfalls mit einer Art verfassungsrechtlicher Notbremse ausgestattet wird: Diese soll lediglich dann greifen, wenn die freie Informationsvermittlung in ihren Grundfesten erschüttert wird, letztlich also nur wenn beispielsweise der SPIEGEL oder FOCUS versuchen würden, sämtliche Nachrichtensender in der Bundesrepublik zu übernehmen. Einer derartigen teleologische Reduktion des § 26 Abs. 1 RStV auf das absolute Minimum an Vielfaltsicherung für elitäre Informationsmedien steht bereits entgegen, dass weder der Schutzbereich der Rundfunkfreiheit noch der Pressefreiheit¹⁶¹ von der Qualität der Berichterstattung abhängt¹⁶².

Gerade triviale Unterhaltung birgt ein immenses Potential an Meinungsdominanz in sich¹⁶³. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verbietet dagegen die Meinungsdominanz irgendeiner gesellschaftlichen Gruppe im Fernsehen, unabhängig von der Frage, wo diese Meinungsmacht ihren Ursprung findet. Die ohnehin schon recht hohen Schwellenwerte des § 26 Abs. 2 RStV¹⁶⁴ dürfen und können insofern nicht als absolute Grenzwerte verstanden werden, die sämtliche außerhalb des Mediums Fernsehen stehenden Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung vergessen lassen. Speziell im Falle der Übernahme von *ProSiebenSat.1 Media* durch *Axel Springer* darf man multimediale Verflechtung und daraus resultierende Meinungsmacht aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht unbeachtet lassen, zumal das Verlagshaus mit BILD über eine Straßenverkaufszeitung verfügt, deren Rezipientenreichweite und Meinungsrelevanz in der Bundesrepublik seinesgleichen sucht¹⁶⁵. Dies wird teilweise aber verkannt¹⁶⁶. Bei der Sicherung von Meinungsvielfalt handelt es sich um einen Verfassungsauftrag, der von den Landesgesetzgebern auf einfachgesetzlicher Ebene einer effektiven Ausgestaltung bedarf¹⁶⁷. Wann immer die Vermutungsregelungen des § 26 Abs. 2 RStV ihrem Wortlaut nach diese Effizienz nicht aufweisen können, muss – nicht zuletzt wegen der immensen Suggestivkraft des Mediums Fernsehen¹⁶⁸ – auf den Grundtatbestand des § 26 Abs. 1 RStV zurückgegriffen werden. Dies wird bestätigt, wenn man den Blick auf den historischen Normkontext der Vorschrift sowie auf ihre verfassungsrechtlichen Vorgaben richtet.

aa) Historischer Normkontext

Nähert man sich § 26 RStV aus historischer Sicht, so reicht ein flüchtiger Blick auf die amtliche Begründung des RStV allein nicht aus, um den geschichtlichen Hintergrund der Vorschrift zu erklären¹⁶⁹. Eigentlich beginnt dieser schon gegen Ende der Weimarer Republik: Zwar kam es zu dieser Zeit auch in anderen europäischen Ländern zu einer Gleichschaltung der Medien; keine aber war so durchdringend und

149. Die KDLM beruft sich hierbei auf folgende Formulierung der amtlichen Begründung, abgedruckt bei *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, a.a.O. (Fn. 19), § 26, S. 3: „Die Ausgestaltung der 30-vom-Hundert-Grenze als Vermutungsgrenze schließt umgekehrt nicht aus, dass die KEK vorherrschende Meinungsmacht im Fernsehen auch unterhalb dieser Grenze feststellt. Allerdings wird dies an die KEK besondere Anforderungen an den Nachweis stellen.“ Hieraus wird wiederum abgeleitet, dass lediglich in kleinem Umfang mengenmäßige Unterschreitungen der Höchstgrenze des Zuschauermarktanteils im Rahmen von § 26 RStV denkbar seien. Vgl. KDLM, ZUM 1998 S. 1054 (1057) – Discovery Channel.
150. KDLM, ZUM 1998 S. 1054 (1057) – Discovery Channel.
151. *Peifer*, a.a.O. (Fn. 1), S. 80.
152. Vgl. *Holznapel*, a.a.O. (Fn. 63), S. 26 f.; *Holznapel/Krone*, MMR 2005 S. 666 (673) sowie *Engel*, ZUM 2005 S. 776 (780).
153. So geht etwa *Engel*, ZUM 2005 S. 776 (780) davon aus, § 26 Abs. 2 RStV sei weder Beweiserleichterung noch Regelbeispiel, sondern nur ein gesetzlich bindender Typus.
154. Vgl. *Holznapel*, a.a.O. (Fn. 63), S. 5 f.
155. *Holznapel/Krone*, MMR 2005 S. 666 (673).
156. Als Beispiel wird der Fall eines Verlagshauses für führende politische Wochenmagazine eingeführt, welches zusätzlich alle wesentlichen Spartenkanäle in den Bereichen Information und Dokumentation zu erwerben trachtet, auch wenn diese nur einen Zuschaueranteil von weniger als 25% erreichen. So *Holznapel*, a.a.O. (Fn. 63), S. 5.
157. *Holznapel*, a.a.O. (Fn. 63), S. 6; sowie *Holznapel/Krone*, MMR 2005 S. 666 (673).
158. Vgl. *Engel*, ZUM 2005 S. 776 (778).
159. Diese wird insbesondere unterstützt von *Peifer*, a.a.O. (Fn. 1), S. 80, der letztlich auch die Erklärung schuldig bleibt, warum der unklare Wortlaut des RStV verfassungsrechtlichen Vorgaben vorgehen soll.
160. KEK-293, S. 79 – Axel Springer AG; *Holznapel/Krone*, MMR 2005 S. 666 (673); *Engel*, ZUM 2005 S. 776 (777).

161. Hierzu *Jarass*, *Jarass/Pieroth*, GG, 7. Aufl. 2004, Art. 5, Rdn. 26.
162. Vgl. BVerfGE 57 S. 295 (319) – FRAG; sowie 60 S. 53 (64) – Rundfunkbeirat.
163. Aufschlussreich ist diesbezüglich ein Blick nach Italien, wo sich Medienunternehmer und Politiker Silvio Berlusconi ohne politisches Programm, dafür aber mit jeder Menge Trivialunterhaltung und „Personality-Placement“ an die Spitze der italienischen Politik brachte. Siehe diesbezüglich http://de.wikipedia.org/wiki/Ilvivo_Berlusconi#Kritik_und_Kontroversen; <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,396107,00.html>.
164. Kritisch dazu schon *Stock*, JZ 1997 S. 583 (592).
165. So stellte beispielsweise das BKartA einen Marktanteil der BILD-Zeitung i. H. von 80% fest. http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/aktuelles/presse/2006_01_24.shtml. Nach Ansicht der KEK entsprechen allein die Aktivitäten der Axel Springer AG im Bereich der Tageszeitungen einem Zuschaueranteil von 17%. So KEK-293, S. 99 – Axel Springer AG.
166. *Holznapel/Krone*, MMR 2005 S. 666 (673); *Engel*, ZUM 2005 S. 776 (780); *Peifer*, a.a.O. (Fn. 1), S. 82.
167. Vgl. auch *Gounalakis*, AfP 2004 S. 394 (395).
168. Hierzu *Gounalakis*, ZUM 2003 S. 180 (185). S. zur unterschiedlichen Wirkung von Presse und Fernsehen BVerfGE 12 S. 205 (260 f.) – Deutschland Fernsehen GmbH; 57 S. 295 (323) – FRAG.
169. Dies verkennen beispielsweise *Holznapel/Krone*, MMR 2005 S. 666 (670), welche die historische Auslegung ausschließlich auf eine „Analyse der Gesetzgebungsgeschichte“ stützen.

hetzerisch wie die der Nationalsozialisten. Niemand verstand es wie sie, Propaganda so gezielt in alle Aspekte des täglichen Lebens zu tragen. Die juristische Weichenstellung hierzu erfolgte gleichwohl schon zu Zeiten der Weimarer Republik¹⁷⁰. Die vollständige Übernahme durch Goebbels Propagandaministerium ließ nicht lange auf sich warten¹⁷¹. Was folgte waren eine rasante technische Entwicklung und massenhafte Verbreitung des Hörfunks über den Volksempfänger, wodurch seine Suggestivkraft und – in weitaus geringerem Verbreitungsgrad – auch die des Fernsehens für kriminelle Machenschaften instrumentalisiert werden konnte¹⁷². Die Besatzungsmächte zögerten nicht lange mit der Entnazifizierung des Rundfunks, den sie sogleich zur eigenen Aufgabe erklärten¹⁷³. Mit Gründung der Bundesrepublik wurden die Sender der Alliierten zu öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Kompetenzbereich der Länder und mit einem Selbstverwaltungsrecht ausgestattet¹⁷⁴.

Fernsehen wurde in Deutschland ab 1954 zunächst nur bundesweit durch die ARD veranstaltet, die von damals noch neun Landesrundfunkanstalten mit Inhalten beliefert wurde¹⁷⁵. Die rasante technische Entwicklung und das Ansteigen der Zuschauerzahlen führte schon während der 50er Jahre zu einem politischen Konflikt¹⁷⁶, der schließlich in der Gründung der *Deutschland Fernsehen GmbH* durch die Regierung Adenauer und damit 1961 zum ersten Rundfunkurteil des BVerfG führte¹⁷⁷, seit welchem das Gericht in ständiger Rechtsprechung die Verhinderung einer vorherrschenden Meinungsmacht als zentrale Aufgabe der Rundfunkordnung ansieht¹⁷⁸. Aus dieser Vorgeschichte erklärt sich auch, warum das BVerfG speziell für das private Fernsehen eine effektive Sicherung der Meinungsvielfalt fordert¹⁷⁹, zumal in diesem grundrechtlich höchstsensiblen Bereich spätere Korrekturen kaum möglich sind¹⁸⁰. Da keine präzisen Vorgaben für die konkrete Ausgestaltung der Rundfunkkonzentrationskontrolle formuliert wurden, fand man zunächst noch auf Landesebene individuelle Regelungen¹⁸¹, bis dann schließlich 1987 Art. 8 RStV und damit das Beteiligungsmodell eingeführt wurde¹⁸². Nachdem dieses auf Binnenpluralismus ausgelegte System¹⁸³ letzten Endes nur die Medienverflechtung förderte¹⁸⁴ und sich mangels effektiver Kontrollmechanis-

men als unpraktikabel erwiesen hatte¹⁸⁵, wurde das Reglement der Konzentrationskontrolle 1997 im Rahmen des 3. Rundfunkänderungsstaatsvertrags völlig überarbeitet und das sog. Zuschaueranteilmodell eingeführt, wie es im Wesentlichen noch heute besteht¹⁸⁶.

Im Rahmen dieses Systemwechsels ging der Gesetzgeber jedoch davon aus, dass der Zuschaueranteil von 30% lediglich als Indiz für vorherrschende Meinungsmacht herangezogen werden kann. Keinesfalls sollte er aber den einzigen Faktor darstellen: Stattdessen kann der Grenzwert von 30% sowohl über- als auch unterschritten werden, wenn das betreffende Unternehmen entweder nachweisen kann, trotz des Erreichens des Schwellenwertes von 30% nicht über eine vorherrschende Meinungsmacht zu verfügen oder die KEK unter besonderen Anforderungen darlegen kann, dass letzteres auch ohne Erreichen der 30% Schwelle gegeben ist¹⁸⁷. In ihrer heutigen Fassung geht die Regelung des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV auf den sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag von 2002 zurück. Die Landesgesetzgeber wollten durch das Einführen der 25%-Schwelle und der Privilegierungstatbestände des § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV die Praktikabilität der Vorschrift erhöhen, nachdem die ursprüngliche Formulierung „geringfügige Unterschreitung“ zu Unklarheiten geführt hatte¹⁸⁸. Allerdings kommt auch diesem zweiten Richtwert des § 26 Abs. 2 RStV insofern nur eine indizielle Bedeutung zu¹⁸⁹, als die Vorschrift ihrem Wortlaut nach auch weiterhin eine wertende Gesamtschau ermöglicht und sich auch in der amtlichen Begründung nichts finden lässt, was auf einen absoluten Schwellenwert schließen ließe¹⁹⁰. Zwar spricht die Begründung in diesem Punkt von einer „Untergrenze“ von 25%¹⁹¹. Da sich diese jedoch ausschließlich auf den Vermutungstatbestand des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV bezieht, sind Rückschlüsse auf die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs vorherrschende Meinungsmacht in § 26 Abs. 1 RStV nicht möglich. Genau dieser Umstand wird aber von den Vertretern des quantitativ-qualitativen Ansatzes verkannt, wenn sie ihren Standpunkt auf die Tatsache stützen, dass sich der Gesetzgeber nicht zur Frage einer unmittelbaren Anwendung von § 26 Abs. 1 RStV geäußert hat¹⁹². Dass er überhaupt nicht Stellung bezogen hat, kann jedenfalls nicht als Totschlagargument dafür angesehen werden, der Gesetzgeber habe die tatbestandliche Wirkung im sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag beseitigen wollen¹⁹³. Da die historische Exegese insofern unergiebig ist, hilft letztlich nur eine verfassungskonforme Auslegung der Norm.

bb) Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Ausschlaggebend sind insofern also die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Rundfunkkonzentrationskontrolle¹⁹⁴. Die Effizienz der Maßnahmen zur Sicherung von Meinungsvielfalt wurde seitens des

170. So setzte das Reichsinnenministerium schon einen maßgeblichen Einfluss auf die Herstellung und Verbreitung von Rundfunkprogrammen mit tagespolitischem Bezug durch, als der Hörfunk noch privatrechtlich in Form von Aktiengesellschaften organisiert war. Vgl. *Lerg*, Die Entstehung des Rundfunks in Deutschland, 1965, S. 154; *Pohle*, Der Rundfunk als Instrument der Politik, 1955, S. 56 ff.

171. Die beiden bis dahin im Reichsinnen- und Reichspostministerium angesiedelten Rundfunkkommissare wurden dabei entmachtet und ihre Kompetenzen an das Ministerium für Volksaufklärung und Propaganda übertragen. Insb. *Diller*, in: *Bausch*, Rundfunk in Deutschland, 1980, Bd. 2, S. 81. In einem zweiten Schritt mussten die Länder ihre bis dahin bestehenden Gesellschaftsanteile an den Rundfunkanstalten an das Reich abtreten.

172. Zur Entwicklung des Rundfunkrechts während des Nationalsozialismus auch *Ricker/Schivy*, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, Kap. A, Rdn. 32 ff. sowie *Holz-nagel*, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 11.

173. *Ricker/Schivy*, a.a.O. (Fn. 172), Kap. A, Rdn. 38.

174. Vgl. *Zagouras*, a.a.O. (Fn. 5), S. 239.

175. S. etwa *Holz-nagel*, a.a.O. (Fn. 172), 1996, S. 13.

176. So war bereits 1953 ein Kompetenzstreit um den sog. Vogel/Mende-Entwurf BT-Drucks. 1953, Nr. 4198 ff. sowie durch den Entwurf eines „Bundesrundfunkgesetzes“ BT-Drucks. 1959, Nr. 1434 ff. vorangegangen.

177. Siehe zum Verfahren *Zehner*, Der Rundfunkstreit vor dem Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 14 ff.; *Jank*, DVBl. 1963 S. 44 ff. sowie *Peters*, Die Rechtslage des Rundfunks und Fernsehens nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. 2. 1961, S. 9 ff.

178. Hierauf verweisen beispielsweise auch BVerfGE 57 S. 295 (323) – FRAG; 31 S. 314 (325) – Mehrwertsteuer; aber auch 95 S. 163 (172) – DSF.

179. Zum verfassungsrechtlichen Erfordernis der Vielfaltssicherung auch *Gounalakis*, ZUM 2003 S. 180 (185).

180. BVerfGE 57 S. 295 (323 f.) – FRAG.

181. Vgl. *Zagouras*, a.a.O. (Fn. 5), S. 247 f.

182. Hierzu *Kübler*, a.a.O. (Fn. 6), S. 46 ff.; *Peifer*, a.a.O. (Fn. 1), S. 28; *Bremer/Esser/Hoffmann*, Rundfunk in der Verfassungs- und Wirtschaftsordnung Deutschlands, 1992, 72; zu den Nachteilen des Beteiligungsmodells auch *Kuch*, ZUM 1997 S. 12 f.

183. Hierbei handelte es sich nach *Peifer*, a.a.O. (Fn. 1), S. 35 allerdings nur um eine binnenplurale Tendenz.

184. Zum Phänomen der Verflechtung auch *Kübler*, Medienverflechtung, 1982, S. 74 ff. sowie die Erwiderung durch *Lerche*, Presse und privater Rundfunk 1984, S. 19 ff.

185. *Mestmäcker*, a.a.O. (Fn. 26), Vor § 35, Rdn. 101.

186. *Renck-Laufke*, ZUM 2000 S. 105 (107); *Clausen-Muradian*, ZUM 1996 S. 934 (935).

187. Vgl. hierzu *Mestmäcker*, a.a.O. (Fn. 26), Vor § 35, Rdn. 104.

188. Dazu etwa *Nefz*, ZUM 1998 S. 458 (462); *Renck-Laufke*, ZUM 2000 S. 105 (110).

189. Diesbezüglich führt die amtliche Begründung lediglich aus: „Durch die Streichung des Wortes „geringfügig“ in Abs. 2 Satz 2 wird die Möglichkeit eröffnet, die Stellung des Unternehmens auf medienrelevanten verwandten Märkten ab einer Untergrenze von 25 vom Hundert Zuschaueranteil einzubeziehen, bei der gleichzeitigen Gewährung eines Bonus bei Aufnahme von Regionalfenstern von zwei vom Hundert und eines weiteren Bonus von drei vom Hundert, wenn darüber hinaus Sendezeit für Dritte im zuschauerstärksten Programm gewährt wird, denn in beiden Fällen wird ein Beitrag zur Meinungsvielfalt geleistet. § 26 Abs. 2 Satz 1 bleibt durch die Änderung in § 26 Abs. 2 unberührt. Die in dieser Vorschrift verankerte 30%-Grenze darf auch weiterhin nicht überschritten werden.“

190. Insofern kann insbesondere *Holz-nagel/Krone*, MMR 2005 S. 666 (671) nicht gefolgt werden, welche dies dahingehend interpretieren, dass die Länder den prozentualen Zuschaueranteil als Auslegungsleitlinie für die Bestimmung und Berechnung vorherrschender Meinungsmacht verstanden wissen wollten.

191. S. auch KEK-293, S. 77 f. – Axel Springer AG.

192. *Holz-nagel*, a.a.O. (Fn. 63), S. 24.

193. So aber *Peifer*, a.a.O. (Fn. 1), S. 63 f., der das Gegenteil aus dem Umstand ableiten will, dass sich die KEK in einer Stellungnahme um eine entsprechende Klarstellung bemühte. Dass dies nicht geschah sagt aber gerade nichts darüber aus, dass die Vermutungstatbestände einen exklusiven Kanon enthalten sollen. Dies wäre verfassungsrechtlich nicht haltbar. S. u.

194. Hierzu auch KEK-293, S. 75 f. – Axel Springer AG.

BVerfG schon in der ersten Rundfunkentscheidung zu einer der zentralen Aufgaben der Rundfunkordnung erklärt¹⁹⁵. Im Unterschied zu den Printmedien¹⁹⁶, für die das Gericht eine außenplurale Vielfaltsicherung zumindest seinerzeit als ausreichend ansah¹⁹⁷, wurde insbesondere wegen der damals noch knappen Übertragungskapazitäten und der hohen Investitionskosten sowie der außerordentlichen Suggestivkraft des Mediums festgestellt, dass es nicht einseitig gesellschaftlichen Gruppen überlassen werden dürfe¹⁹⁸. Stattdessen wurden die Landesgesetzgeber verpflichtet, durch geeignete organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass alle gesellschaftlich relevanten Kräfte im Rundfunk zu Wort kommen können¹⁹⁹. Um es mit Kübler zu sagen: *„Die Verfassung erlaubt es nicht, die elektronischen Massenmedien dem freien Spiel der Kräfte zu überlassen; sie verlangt vielmehr eine „positive Ordnung“, das heißt eine gesetzliche Regelung, die hinreichend vielfältiges, informatives und gemeinwohlverträgliches Angebot gewährleistet“*²⁰⁰.

Wie dies in concreto zu erfolgen hat, stellte das Gericht zwar grundsätzlich frei;²⁰¹ verbindlich festgelegt war aber, dass die Sicherung der Meinungsvielfalt zu den wichtigsten Zielen der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zählt. Bestätigt wurde dies im dritten Rundfunkurteil, als das Gericht die Veranstaltung von privatem Rundfunk auch bei einem Wegfall der Sondersituation des Rundfunks von effektiven Gesetzesmechanismen zur Sicherung der Meinungsvielfalt abhängig machte²⁰², die eine Präventivkontrolle ermöglichen²⁰³. Das Gericht betonte explizit, dass die Konzentration von Meinungsmacht auch innerhalb eines dualen Rundfunksystems *a priori* zu verhindern sei, insbesondere weil einmal eingetretene Fehlentwicklungen wenn überhaupt nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig gemacht werden können²⁰⁴. Aus diesem Grund betont das BVerfG auch in der Niedersachsen-Entscheidung eine Gefährdung der freien Meinungsbildung durch crossmediale Monopolstellungen: Die Verfassung verlangt gerade das Entstehen vorherrschender Meinungsmacht zu vermeiden, welches sich aus der Kombination der Einflüsse in Rundfunk und Presse ergibt²⁰⁵.

In seiner jüngeren Rechtsprechung hat das BVerfG den Kreis der bei einer effektiven Sicherung der Meinungsvielfalt zu berücksichtigenden Faktoren sogar erweitert. So betont das BVerfG auch in seinem DSF-Beschluss, dass die Vielfaltssicherung auch nach Einführung des privaten Rundfunks ihre Bedeutung nicht verloren hat, sondern *„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“* erscheinen lasse, was umso mehr gelte, *„als sich einmal eingetretene Fehlentwicklungen wegen des dadurch entstehenden, auch politisch einsetzbaren Einflusses nur schwer rückgängig machen lassen.“* Konsequenz für die systematisch-teleologische Auslegung des § 26 Abs. 1 RStV ist, dass ihre Auslegung in erster Linie die Effizienz der Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht sicherstellen muss, was gleichzeitig nur

vollbracht werden kann, wenn man im Zweifel auch ohne Erreichen der Schwellenwerte auf die Grundnorm in Abs. 1 zurückgreifen kann.

cc) Konsequenzen für die Handhabung von § 26 Abs. 1 RStV im crossmedialen Kontext

Dass Zuschaueranteile maßgebliches Kriterium für die Bestimmung vorherrschender Meinungsmacht sein sollen, dürfte heutzutage wohl niemand ernsthaft bezweifeln²⁰⁶. Allerdings lässt sich der Nachweis nicht erbringen, dass kein einziger Faktor neben den in § 26 Abs. 2 RStV festgelegten Kriterien Beachtung finden soll. Ganz im Gegenteil: Wäre dies das Regulierungsziel des Gesetzgebers gewesen, so hätte er dies auch in irgendeiner Form erkennbar machen müssen. Zumindest aber hätte er den Regelungsgehalt des § 26 Abs. 2 RStV nicht als Vermutungstatbestand ausgestaltet dürfen; er hätte ihn vielmehr als absolute Größe definieren müssen. Den Beweis für solch eine (fast) ausschließliche Wirkung bleiben die Vertreter des quantitativen und quantitativ-qualitativen Ansatzes jedenfalls schuldig. Auch die in jüngster Zeit von *Holzengel/Krone* aus den verfassungsrechtlichen Prinzipien der Rechtssicherheit, Normklarheit und Justiziabilität geschlussfolgerten Argumente können diese Bestandsaufnahme nicht widerlegen²⁰⁷, da es sich hierbei um Begriffe handelt, die zwar als allgemeine gesetzgeberische Ziele auf breite Akzeptanz stoßen, jedoch für die konkrete Auslegung des § 26 Abs. 1 RStV keine entscheidenden Erkenntnisse liefern.

Der Versuch, aus dem Verfassungsrecht selbst auf eine Nichtanwendbarkeit von § 26 Abs. 1 RStV zu schließen, muss schon daran scheitern, dass das BVerfG viel speziellere Anforderungen an die Sicherung von Meinungsvielfalt formuliert²⁰⁸, als sie aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorgaben in der Literatur abgeleitet werden²⁰⁹. Ebenso wenig lässt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 26 Abs. 1 RStV ableiten, dass den Vermutungstatbeständen des Abs. 2 lediglich als eine Art Normüberschrift ohne eigenen Regelungsgehalt dienen sollte. So vermag auch das Argument, der Gesetzgeber habe durch die Einführung des Zuschaueranteilmodells eine „einheitliche Währung“ für die Bemessung von vorherrschender Meinungsmacht einführen wollen, nicht zu überzeugen²¹⁰. Niemand wird ernsthaft bestreiten wollen, dass sich die Länder für ein Rundfunkmodell ohne zahlenmäßige Beschränkung der Programme entschieden haben. Das Rundfunkkonzentrationsrecht erkennt insofern auch eine zentrale Bedeutung des Zuschaueranteils für die Bestimmung vorherrschender Meinungsmacht an²¹¹. Da die Sicherung der Meinungsvielfalt aber zu den wichtigsten Aufgaben des Rundfunkrechts gehört, kann sie nur als Richtschnur angesehen werden, nicht aber als absolute Größe: Wie *Renck-Laufke* richtigerweise festgestellt hat, beschränkt sich die Aufgabe der KEK nicht nur auf das Addieren von Zuschaueranteilen für die Landesmedienanstalten; ihre Kernaufgabe ist die Bewertung von Meinungsmacht²¹². Daher wäre die KEK – überspitzt formuliert – selbst dann berechtigt und verpflichtet eine Unbedenklichkeitserklärung zu verweigern, wenn die Landesgesetzgeber die Schwellenwerte des § 26 Abs. 2 RStV auf 99% und 89% anheben würden.

Die vom Grundgesetz geforderte Effizienz der Vielfaltsicherung im Medium Fernsehen gebietet gerade im Hinblick auf die neuartigen Gefahren multimedialer Meinungsmacht und crossmedialer Verflech-

195. Zum Umfang des durch die Verfassung vermittelten Schutzes der Meinungsvielfalt insb. *Janik*, AfP 2002 S. 104 (105).

196. Zur ähnlichen Rechtslage in den USA *Baker/Kübler*, MP 2004 S. 81 (85).

197. BVerfGE 57 S. 295 (323) – FRAG

198. BVerfGE 12 S. 205 (262) – Deutschland Fernsehen GmbH.

199. BVerfGE 12 S. 205 (262 f.) – Deutschland Fernsehen GmbH.

200. *Kübler*, MP 2004 S. 131.

201. So stellte das BVerfG ausdrücklich klar, dass der „öffentlich-rechtliche“ Rundfunk selbst in Form von Gesellschaften nach dem Privatrecht organisiert werden könne, solange das Prinzip des Binnenpluralismus gewahrt werde. Vgl. BVerfGE 12 S. 205 (262) – Deutschland Fernsehen GmbH.

202. BVerfGE 57 S. 295 (308) – FRAG. Hierzu insbesondere auch *Gounalakis*, AfP 2004 S. 394 (395).

203. *Gounalakis*, AfP 2004 S. 394 (396).

204. BVerfGE 57 S. 295 (322) – FRAG.

205. BVerfGE 73 S. 118 (175) – Niedersachsen führt diesb. aus: „Über die erörterten Gefahren vorherrschenden Einflusses auf die öffentliche Meinung hinaus sind daher gleiche, möglicherweise größere Gefahren zu befürchten, wenn Meinungsmacht im Bereich des Rundfunks sich mit Meinungsmacht im Bereich der Presse verbindet.“

206. Auch die KEK betont dies explizit Vgl. KEK-293, S. 79 – Axel Springer AG.

207. *Holzengel/Krone*, MMR 2005 S. 666 (672); *Engel*, ZUM 2005 S. 776 (779).

208. Zu diesen verfassungsrechtlich vorgegebenen Erfordernissen *Gounalakis*, a.a.O. (Fn. 2), C 32 ff.

209. So vermögen auch die von *Peifer*, a.a.O. (Fn. 1), S. 71 ff., ins Feld geführten Verfassungsprinzipien des Gesetzesvorbehalts sowie des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht zu überzeugen, da das BVerfG hierzu in seiner Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG Präjudizien geschaffen hat, die jenen allgemeinen Erwägungen i. S. des Spezialitätsgrundsatzes vorgehen.

210. *Holzengel/Krone*, MMR 2005 S. 666 (672).

211. So jüngst KEK-293, S. 79 – Axel Springer AG.

212. *Renck-Laufke*, ZUM 2000 S. 369.

tung²¹³ eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift des § 26 Abs. 1 RStV bei der Beurteilung vorherrschender Meinungsmacht. In einer konvergierenden Medienwelt stellt multimediale Meinungskonzentration ein neues Gefahrenpotential für den freien und demokratischen Prozess der Meinungsbildung dar, deren Auswirkungen auf das Suggestivmedium Fernsehen eine Bedrohung für die Meinungsvielfalt in der Bundesrepublik darstellen können. Es bleibt zu hoffen, dass das BVerfG zeitnah die Gelegenheit erhält, die Grenzen crossmedialer Meinungsmacht in einer digitalen Gesellschaft neu abzustecken. Solange dies noch nicht geschehen ist, wird die Schlacht um die Sicherung des publizistischen Wettbewerbs auf dem Rundfunkkonzentrationsrechtlichen Schlachtfeld ausgetragen werden. Die Tatsache aber, dass einmal erlangte Informationen auf verschiedenen Plattformen vermarktet werden, birgt das Risiko eines Meinungsmissbrauchs auf allen medialen Ebenen in sich. Zumindest in Bezug auf das Fernsehen kann dies verfassungsrechtlich nicht hingenommen werden. Ob das BVerfG seine Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Bereich des Fernsehens auch auf andere Medien ausdehnen wird, bleibt abzuwarten. Dass es das Fernsehen aber auch im Digitalzeitalter dem freien Spiel der Kräfte überlassen wird, ist ausgeschlossen²¹⁴. Damit sind zwar die in § 26 Abs. 2 RStV niedergelegten Grundsätze primär bei der Feststellung vorherrschender Meinungsmacht zu berücksichtigen. Wann immer aber die Gefahr einer solchen Meinungsdominanz auch aus außerhalb der in den Vermutungsregelungen normierten Faktoren resultieren kann, kann und muss *schon bei geringem Zweifel* auf die Grundnorm des § 26 Abs. 1 RStV zurückgegriffen werden.

Demzufolge entfalten die Vermutungsregelungen des § 26 Abs. 2 RStV keine Ausschließlichkeitwirkung. Vorherrschende Meinungsmacht kann selbst dann angenommen werden, wenn sich der Zuschaueranteil unter der Schwelle von 25% bewegt. Allerdings muss eine solche Herleitung einer Meinungsdominanz auf den innerhalb des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV normierten Kriterien beruhen. Ausschlaggebend sind dabei die Gegebenheiten des Einzelfalles. Verallgemeinernd ließe sich in Bezug auf diese Abwägung jedoch die Gleichung aufstellen, dass eine vorherrschende Meinungsmacht im Bereich des Fernsehens in Relation zu der Beherrschung medienrelevanter verwandter Märkte stehen muss. Je stärker die Markt- und Meinungsmacht des betreffenden Unternehmens auf einem dieser Märkte ist, desto stärker kann im Rahmen des § 26 Abs. 1 RStV von der 25%-Grenze abgewichen werden. Auch die Anzahl der beherrschten medienrelevanten verwandten Märkte ist dabei zu berücksichtigen, da

sie letztlich ein Indiz für multimediale Meinungsmacht darstellt. Multimediale Medienkonzentration kann nur auf Basis einer Gesamtbewertung aller für und wider sprechenden Umstände erfolgen²¹⁵; eine rein mathematische Herangehensweise ist aufgrund der Interdependenz der ausschlaggebenden Faktoren hingegen ausgeschlossen.

III. Zusammenfassung

Crossmediale Verflechtungen bergen wegen ihrer ökonomischen und medialen Auswirkungen neue Risiken für die Meinungsvielfalt und für den Prozess der freien und demokratischen Meinungsbildung in sich. Aus verfassungsrechtlicher Sicht bleibt daher die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht auch im Zeitalter der Konvergenz das zentrale Anliegen des Rundfunkrechts. Die einfachgesetzliche Rundfunkkonzentrationskontrolle nach §§ 25 ff. RStV muss nicht nur präventiv ausgestaltet, sondern auch effizient sein: Sie hat die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht sicherzustellen. Die Vorschriften des RStV müssen dabei im Lichte der Rspr. des BVerfG zur Rundfunkfreiheit verfassungskonform, d. h. im Einklang mit Art. 5 Abs. 1 GG, ausgelegt werden. Dies bedeutet weiter: Die in § 26 Abs. 2 RStV enthaltenen Vermutungsregelungen sind nach Maßgabe von § 292 ZPO zu betrachten. Bei der Bestimmung medienrelevanter verwandter Märkte nach § 26 Abs. 2 Satz 2, Alt. 1 RStV sind die sog. Konvergenzmärkte einschließlich der Telekommunikationsmärkte ausschlaggebend, während die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht nach der 2. Alt. der Vorschrift im Wege einer wertenden Gesamtschau zu erfolgen hat. Sofern die in § 26 Abs. 2 RStV enthaltenen Schwellenwerte nicht erreicht werden, kann auf den Grundtatbestand des § 26 Abs. 1 RStV zurückgegriffen werden. Die in den Vermutungsregelungen des § 26 Abs. 2 RStV enthaltenen Kriterien sind dabei i. S. eines qualitativ-quantitativen Ansatzes als gesetzliche Vermutung ausgestaltet, die beim Beweis des Gegenteils widerlegt werden kann. Allerdings erfordert eine verfassungskonforme Auslegung, dass speziell bei crossmedialen Zusammenschlüssen auch außerhalb des Wortlauts des RStV stehende Faktoren Berücksichtigung finden, sofern sie zu einer nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verbotenen Meinungsdominanz führen können.

213. Vgl. insofern insbesondere BVerfGE 95 S. 163 (173) – DSF, wonach es nicht mehr auf die Unterscheidung zwischen konkreter und abstrakter Gefahr ankommt.

214. S. in jüngerer Zeit BVerfGE 95 S. 163 (172 f.) – DSF.

215. Ähnlich schon Gounalakis, a.a.O. (Fn. 2), S. C 104.

Olympia und der Gesetzgeber: Ist ein sondergesetzlicher Schutz gerechtfertigt?

Verfassungsfragen des Olympiaschutzgesetzes vom 31. März 2004¹

Professor Dr. Christoph Degenhart, Leipzig

I. Anlass des Gesetzes und wesentliche Inhalte

Das Internationale Olympische Komitee (IOC) will Olympische Spiele nur in Länder vergeben, die ihm einen gesetzlichen Schutz

der olympischen Symbole und der olympischen Bezeichnungen durch Ausschließlichkeitsrechte und damit auch das Recht zu deren exklusiver Vermarktung garantieren. In dieser Leitlinie des IOC² wurde eine Gefährdung der dann aus anderen Gründen gescheiterten Olympiabewerbung der Stadt Leipzig gesehen. Da nach der seinerzeitigen

1. Gesetz zum Schutz des olympischen Emblems und der olympischen Bezeichnungen (OlympSchG) vom 31. 3. 2004 (BGBl. I S. 479); der nachstehende Beitrag beruht auf einem dem Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger erstatteten Rechtsgutachten.

2. S. dazu ausdrücklich die Gesetzesbegründung, BR-Drucks. 565/03 S. 6.