

mittlerweile übliche Pauschalabrechnung über »Flatrate« sei unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme des Internetzugangsdiensts oder geladener Datenmengen, was zur Folge habe, dass die Verbindungsdaten unverzüglich nach Beendigung der Verbindung gelöscht werden müssten, sodass eine spätere Rückverfolgung des Teilnehmers im Rahmen eines Auskunftsanspruchs nicht mehr möglich sei.

Zudem sei problematisch, dass in dem momentanen Gesetzesentwurf zur Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie in Bezug auf den Auskunftsanspruch noch zu viele unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten seien, was die Durchsetzung des Anspruches in der Praxis, zumindest anfänglich, bis zur Konkretisierung dieser Begriffe durch die Rechtsprechung, erheblich erschweren würde. Hier sei zu bedenken, dass der Auskunftsanspruch lediglich den ersten Schritt zur Verfolgung der Verletzer darstelle und die Hürde bei diesem ersten Schritt nicht allzu hoch angesiedelt werden dürfe, wenn die Möglichkeiten der Rechtedurchsetzung tatsächlich verbessert werden sollten.

Herr Professor *Schwarz* griff in seinem Schlusswort zunächst den Bericht über die französische Rechtslage auf und wies darauf hin, dass dort bereits vor der Umsetzung der Richtlinie ein wirksames Instrumentarium zur Verfolgung von Rechtsverletzungen zur Verfügung gestanden hätte, weshalb auch die Umsetzung in relativ kurzer Zeit erfolgen konnte. Er gab daraufhin seiner Hoffnung Ausdruck, dass die von Herrn Dr. *Daum* erwähnte Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofes in der Diskussion um die Umsetzung der Richtlinie in Deutschland Berücksichtigung finden werde.

Herr Dr. *Kramer* beendete die Runde mit der Feststellung, dass es neben technischem und rechtlichem Vorgehen gegen Raubkopierer vor allem wichtig sei, eine Änderung im Bewusstsein der Verbraucher in Bezug auf geistiges Eigentum und dessen Schutzwürdigkeit herbeizuführen.

Mit erneutem Dank an alle Anwesenden verabschiedete Herr Professor *Rehbinder* die Teilnehmer und beschloss das Symposium. ◊

Plädoyer für ein europäisches Medienkonzentrationsrecht

Von Professor Dr. Georgios Gounalakis* und Dr. Georgios Zagouras**, Marburg

Der gescheiterte Zusammenschluss von Axel Springer und ProSiebenSat.1 Media hat die Gemüter erregt. Noch nie sahen sich Wettbewerbs- und Medienaufsicht mit einem Unternehmenszusammenschluss solchen Ausmaßes konfrontiert. Die Entscheidungen des Bundeskartellamts (BKartA) sowie der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) haben Fachwelt und Öffentlichkeit polarisiert. Gleich welchem Standpunkt man sich anschließen möchte: Der Fall hat einmal mehr gezeigt, dass das derzeitige System der Wettbewerbsaufsicht über Medien Schwächen aufweist. Bei genauerem Hinschauen entpuppt es sich als wenig taugliches Instrumentarium, den Herausforderungen der Informationsgesellschaft zu begegnen. Der nachstehende Beitrag zeigt strukturelle Schwachpunkte auf und sucht nach Lösungsansätzen.

I. Hintergründe

In der Bundesrepublik wird es vorerst keinen zweiten konglomeraten Medienkonzern neben Bertelsmann geben, nachdem BKartA und KEK einen Zusammenschluss von Axel Springer und ProSiebenSat.1 Media untersagt¹ bzw. das Erteilen der erforderlichen Unbedenklichkeitserklärung verweigert haben². Trotz der

zahlreichen kartell³ und medienrechtlichen Einzelfragen⁴, die das Verfahren insbesondere im Hinblick auf die Reichweite der Rundfunkfreiheit bei der Auslegung der §§ 26 ff. RStV begleiteten⁵, dürfte nach dem Scheitern des Vorhabens mittlerweile feststehen, dass das geltende

* Der Verfasser ist Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Medienrecht, Direktor des Instituts für Rechtsvergleichung sowie der Forschungsstelle für Medienrecht und Medienwirtschaft an der Philipps-Universität Marburg.

** Der Verfasser ist Habilitand an der Philipps-Universität Marburg.

1 BKartA, WuW DE-V 1163 ff. – Springer/ProSiebenSat.1.

2 KEK, Beschluss vom 10.1.2006, KEK-293, im Internet abrufbar unter: <http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf>.

3 Hierzu *Kuchinke/Schubert*, WuW 2006, 477 ff.; *Bohne*, WRP 2006, 540 ff.; *Gounalakis/Zagouras*, NJW 2006, 1624 ff.

4 *Bornemann*, ZUM 2006, 200 ff.; *Säcker*, K&R 2006, 49 ff. sowie *Hain*, K&R 2006, 150 ff.; *Gounalakis/Zagouras*, AfP 2006, 93 ff.

5 Strittig ist in diesem Zusammenhang u. a. die Frage, ob und wie weit § 26 Abs. 1 RStV ohne Hinzuziehung der in Abs. 2 normierten Vermutungsregelungen bei der Feststellung vorherrschender Meinungsmacht angewandt werden darf. *Holzappel/Krone*, MMR 2005, 666, 673; *Engel*, ZUM 2005, 776, 780 sowie *Bornemann*, ZUM 2006, 200, 202; *Gounalakis/Zagouras*, AfP 2006, 93, 98 ff.

Regime den Herausforderungen einer konvergenten Medienwelt nicht wirklich gewachsen ist⁶. Im Zeitalter des Näherrückens bislang voneinander getrennter medialer Subsektoren muss man sich die Frage stellen, ob die technischen und publizistischen Herausforderungen der Zukunft nicht nach einem plattformunabhängigen und damit zukunftssträchtigen Medienkonzentrationsrecht verlangen.

II. Defizite des geltenden Rundfunkkonzentrationsrechts

1. Publizistische Wettbewerbsaufsicht zwischen Rundfunk- und Medienregulierung

Zu den Kernproblemen des Rechtsrahmens der publizistischen Wettbewerbsaufsicht gehört der Umstand, dass die gegenwärtige Rundfunkkonzentrationskontrolle in Form der §§ 25 ff. RStV nicht dem allseitigen Bedürfnis nach Rechtsklarheit entspricht⁷. Selbst Medienunternehmen mit der Markt- und Meinungsmacht von Springer sind hinsichtlich ihrer strategischen Ausrichtung auf ein Mindestmaß an Klarheit darüber angewiesen, auf welchen Märkten sie noch expandieren dürfen⁸. Dieses legitime Interesse an Rechtssicherheit steht der Forderung des BVerfG nach einer positiv normierten und präventiven Rundfunkkonzentrationskontrolle nicht entgegen⁹: Zwischen einer von Effizienz geprägten Vielfaltssicherung im Rundfunk und der Schaffung klarerer Regelungen, die es den Normadressaten ermöglichen, bereits a priori einschätzen zu können, wie weit sie extern oder intern wachsen dürfen, besteht jedenfalls kein Wertungswiderspruch¹⁰.

Von der Schaffung präziserer rechtlicher Vorgaben würde ebenso die Medienaufsicht profitieren, zumal ihr Auftrag nicht nur dem einfachen Recht in Form des RStV entspringt; vielmehr wird es maßgeblich von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und dem hieraus resultierenden Gebot der effizienten Sicherung der Meinungsvielfalt geprägt¹¹. Diese Wechselwirkung von Verfassungsrecht und einfachem Recht aber macht eine verfassungskonforme Auslegung der überwiegend als misslungen angesehenen Regelung des § 26 RStV nicht gerade einfach¹². Der Mangel an Transparenz der rundfunkkonzentrationsrechtlichen Vorgaben trat erst jüngst wieder zum Vorschein, als die KEK im Falle Springer/ProSiebenSat.1 unter Gesichtspunkten der Vielfaltsicherung den cross-medialen Zusammenschluss untersagte, obwohl das Unternehmen bei den im Rahmen von § 26 Abs. 2 RStV primär ausschlaggebenden Zuschauermarktanteilsvermutungen lediglich ca. 22 % der Rezipienten auf sich vereinigen konnte¹³. Die KEK stützte ihre Entscheidung bei der Beurteilung der Meinungsmacht im Medium Fernsehen im Wesentlichen auf die Reflexwirkungen der

immensen Marktdominanz Springers im Markt für Straßenverkaufszeitungen¹⁴. Da das BVerfG der Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen eine überragende Bedeutung im Hinblick auf den öffentlichen Kommunikationsprozess beimisst¹⁵ und speziell im DSF-Beschluss nochmals betonte, dass sich vorherrschende Meinungsmacht auch aus außerhalb des Mediums stehenden Faktoren ergeben kann¹⁶, berief sich die KEK zwar auf verfassungsrechtliche Vorgaben¹⁷. Nichtsdestotrotz zeigen die Probleme bei der konkreten Anwendung von § 26 RStV aber, dass die publizistische Wettbewerbsaufsicht de lege lata eigentlich nur vordergründig auf den Schutz der Meinungsvielfalt im Medium Fernsehen abzielt. Da gleichzeitig durch verfassungsrechtliche Implikationen der Materie auch die Konzentration auf anderen Medienmärkten mit einzubeziehen ist, entwickelte sich die Rundfunkkonzentrationskontrolle in den letzten Jahren de facto zu einer weitestgehend plattformübergreifenden publizistischen Wettbewerbsaufsicht¹⁸.

6 Zu den Auswirkungen der Konvergenz von Medien und Kommunikationsplattformen Gounalakis, Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?, Gutachten zum 64. Deutschen Juristentag, 2002, S. 15 ff. sowie Zagouras, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 13 f.

7 Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 79.

8 Bornemann, ZUM 2006, 200, 203 verweist in diesem Zusammenhang auf die seitens der Verfassung eingeräumten Wirtschaftsfreiheiten der Medienunternehmen.

9 Vgl. BVerfGE 57, 295, 308 – FRAG; Gounalakis, AfP 2004, 394, 396.

10 So sind Medienunternehmen speziell bei strategischen Entscheidungen in ganz erheblichem Maße auf Rechts- und Planungssicherheit angewiesen, Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 142.

11 Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben insbesondere BVerfGE 12, 205, 262 – Deutschland Fernsehen GmbH; 57, 295, 323 – FRAG; 95, 163, 172 f. – DSF.

12 So schon Hepach, ZUM 1999, 603, 608; Renck-Laufke, ZUM 2000, 105, 113; Holznagel/Krone, MMR 2005, 666, 667; Engel, ZUM 2005, 776.

13 KEK, KEK-293, S. 84 – Axel Springer AG.

14 Krit. Bornemann, ZUM 2006, 200, 202 ff.; Säcker, K&R 2006, 49 ff.

15 BVerfGE 57, 295, 319 ff. – FRAG.

16 BVerfGE 95, 163, 173 – DSF.

17 Bornemann, ZUM 2006, 200, 202 ff. kritisiert in diesem Zusammenhang insb. die kaum nachvollziehbaren Berechnungsmethoden, auf deren Basis die KEK für Springer/ProSiebenSat.1 eine dem Zuschaueranteil von ca. 47 % entsprechende Meinungsmacht prognostizierte. Vgl. KEK, KEK-293, S. 99 – Axel Springer AG.

18 Dies steht streng genommen nicht unbedingt im Einklang mit der originär liberalen Haltung, mit welcher die Medienrechtsordnung der publizistischen Wettbewerbsaufsicht auf den Pressemärkten begegnet. Vgl. Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 63.

2. Defizite des Rundfunkkonzentrationsrechts bei der Erfassung ausländischer Meinungsmacht

Neben diesen programmatischen Unklarheiten erweist sich die nationale Ausrichtung des Rundfunkkonzentrationsrechts als weiteres strukturelles Defizit der publizistischen Wettbewerbsaufsicht. Die Beschränkung externen und – unter medienrechtlichen Gesichtspunkten sogar – internen Unternehmenswachstums¹⁹ führt nicht etwa dazu, dass sich die Betroffenen auf der einmal erreichten Größe ausruhen. Vielmehr kann ihr Drang nach Wachstum und Erschließung weiterer Medienmärkte nur noch im Ausland befriedigt werden, wo ihnen im Zweifel weder ihre wirtschaftliche Macht noch ihr publizistischer Einfluss zum Vorwurf gemacht wird²⁰. Dies führt unmittelbar zur zweiten Problematik, derer sich ein Medienkonzentrationsrecht anzunehmen hat: Die Sicherung des Informations- und Meinungsppluralismus ist nicht nur ein deutsches Rechtsgut. Zahlreiche europäische Rechtsordnungen versuchen der Problematik zu begegnen²¹, zumal die Europäische Kommission den Medien bereits 1992 ein hohes Konzentrationsniveau bestätigte²². Auch in den USA lassen sich entsprechende Regelungen finden²³. Da die meisten Rechtsordnungen den Meinungsppluralismus aber ebenso wie der RStV in erster Linie von inländischen Medien gefährdet sehen und dementsprechend auch an nationaler Meinungs- und Marktmacht anknüpfen, gerät eine »Flucht ins Ausland« damit schnell zur betriebswirtschaftlich nahe liegenden Maßnahme.

Diese Entwicklung birgt aber gleich mehrere Konsequenzen in sich: Zum einen wird damit eine europäische Medienverflechtung gefördert, wodurch das Phänomen der Medienkonzentration nicht nur auf einen bestimmten Sprach- und Kulturkreis beschränkt bleibt, sondern zu einem transnationalen Problem anwächst²⁴. Da die nationalen Rechtsordnungen aber ihrem Regulierungsziel folgend auf die Sicherung der Meinungsvielfalt im eigenen Land ausgerichtet sind, fehlt es regelmäßig an den entsprechenden rechtlichen Instrumentarien, eben diese internationale Meinungsmacht zu erfassen. Damit fördern nationale Alleingänge eine Internationalisierung des Phänomens der Medienkonzentration. Resultat dieser Entwicklung ist das Entstehen von Meinungsoligopolen auf europäischer Ebene, ohne dass die damit einhergehenden Gefahren für den freien und demokratischen Kommunikationsprozess über die rein wirtschaftliche Dimension nach Maßgabe des europäischen Kartellrechts hinaus erfasst würden. Dies erscheint vor dem Hintergrund nicht tragbar, dass – um es mit den Worten des BVerfG zu sagen – »einmal eingetretene Fehlentwicklungen – wenn überhaupt – nur bedingt und nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig gemacht werden könnten«²⁵.

III. Rundfunk- versus Medienkonzentrationsrecht

1. Veränderte Wettbewerbsbedingungen auf den Medienmärkten

Richtet man das Augenmerk auf das Rundfunkkonzentrationsrecht, so wird man feststellen, dass § 26 Abs. 1 RStV zumindest auf den ersten Blick die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht im bundesweit veranstalteten Fernsehen zum Gegenstand hat²⁶. Dies erklärt sich durch den seitens des BVerfG an die Bundesländer gerichteten Auftrag zur Schaffung eines auf Effizienz ausgerichteten Rechtsrahmens mit dem Ziel der Sicherung der Meinungsvielfalt im Rundfunk²⁷. Ght man diesen Vorgaben tiefer auf den Grund, so wird man feststellen, dass der Normierungsauftrag zu einer Zeit verfasst wurde, als sich die Medienwelt deutlich von der heutigen unterschied²⁸. Dies gilt zum einen im Hinblick auf die elektronischen Medien und damit allen voran den Rundfunk, der zu Zeiten des ersten Rundfunkurteils noch wegen der damaligen Frequenzknappheit ausschließlich in die Hände der binnenplural organisierten öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gelegt wurde²⁹.

Allerdings hat sich in der Zwischenzeit nicht nur die Technik verändert, sondern ebenso die Zahl der publizistischen Einheiten, die, beispielsweise im Bereich der Tagespresse, massiv gesunken ist³⁰. Letztere wurde über Jahrzehnte in dem Glauben sich selbst überlassen, ein funktionsfähiger außenpluraler Wettbewerb und die Anzahl der publizistischen Einheiten reichten den meisten gesellschaftlichen Gruppen aus³¹, sich ein entsprechendes Sprachrohr zu verschaffen³². Im Zeitalter der Konvergenz hat man sich freilich von diesem Welt- oder Wettbewerbsbild weit entfernt. In Bezug auf die Veran-

19 Kübler, MP 1999, 379, 380; Zagouras, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 284.

20 Vgl. zur strategischen Umorientierung von Axel Springer auf Auslandsmärkten, Röper, MP 2006, 114.

21 Kleist, in: EMR, Regulierung der Medienkonzentration in Europa – Perspektiven für Deutschland?, 2002, S. 8 ff.; im Internet abrufbar unter: <http://www.emr-sb.de/news/MedientageMuenchen2002.pdf>.

22 Vgl. Schellenberg, DZWir 1994, 410. Zur Geschichte der Richtlinienentwürfe Ress/Bröhmer, Europäische Gemeinschaft und Medienvielfalt, 1998, S. 13 ff.

23 Baker/Kübler, MP 2004, 81, 83.

24 Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 74.

25 BVerfGE 57, 295, 323 – FRAG.

26 So die amtl. Begr., abgedruckt bei Hartstein/Ring/Kreile/Dörrl/Stetler, RStV, 21. EL, 2004, § 26, S. 3.

27 BVerfGE 12, 205, 262 f. – Deutschland Fernsehen GmbH; 57, 295, 323 – FRAG.

28 Zagouras, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 239 ff.

29 Vgl. BVerfGE 12, 205, 262 – Deutschland Fernsehen GmbH.

30 Schütz, MP 2005, 205, 206 ff.

31 Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 49.

32 BVerfGE 12, 205, 262 – Deutschland Fernsehen GmbH.

staltung von Rundfunk ist mittlerweile weniger die technische Infrastruktur kostenträchtig, sondern das Beschaffen des Content. Ungeachtet dieser betriebswirtschaftlichen Faktoren wird man aber auch feststellen müssen, dass es um die Anbietervielfalt längst nicht mehr so gut steht, wie noch zu Zeiten des Wirtschaftswunders³³.

2. Beurteilungsmaßstäbe

Die Realität sieht mittlerweile anders aus, als zu Zeiten der Deutschland-Fernsehen-GmbH³⁴ oder FRAG-Entscheidung³⁵. Schon längst geht es bei der Medienregulierung nicht mehr um die Frage, wie man in einem öffentlich-rechtlichen Rundfunkmonopol möglichst viele gesellschaftlich relevante Gruppen repräsentiert sehen kann³⁶. Ebenso wenig geht es um die Grundsatzentscheidung, ob man privaten Rundfunk zulassen will und wie dieser organisiert sein muss³⁷. Vergegenwärtigt man sich die heutigen Kernfragen der Rundfunkregulierung im Hinblick auf die Sicherung des publizistischen Wettbewerbs, so wird man zunächst untersuchen müssen, aus welchen Entwicklungen sich Gefahren für die Meinungsvielfalt ergeben können, wobei berücksichtigt werden muss, was aus Sicht der Medienkonzerne wirtschaftlich sinnvoll erscheint³⁸.

3. Strategische Ausrichtung crossmedialer Medienkonzerne

Aus wirtschaftlicher Sicht verfolgen crossmedial ausgerichtete Medienkonzerne in erster Linie das Ziel, die Wertschöpfungskette von der Erlangung der Information bis hin zu ihrem Vertrieb an den Rezipienten zu optimieren³⁹. Dabei ermöglicht gerade die Digitalisierung der übermittelten Informationen, diese schnell und kostengünstig auf verschiedenen Plattformen, wie Fernsehen, Hörfunk, Presse aber auch zunehmend Internet zu vermarkten⁴⁰. Sofern dieser Trend durch externes Wachstum und damit durch Fusionen verfolgt wird, kann dies zu Konflikten mit dem Kartellrecht führen, da konglomerate Medienkonzerne in erheblichem Umfang die Möglichkeit der publizistischen Cross-Promotion wie auch der kostengünstigen Werbung für konzerneigene Produkte haben⁴¹. Hinzu tritt der Umstand, dass Großkonzerne in der Regel über große finanzielle Ressourcen und damit über eine erhebliche wirtschaftliche Macht verfügen⁴², die auch auf publizistischer Ebene eingesetzt werden kann.

4. Konglomerate Medienunternehmen und ihr Gefährdungspotential

Diese Diversifikationsstrategien bleiben nicht ohne Konsequenzen für die Frage einer publizistischen Wettbewerbsregulierung. Die letztlich aus der Konvergenz

der Medien⁴³ resultierende abstrakte Gefährdung der Meinungsvielfalt beschränkt sich längst schon nicht mehr auf die mögliche Beherrschung eines einzelnen Suggestivmediums durch eine gesellschaftliche Gruppe⁴⁴. Moderne, crossmedial positionierte Medienkonzerne verfügen über ein Meinungspotential, dessen originäre Gefahr nicht mehr nur darin besteht, eine Vorreiterstellung in einem besonders zur Beeinflussung der Massen geeigneten Medium einzunehmen. Im – unter Vielfaltgesichtspunkten – schlimmsten Fall verfügen sie über eine derartige Vormachtstellung gleich auf verschiedenen medialen Plattformen⁴⁵. Ihr eigentliches Gefahrenpotential entwickeln konglomerate Medienkonzerne damit erst aus der Fähigkeit einer plattformübergreifenden und damit omnipotenten Einwirkung auf die öffentliche Meinungsbildung. Da das geltende Rundfunkkonzentrationsrecht aber gerade keine Instrumentarien zur Verfügung stellt, um dieser Gefahrenlage zu begegnen, müssen neue Wege beschritten werden, um den Meinungs- und Informationspluralismus technologieneutral und damit auch zukunftssträftig zu schützen.

5. Bereits bestehende Anknüpfungspunkte im RStV

Die besonders intensive Gefährdung der Meinungsvielfalt durch crossmediale Verflechtung hat der Landesgesetzgeber zwar dem Grunde nach mit der Vorschrift des § 26 Abs. 2 RStV erkannt⁴⁶. Als einziger

33 Vgl. *Schütz*, MP 2005, 205, 206 sowie in rechtsvergleichender Hinsicht *Kübler*, Medienverflechtung, 1982, 74 ff.

34 BVerfGE 12, 205 ff. – Deutschland Fernsehen GmbH.

35 BVerfGE 57, 295 ff. – FRAG.

36 BVerfGE 12, 205, 262 f. – Deutschland Fernsehen GmbH.

37 BVerfGE 57, 295, 318 ff. – FRAG.

38 Vgl. BKartA, WuW DE-V 1163, 1174 – Springer/ProSieben-Sat.1.

39 *Kübler*, MP 2004, 131, 132; *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, 2002, S. 134.

40 *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, 2002, S. 74; *Zagouras*, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 13 ff.

41 Vgl. allerdings in verkürzter Wiedergabe BKartA, WuW DE-V 1163, 1174 – Springer/ProSiebenSat.1. Vgl. S. 46 ff. des Originalbeschlusses, im Internet abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion06/B6-103-05.pdf>.

42 Vgl. BKartA, WuW DE-V 1163, 1174 – Springer/ProSieben-Sat.1.

43 Zum Begriff der Konvergenz *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, 2002, S. 74 sowie *Zagouras*, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 3 ff. m. w. N.

44 *Gounalakis*, ZUM 2003, 180, 185 m. w. N.

45 Letztlich dürften ähnliche Erwägungen auch der Entscheidung der KEK, KEK-293, S. 99 – Axel Springer AG zu Grunde gelegen haben, wobei sich die KEK allerdings auf eine nicht unbedingt transparente Methode der Marktanteilsanalogie berief. Krit. *Bornemann*, ZUM 2006, 200, 203.

46 Zum unterschiedlichen Verständnis der Vermutungsregelungen KEK, K&R 1999, 475, 477 – Premiere; a. A. *Engel*, ZUM 2005, 776, 777; *Holzengel/Krone*, MMR 2005, 666, 668.

Vermutungstatbestand greift § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV ausschließlich den Zuschaueranteil auf dem bundesweiten Fernsehmarkt als Kriterium zur Bestimmung von Meinungsmacht auf, wenn er 30 % überschreitet. Da dieser absolute Schwellenwert wegen der Einbeziehung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten⁴⁷ ohnehin nur schwer zu erreichen ist⁴⁸, verbleiben damit in der Praxis letztlich nur die Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV sowie die Grundnorm des § 26 Abs. 1 RStV. So lässt sich gerade anhand des Springer/ProSiebenSat.1-Verfahrens aufzeigen⁴⁹, dass die Meinungsmacht auf den Fernsehmärkten nicht isoliert betrachtet wird, sondern in erheblichem Maße auch außerhalb des Mediums stehende Umstände Berücksichtigung finden⁵⁰.

Das im RStV vorgesehene Reglement der Vermutungstatbestände basiert damit auf der Prämisse, dass die Beherrschung anderer medialer Plattformen eine erhebliche Reflexwirkung auf die Meinungsmacht im Fernsehen entfaltet. De facto geht es also bei der Sicherung von Meinungsvielfalt schon längst nicht mehr alleine um das Medium Fernsehen, wie ursprünglich vom BVerfG wegen seiner immensen Suggestivkraft gefordert⁵¹. Wie der Fall Springer/ProSiebenSat.1 verdeutlicht, spielt die überragende Marktmacht eines Konzerns auf anderen medialen Märkten eine so große Rolle, dass sie ausreicht, um die in den Vermutungen des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV vorgesehenen Aufgreifschwelen in einem beachtlichen Ausmaß zu unterschreiten⁵².

IV. Schaffung eines Medienkonzentrationsrechts als Lösungsansatz

Dies aber führt zur eigentlichen Gefährdungslage, derer sich die Vielfaltsicherung heutzutage ausgesetzt sieht. Meinungsvielfalt ist ein essentielles, unter besonderem verfassungsrechtlichem Schutz stehendes Gut⁵³. Aufgrund der technischen Entwicklung sowie der strategischen Ausrichtung internationaler Medienkonzerne muss gerade multimediale Meinungsmacht greifbar sein, um den Meinungspluralismus und damit die Freiheit des öffentlichen Kommunikations- und Willensbildungsprozesses effektiv schützen zu können.

1. Forderung nach einem plattformübergreifenden Medienkartellrecht

In Anbetracht der neuen Herausforderungen, denen sich die Meinungsvielfalt ausgesetzt sieht, scheint es nicht nur konsequent, sondern geradezu notwendig, die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht plattformübergreifend als einen Belang der Allgemeinheit i. S. v. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG anzuerkennen. Obgleich auch das BVerfG speziell in seiner jüngeren Rechtspre-

chung immer mehr zu einer solchen Betrachtungsweise tendiert⁵⁴, fehlt es schon seit geraumer Zeit an der Gelegenheit zu einer grundlegenden Weichenstellung. Letztmalig bezog das Gericht im DSF-Beschluss zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Medium Fernsehen Stellung⁵⁵. Dabei brachte es unzweideutig zum Ausdruck, dass vorherrschende Meinungsmacht auch aus außerhalb des Fernsehens liegenden Umständen resultieren kann, wenn sich diese auf den Meinungsbildungsprozess im Medium auswirken können⁵⁶. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Sicherung von Meinungsvielfalt in einer konvergenten Welt nicht nur auf ein einzelnes Medium beschränken⁵⁷.

2. Betroffene Branchen

Im Einzelnen stellt sich die Frage, welche Branchen in eine plattformübergreifende publizistische Wettbewerbsregulierung einbezogen werden sollten. Als Anknüpfungspunkt können zunächst die »medienrelevanten verwandten Märkte« herangezogen werden, wie sie bereits jetzt durch § 26 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 RStV Eingang in das geltende Rundfunkkonzentrationsrecht gefunden haben⁵⁸. Zum anderen wird man aber auch die Problematik internationaler publizistischer Meinungsmacht aufgreifen müssen.

Bei der Konzeption eines plattformübergreifenden Medienkonzentrationsrechts kann inhaltlich auf die Wertungen des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV zurückgegriffen

47 Das Einbeziehen der ARD-Sender sowie des ZDF erscheint insofern nicht unabdinglich, als diese öffentlich-rechtlichen Anstalten ohnehin dem Prinzip des Binnenpluralismus unterliegen. Vgl. Kübler, NJW 1987, 2961, 2962; Ricker, NJW 1981, 1925, 1927.

48 Stock, JZ 1997, 583, 592; Clausen-Muradian, ZUM 1996, 934, 943; Dörr, NJW 1997, 1341, 1345.

49 Zur medienkonzentrationsrechtlichen Gesamtbewertung insb. KEK, KEK-293, S. 102 ff. – Axel Springer AG.

50 Gerade dieser Umstand wird beispielsweise von Bornemann, ZUM 2006, 200, 202 f. kritisiert.

51 BVerfGE 12, 205, 260 f. – Deutschland Fernsehen GmbH; 57, 295, 323 – FRAG.

52 Krit. Bornemann, ZUM 2006, 200, 203.

53 KEK, KEK-293, S. 102 ff. – Axel Springer AG.

54 Das BVerfG sah bislang das Bedürfnis nach präventiven Maßnahmen zur Vielfaltsicherung zunächst nur für das Medium Fernsehen, BVerfGE 57, 295, 322 – FRAG, während es später vor dem Hintergrund der technischen Entwicklungen auch außerhalb des Fernsehens stehende Umstände als Faktor für die Bestimmung von Meinungsmacht im Fernsehen anerkannte. BVerfGE 95, 163, 173 – DSF.

55 BVerfGE 95, 163 ff. – DSF.

56 BVerfGE 95, 163, 173 – DSF.

57 Eine solche Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs eines Medienkonzentrationsrechts darf jedoch nicht zu einem blinden Transponieren der inhaltlichen Anforderungen des Rundfunkkonzentrationsrechts auf mittelbar und unmittelbar meinungsrelevante Wirtschaftszweige führen. Vgl. Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 142.

58 Gounalakis/Zagouras, AFP 2006, 93, 97.

werden. Dieser vermutet vorherrschende Meinungsmacht beim Erreichen eines Zuschaueranteils von 25 %, wenn das betreffende Unternehmen »auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat«⁵⁹. Wann davon auszugehen ist, ergibt sich zunächst aus der Gesetzesbegründung, wonach »Werbung, Hörfunk, Presse, Rechte, Produktion und andere medienrelevante verwandte Märkte einzubeziehen« sind⁶⁰. Anhand dieser Vorgaben lassen sich grundsätzlich zwei Typen von Wirtschaftsbranchen unterscheiden, die im Rahmen eines Medienkonzentrationsrechts berücksichtigt werden sollten: unmittelbar meinungsrelevante Wirtschaftszweige und mittelbar relevante.

a) Unmittelbar meinungsrelevante Dienste

Auch ein plattformübergreifendes Medienkonzentrationsrecht sollte in Anbetracht der bereits getroffenen Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers die konventionellen Medien, also Fernsehen, Hörfunk, Zeitungen und Zeitschriften, umfassen, ebenso wie Mediendienste. Wichtig wäre in diesem Zusammenhang allerdings eine weitestgehend technologieneutrale Abgrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs eines Medienkonzentrationsrechts, da nur auf diese Weise die Einbeziehung künftiger medialer Plattformen gewährleistet ist.

b) Mittelbar meinungsrelevante Branchen

Eine zweite Kategorie bilden mittelbar meinungsrelevante Branchen, also Wirtschaftszweige, die dem eigentlichem Vertrieb des Content durch das Medium vor- oder nachgelagert sind⁶¹. Das Einbeziehen der Werbung in ein plattformübergreifendes Medienkonzentrationsrecht erweist sich nicht zuletzt wegen der Interdependenz der wirtschaftlichen und publizistischen Macht konglomerater Medienkonzerne als besonders wichtig⁶². Während es speziell aus verfassungsrechtlicher Sicht erforderlich ist, auch die Kommunikations- und Vertriebswege bei der Beurteilung von mittelbarer Meinungsrelevanz zu berücksichtigen⁶³, müssen ebenso die Märkte für mediale Inhalte, etwa Nachrichtenagenturen oder Unterhaltungsproduktionen, einbezogen werden, da sie plattformübergreifend den »Rohstoff« für Medien liefern. Entsprechend des bisherigen Ansatzes in § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV sind in ein Medienkonzentrationsrecht also grundsätzlich all jene Branchen einzubeziehen, die innerhalb des Prozesses öffentlicher Meinungsbildung von publizistischer Bedeutung sind, bzw. wirtschaftlich oder technisch geeignet sind, die Meinungsmacht eines Unternehmens auf vor- oder nachgelagerten Märkten zu verstärken⁶⁴. Ohne an dieser Stelle Detailfragen erörtern zu können, wird man in Bezug auf die Berücksichtigung der einzubeziehenden Märkte jedoch die Formel aufstellen können, dass sich die Regulie-

rungsdichte und damit die Bedeutung für die konzentrationsrechtliche Beurteilung eines Sachverhalts an der materiellen Meinungsrelevanz des betreffenden Mediums bzw. des verwandten Marktes zu orientieren hat⁶⁵. Je größer die Meinungsrelevanz, desto gewichtiger ist ein betreffender Markt auch dann zu berücksichtigen, selbst wenn er lediglich eine mittelbare Meinungsrelevanz aufweist.

3. Erfassung inter- und transnationaler Meinungsmacht

Eine zukunftsorientierte Wettbewerbsordnung muss aber auch einem weiteren, mit der Globalisierung der Wirtschaftsbeziehungen einhergehenden Phänomen begegnen: der transnationalen Dimension publizistischer Meinungsmacht⁶⁶. Dies ist gleich in mehrfacher Hinsicht erforderlich. Zum einen handelt es sich bei der Sicherung der Meinungsvielfalt nicht um ein nationales Problem: Zwar stoßen Medien schneller an sprachliche Grenzen als konventionelle Waren und gewerbliche Leistungen. Dennoch werden crossmedial ausgerichtete Medienunternehmen wegen der geringen Mehrkosten bei der Verwendung bzw. Vermarktung des Contents letztlich betriebswirtschaftlich dazu veranlasst, ihre Inhalte auch in anderen Sprachen über konzerneigene Kanäle zu vertreiben. Dies gilt umso mehr, wenn einem Medienunternehmen ein weiteres externes Wachstum – wie jüngst im Falle Springer/ProSiebenSat.1 – auf nationaler Ebene untersagt wird⁶⁷. Sofern das betroffene Unternehmen die Strategie externen Wachstums weiterhin verfolgt, bleibt ihm letztlich keine andere Alternative, als dort im Ausland zu expandieren, wo ihm weder seine ökonomische noch seine publizistische Macht hinderlich ist⁶⁸.

Freilich gilt dies nicht nur für ein Auslandsengagement deutscher Unternehmen. Ganz im Gegenteil: Aus regulatorischer Sicht erscheint es erforderlich, speziell die faktische Benachteiligung inländischer Unterneh-

59 Vgl. *Neft*, ZUM 1999, 97, 101; *Kreile/Stumpf*, MMR 1998, 192, 194.

60 So die amtl. Begr., abgedruckt bei *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV, 21. EL, 2004, § 26, S. 3.

61 Zu den nach gegenwärtigem Recht einzubeziehenden Märkten *Gounalakis/Zagouras*, AfP 2006, 93, 97.

62 Vgl. BKartA, WuW DE-V 1163, 1165 – Springer/ProSiebenSat.1.

63 Ein solches Bedürfnis sieht das BVerfG selbst nach der Liberalisierung des Telekommunikationssektors noch, vgl. BVerfGE 95, 163, 173 – DSF.

64 *Gounalakis/Zagouras*, AfP 2006, 93, 97.

65 Vgl. *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, 2002, S. 107.

66 *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, 2002, S. 102.

67 BKartA, WuW DE-V 1163, 1165 – Springer/ProSiebenSat.1; *Kuchinke/Schubert*, WuW 2006, 477 ff.; *Bohne*, WRP 2006, 540 ff.; *Gounalakis/Zagouras*, NJW 2006, 1624 ff.

68 Zur Debatte um das mediale Engagement von Ausländern und ausländischen Unternehmen in der Bundesrepublik *Röper*, MP 2006, 114 ff.; *Gounalakis/Zagouras*, NJW 2006, 1624 ff.

men abzuschaffen, wie sie sich gegenwärtig aus dem Rundfunkkonzentrationsrecht ergibt. § 26 Abs. 1 RStV schreibt nämlich vor, dass publizistische Marktmacht im Wesentlichen nur auf nationaler Ebene berücksichtigt wird, während Auslandsaktivitäten bestenfalls mittelbar über die Vermutungsregelungen des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV in die Beurteilung vorherrschender Meinungsmacht einfließen können.

Obwohl es nach § 28 Abs. 3 RStV bei der Zurechnung von Programmen nicht darauf ankommt, ob das betreffende Unternehmen seinen Sitz im In- oder Ausland hat, ergibt sich aus § 27 Abs. 1 RStV, dass im Rahmen der rundfunkkonzentrationsrechtlichen Überprüfung eines bestimmten Zusammenschlusses ausschließlich deutschsprachige Programme zu berücksichtigen sind⁶⁹. Damit aber bleiben fremdsprachige Angebote mit dem Ergebnis außen vor⁷⁰, dass einem Unternehmen mediale Aktivitäten im Ausland medienrechtlich nur selten zugerechnet werden. Dies mag sich zwar aus dem Umstand erklären, dass der RStV auf die Sicherung der Meinungsvielfalt in der Bundesrepublik abzielt und sich die dominante Stellung eines Unternehmens – beispielsweise auf den italienischen Medienmärkten – nicht automatisch als vorherrschende Meinungsmacht im bundesweiten Fernsehen erweist. Dennoch kann sich die wirtschaftliche Stärke eines Unternehmens sowie seine crossmedialen Aktivitäten auf Auslandsmärkten speziell im Hinblick auf den Content auch auf die Beurteilung der multimedialen Meinungsmacht auswirken, sodass zumindest eine annähernde Gleichstellung der Meinungsmacht auf in- wie ausländischen Märkten de lege ferenda zu fordern ist.

V. System der dualen Wettbewerbsregulierung nach GWB und RStV

Neben diesen primär inhaltlichen Erwägungen stellt sich die Frage, ob auch der organisatorische Rahmen der ökonomischen und publizistischen Wettbewerbskontrolle signifikanter Veränderungen bedarf. Bei der Suche nach einer Antwort sieht man sich mit der Tatsache konfrontiert, dass sich in Deutschland – nicht zuletzt wegen der Kompetenzverteilung und des daraus resultierenden Verbots der Mischverwaltung⁷¹ – ein zweigleisiges System der Wettbewerbsaufsicht über Medien etabliert hat, welches auch die Gefahr divergierender Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden in sich birgt⁷². Während das Wettbewerbsrecht in erster Linie die Funktionsfähigkeit von Marktmechanismen sichern soll, zielt die Rundfunkkonzentrationskontrolle auf den Schutz nicht-ökonomischer Werte ab, weshalb sie auch dogmatisch dem Medienrecht zugerechnet wird. Diese Beschränkung des BKartA auf ökonomische Sachverhalte gilt selbst dann, wenn das GWB spezielle Vorschriften für Zusammen-

schlüsse von Medienunternehmen – als Beispiel lässt sich die Rundfunk- und Pressefusionskontrolle⁷³ des § 38 Abs. 3 GWB anführen – beinhaltet⁷⁴. Die publizistische Wettbewerbskontrolle durch die KEK tritt nur dann neben die Fusionskontrolle durch das BKartA, wenn der Sachverhalt hinreichende Bezüge zum bundesweit veranstalteten Fernsehprogramm aufweist. In diesem Fall hat die KEK zu untersuchen, ob der Erwerb von Unternehmensanteilen an einem Fernsehveranstalter zu vorherrschender Meinungsmacht führt⁷⁵, was sich wiederum in erster Linie anhand der Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 2 Satz 1 und 2 RStV bestimmt⁷⁶.

VI. Rolle der KEK

Vor dem Hintergrund dieser Zweiteilung von ökonomischer und publizistischer Wettbewerbsaufsicht stellt sich freilich die Frage, ob es rechtspolitisch sinnvoll erscheint, parallele Prüfungskompetenzen für die Begutachtung ein und desselben Sachverhalts aus zwei Perspektiven aufrecht zu erhalten⁷⁷. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich allerdings, dass die parallelen Prüfungskompetenzen durchaus ihre Berechtigung haben⁷⁸. Dies

69 Vgl. Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, Kap. 5 Rn. 72.

70 Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, RStV, 21. EL. 2004, § 28 Rn. 4.

71 Zagouras, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 359 ff.

72 Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 143.

73 Zur Diskussion um die letztlich gescheiterte Einführung eines neuen Regimes für die Pressefusionskontrolle im Rahmen der 7. GWB-Novelle 2005 Böge, MMR 2004, 297, 229 f.; Immenga, ZWeR 2004, 329, 337 ff.; Bremer/Martini, ZUM 2003, 942 ff.; Geerlings, AfP 2004, 329 ff. Diese sollte unter anderem Privilegierungstatbestände für den Fall einführen, dass Zeitungsredaktionen in ihrer redaktionellen Selbstständigkeit geschützt würden. Zur Untersagung des Zusammenschlusses von Holtzbrinck/Berliner Verlag vgl. Bechtold, BB 2003, 2528 ff. sowie Säcker, BB 2003, 2245 ff.

74 Aus diesem Grund kann die sektorspezifisch publizistische Wettbewerbsaufsicht auch nicht per se abgeschafft und dem allgemeinen Kartellrecht überlassen werden. Vgl. Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 103.

75 Gerade in diesem Umstand äußert sich hingegen die Zieldivergenz von ökonomischer und publizistischer Wettbewerbsaufsicht. S. bereits Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 146.

76 Dies betrifft freilich die kontrovers diskutierte Frage, ob und wie weit die KEK bei der Feststellung vorherrschender Meinungsmacht auch auf den Grundtatbestand des § 26 Abs. 1 RStV zurückgreifen darf, wenn dies verfassungsrechtlich geboten ist, so jüngst KEK, KEK-293, S. 102 ff. – Axel Springer AG; Gounalakis/Zagouras, AfP 2006, 93, 98 ff., oder zwingend an die Voraussetzungen der Vermutungstatbestände in § 26 Abs. 2 RStV gebunden ist. Vgl. KDLM, ZUM 1998, 1054, 1056 f. – Discovery Channel sowie jüngst Bornemann, ZUM 2006, 200, 202; Peifer, Vielfaltsicherung im bundesweiten Fernsehen, 2005, S. 45 ff. Ähnlich Holznagel/Krone, MMR 2005, 666, 667; Engel, ZUM 2005, 776, 779.

77 Zu dieser Frage schon Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 121 ff.

78 Zu alternativen Konzepten Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 125.

resultiert zunächst aus der unterschiedlichen Aufgabenstellung beider Institutionen: Die Kartellbehörden haben wirtschaftliche Sachverhalte zu beurteilen, während die ökonomischen Auswirkungen eines funktionierenden Wettbewerbs bei der publizistischen Beurteilung eines Sachverhalts zwar nicht völlig außen vor gelassen, gleichwohl aber nicht als alleiniger Maßstab herangezogen werden können, da es ausschließlich um die Sicherung von Meinungsvielfalt geht. Die KEK muss untersuchen, ob ein fast immer wirtschaftlich motivierter Zusammenschluss nicht doch dazu führt, dass das Medium Fernsehen von einer gesellschaftlichen Gruppe vereinnahmt wird, wie es das BVerfG vor langer Zeit formulierte⁷⁹. Da die beiden Regulierungsbereiche an unterschiedlichen ordnungspolitischen Prämissen anknüpfen, lässt sich dieses Konzept der Abkoppelung der Vielfaltsicherung von der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht in ähnlicher Form auch in anderen Ländern finden. Hierzu zählen etwa Großbritannien und Frankreich, wo sich Kartellbehörden und Independent Television Commission bzw. Conseil Supérieur de l'Audiovisuel gegenüber stehen⁸⁰. Einen liberaleren, einstufigen Weg beschreiten freilich die USA oder Italien⁸¹.

Sicherlich wird im Einzelnen über Entscheidungen der KEK ebenso gestritten wie über ihre Rechtsnatur⁸². Allein in jüngster Zeit sah sich die unabhängige Expertenkommission massiver Kritik aus der Fachwelt ausgesetzt⁸³, als sie im Falle Springer/ProSiebenSat.1 die Erteilung einer Unbedenklichkeitserklärung zunächst noch von der Schaffung eines Programmbeirates abhängig machte⁸⁴, um sie schließlich ganz zu verweigern, nachdem Springer eine solche Maßnahme nicht akzeptieren wollte⁸⁵. Unabhängig davon, wie man nun im Einzelfall der Entscheidungspraxis der KEK oder ihrer Auslegung des RStV entgegengetreten möchte⁸⁶, wird man ihre Existenzberechtigung im Kern allerdings kaum angreifen können, da sie letztlich als unabhängiges Expertengremium dem Bedürfnis entspringt, ein von standortpolitischen Erwägungen weitestgehend unberührtes Gremium zu schaffen, welches eine bundeseinheitliche Konzentrationskontrolle betreibt⁸⁷.

Trotz ihrer manchmal unpopulären und von Medien und Fachwelt teils harsch kritisierten Entscheidungen⁸⁸ kann auf die KEK als unabhängiges Gremium nicht verzichtet werden⁸⁹. Diese Erkenntnis resultiert letztlich auch aus verfassungsrechtlichen Vorgaben, da die Rundfunk- bzw. Medienkonzentrationskontrolle nach dem Kompetenzgefüge der Verfassung ausschließlich in die Zuständigkeit der Länder fällt⁹⁰, während dem Bund in Bezug auf das allgemeine Kartellrecht eine Kompetenz zur Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht nach Art. 74 Nr. 16 GG zukommt⁹¹. Dementsprechend steht auch das verfassungsrechtliche Prinzip des Verbots der Mischverwaltung einer Ansiedlung des Medienkonzentrationsrechts beim BKartA entgegen⁹², sodass –

selbst bei Einführung eines europäischen Rechtsrahmens – eine Zweiteilung von publizistischer und ökonomischer Wettbewerbsaufsicht auf nationaler Ebene aufrecht zu erhalten ist. Auf Grund ihrer nicht zuletzt (standort-)politischen Unabhängigkeit kann auf die KEK also nicht verzichtet werden. Darüber hinaus wäre auf EU-Ebene die Schaffung einer europäischen Medienkonzentrationsbehörde, wie sie vereinzelt diskutiert wird⁹³, überlegenswert.

VII. Forderung nach europäischer Rechtsvereinheitlichung

Nach dieser Bestandsaufnahme liegt es nahe, einen Rechtsrahmen für ein Medienkonzentrationsrecht nicht im nationalen Alleingang zu schaffen, da der transnationalen Dimension der Medienkonzentration effektiv nur durch europaweit einheitliche Regelungen zu begegnen ist⁹⁴. Trotz der bisherigen Zurückhaltung Brüssels⁹⁵, zeigen die hiesigen Erfahrungen mit der Rundfunkkonzentrationskontrolle, dass die Sicherung der Meinungsvielfalt auf europäischer Ebene nicht von standortpolitischen Erwägungen dominiert werden darf. Letztlich wäre durch einen solchen Schritt sogar der Planungssicherheit der Konzerne gedient, wenn für marktstarke Unternehmen europaweit dieselben Wachstumsbedingungen gelten würden.

1. Bisherige Entwicklungen auf europäischer Ebene

Ein Blick auf die europäische Diskussion zeigt, dass die zunehmende Medienkonzentration in Europa schon

79 BVerfGE 12, 205, 262 – Deutschland Fernsehen GmbH.

80 Vgl. Kleist, in: EMR, Regulierung der Medienkonzentration in Europa – Perspektive für Deutschland?, 2002, S. 7.

81 Zagouras, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 319 f.

82 Vgl. etwa Hepach, ZUM 2003, 112 ff.; Renck-Laufke, ZUM 2000, 369 ff.; Neft, ZUM 1999, 97 ff.

83 So Bornemann, ZUM 2006, 200, 202 ff.; Säcker, K&R 2006, 49 ff.; a. A. freilich Hain, K&R 2006, 150 ff.

84 Zum Verfahren Hain, K&R 2006, 150 ff. sowie Röper, MP 2006, 114 ff.

85 Vgl. KEK, KEK-293, S. 104 ff. – Axel Springer AG; Gounalakis/Zagouras, AfP 2006, 93 ff.

86 Holznagel/Krone, MMR 2005, 666 ff.; Engel, ZUM 2005, 776 ff. sowie Hain, K&R 2006, 150 ff.

87 Vgl. die amtl. Begr., abgedruckt bei Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, RStV, 21. EL. 2004, § 26, S. 3; Kreile, NJW 1997, 1329, 1330.

88 Bornemann, ZUM 2006, 200, 202 ff.; Säcker, K&R 2006, 49 ff.

89 Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 102.

90 BVerfGE 12, 205, 243 – Deutschland Fernsehen GmbH; 92, 203, 208 ff. – EG-Fernsehrichtlinie.

91 Vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl., 2006, Art. 74 Rn. 35.

92 Zagouras, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 360 ff.

93 Vgl. Palzer/Hilger, IRISPlus, 8/2001, S. 9 m. w. N.

94 Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 102.

95 Vgl. Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 28 f.

seit 1982 speziell bei den Europaparlamentariern Bedenken aufwirft⁹⁶. Erst zehn Jahre später, 1992, wurde die Thematik im Rahmen eines Konsultationsverfahrens zur Medienvielfalt und -konzentration im EU-Binnenmarkt in Form eines Grünbuchs⁹⁷ aufgegriffen⁹⁸, wobei das Verfahren zunächst, 1994, ohne Verfolgung weiterer legislatorischer Ziele abgeschlossen wurde, nachdem man die Verantwortung zur Wahrung der Medienvielfalt im Wesentlichen den Mitgliedstaaten zuwies⁹⁹. Einen erneuten Anlauf nahm der damalige Kommissar Mario Monti, als er mit seinem Richtlinienentwurf zur Verhinderung von Meinungskonzentration¹⁰⁰ letztmalig 1997 am Widerstand der übrigen Kommissare scheiterte¹⁰¹. In jüngerer Zeit ist die Entschließung des Europäischen Parlaments aus dem Jahr 2002 zu erwähnen¹⁰², in der u. a. die Kommission aufgefordert wurde, auf Konzentrationstendenzen in den Mediensektoren zu reagieren und für Meinungsfreiheit und -vielfalt zu sorgen¹⁰³.

2. Grünbuch Medienpluralismus

Hauptanknüpfungspunkt der europäischen Initiativen zur Vielfaltsicherung war in den letzten Jahren das Medienkonzentrations-Grünbuch von 1992, welches sich inhaltlich u. a. mit dem Verständnis der Mitgliedstaaten vom Begriff des Pluralismus beschäftigt. Mittels des Grünbuchs sollte eruiert werden, ob ein Bedürfnis nach einheitlichen Maßnahmen gegen die zunehmende Anbieterkonzentration beim Fernsehen, Radio und der Presse besteht¹⁰⁴. Besonderes Gewicht wurde dabei der Rechtsprechung des EGMR, des französischen Conseil Constitutionnel und des italienischen Corte Costituzionale beigegeben¹⁰⁵, was im Wesentlichen zu einem außenpluralen Verständnis von Vielfaltsicherung führte¹⁰⁶. Darüber hinaus wurden die europäischen Befugnisse bei der Sicherung der Informations- und Meinungsvielfalt diskutiert¹⁰⁷. Diesbezüglich sieht die Kommission die Sicherung der Meinungsvielfalt in erster Linie als Angelegenheit der Mitgliedstaaten an, wobei betont wird, dass Maßnahmen auf europäischer Ebene keine negativen Auswirkungen auf die Meinungsvielfalt haben dürfen. Insbesondere verbleibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, einen nach europäischem Wettbewerbsrecht unbedenklichen Sachverhalt unter medienrechtlichen Gesichtspunkten abweichend zu bewerten, solange Beteiligungsbeschränkungen an Medienunternehmen wiederum nicht in einer über die Pluralismussicherung hinausgehenden Weise zu einer Marktabschottung gegenüber ausländischen Investoren ausgenutzt werden¹⁰⁸. Mangels konkreter Rechtsakte erschöpft sich das Medienkonzentrations-Grünbuch aber hauptsächlich in der Erkenntnis, dass sich kartellrechtliche Wettbewerbsregulierung und medienrechtliche Vielfaltsicherung auch in europarechtlicher Hinsicht als gleichwertige Rechtsmaterien selbstständig gegenüberstehen¹⁰⁹.

3. Europäische Kompetenzen zur Regulierung des publizistischen Wettbewerbs

Nachdem seitens der EU derzeit zumindest keine kurzfristigen Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt zu erwarten sind, bleibt auch das Problem vorerst noch ungeklärt, inwieweit Europa überhaupt eine Kompetenz zur Regulierung des publizistischen Wettbewerbs zukommt¹¹⁰. Dass eine Medienregulierung unter Kompetenzgesichtspunkten problematisch ist, zeigte schon die umstrittene Fernsehrichtlinie von 1989 (Fernsehen ohne Grenzen)¹¹¹, als vor allem deutsche Stimmen die Veranstaltung von Fernsehen als primär kulturelle Angelegenheit ansahen, die einer Regulierung der Materie durch die Gemeinschaft entgegenstehe¹¹².

96 Entschließung vom 12. März 1982 zu »Rundfunk und Fernsehen in der Europäischen Gemeinschaft«, ABl. EG Nr. C 87/1, S. 110 ff.; Palzer/Hilger, IRISPlus, 8/2001, S. 7. Im Jahre 1984 legte die Kommission darauf hin ein Grünbuch über die Errichtung des gemeinsamen Marktes für den Rundfunk, insbesondere über Satellit und Kabel (»Fernsehen ohne Grenzen«) vor, KOM[84] 300 endg.

97 Grünbuch der Europäischen Kommission, Pluralismus und Medienkonzentration im Binnenmarkt, vom 23. Dezember 1992, KOM(92) 480 end. Vgl. Röss/Bröhmer, Europäische Gemeinschaft und Medienvielfalt, 1998, S. 15 f.

98 Schellenberg, DZWir 1994, 410; Tettenborn, MMR 1998, 18, 20.
99 Vgl. bzgl. der dem Grünbuch folgenden Initiativen Palzer/Hilger, IRISPlus, 8/2001, S. 7.

100 Zum lediglich als non-paper vorhandenen Richtlinienvorschlag Dörr, NJW 1997, 1341, 1342; Tettenborn, MMR 1998, 18, 20 sowie insb. Röss/Bröhmer, Europäische Gemeinschaft und Medienvielfalt, 1998, S. 20 ff.

101 Rein faktisch handelt es sich bei der Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens für Medienkonzentrationen auf europäischer Ebene insofern um eine schwierigere Materie, als schon allein innerhalb der Kommission mehrere Generaldirektionen als federführende Administrativeinheiten in Betracht kommen, etwa die GD Informationsgesellschaft und Medien oder aber die GD Wettbewerb. R. Dörr, Die EU und die elektronischen Medien, 1998, abrufbar im Internet unter <http://artikel5.de/artikel/eu-recht.html>.

102 RSP/2002/2600 v. 18. 11. 2002; <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/de/200211/p103034.htm>.

103 Die Kommission wurde in diesem Zusammenhang aufgefordert, ein entsprechendes Grünbuch herauszubringen. Vgl. Dörr, NJW 2003, 3020, 3021.

104 Vgl. KOM(92) 480 endg., S. 7.

105 Dementsprechend wurde das deutsche, von der Rechtsprechung des BVerfG geprägte Verständnis der Rundfunkfreiheit als »dienende Freiheit« nicht adaptiert. Vgl. Schellenberg, DZWir 1994, 410, 413.

106 Vgl. Schwartz, AfP 1993, 409, 419.

107 Schwartz, AfP 1993, 409, 419.

108 Vgl. KOM(92) 480 endg., S. 8.

109 Zu den Reaktionen auf das Grünbuch Röss/Bröhmer, Europäische Gemeinschaft und Medienvielfalt, 1998, S. 17 ff.

110 Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 22 ff.

111 Richtlinie vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. Nr. L 298 vom 17.10.1989, S. 23; dazu Rüggeberg, VerwArch 1991, 331, 334 ff.

112 Vgl. Röss/Bröhmer, Europäische Gemeinschaft und Medienvielfalt, 1998, S. 58 ff.; Holznagel, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 128 ff.

Während die geplante Novellierung der Fernsehrichtlinie in ihrer derzeit diskutierten Fassung¹¹³ in erster Linie wirtschaftliche Fragen des Fernsehens, etwa in Form von Product-Placement¹¹⁴, aufgreift, würde ein europäisches Medienkonzentrationsrecht durch die Regulierung des publizistischen Wettbewerbs der Medienunternehmen streng genommen noch tiefer in kulturelle Belange der Mitgliedstaaten eingreifen¹¹⁵, als dies bei Regelungen über Werbezeiten der Fall ist¹¹⁶.

Im Rahmen der Fernsehrichtlinie wird die Medienkonzentration bestenfalls am Rande tangiert¹¹⁷. Nichtsdestotrotz beschränkt sich die europäische Rechtsetzungskompetenz inhaltlich auf die ökonomisch motivierte Medienregulierung im Binnenmarkt bei grenzüberschreitenden Sachverhalten¹¹⁸. Diese ergibt sich bei einer klar auf die Regulierung des publizistischen Wettbewerbs ausgerichteten Medienkonzentrationskontrolle zwar nicht direkt, wohl aber mittelbar, da auf einzelstaatlicher Ebene derzeit teilweise erhebliche Unterschiede¹¹⁹ bei der publizistischen Wettbewerbsaufsicht bestehen¹²⁰. Insofern kann also von einer europäischen Kompetenz zur Vereinheitlichung publizistischer Marktzutrittschranken ausgegangen werden¹²¹. Berücksichtigt man, dass sich der EuGH trotz des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung schon seit Längerem relativ großzügig in Bezug auf Annexkompetenzen der Gemeinschaft zeigt, wonach sich die Verfolgung von der Gemeinschaft gesetzter Ziele auch auf Bereiche auswirken darf, für welche ihr keine originäre Zuständigkeit zukommt¹²², so wird man auch im Hinblick auf ein Medienkonzentrationsrecht eine Kompetenz zur Regulierung der Materie kaum von der Hand weisen können¹²³. Ob hiervon in absehbarer Zeit Gebrauch gemacht wird, dürfte aber eher von politischen als von kompetenzrechtlichen Faktoren abhängen.

VIII. Schlussfolgerungen

Wenn die Medien in ihren einzelnen Erscheinungsformen oder gar in ihrer Gesamtheit die Rolle des gesellschaftlichen Wachhundes einnehmen sollen, wie sie ihnen jüngst wieder seitens des EGMR zugewiesen wurde¹²⁴, dann wird man sicherstellen müssen, dass auch in publizistischer Hinsicht genügend selbstständige und unabhängige Einheiten verbleiben, um den Medien

auch weiterhin ihre Rolle als vierte Gewalt in demokratischen Gesellschaften zuzuweisen. Anders als im geltenden Rundfunkrecht ließe sich innerhalb eines Medienkonzentrationsrechts ein echtes Cross-Media-Reglement unterbringen, welches neben klaren Vorgaben für die Zulässigkeit einer Verflechtung von Print- und audiovisuellen Medien auch Bestimmungen zu vertikalen Verflechtungen beinhalten muss¹²⁵. Vor dem Hintergrund einer zunehmenden Internationalisierung des Phänomens der Medienkonzentration wäre dabei ein koordiniertes europäisches Vorgehen sinnvoll. Ein solches europäisches Medienkonzentrationsrecht in die Tat umzusetzen, wird politisch sicherlich nicht einfach. Ein entsprechender Handlungsbedarf besteht aber mehr denn je. ◊

113 KOM(2005) 605 endg. Im Internet abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/avpolicy/docs/reg/modernisation/proposal_2005/com2005-646-final-de.pdf.

114 Zu dieser Thematik Gounalakis, WRP 2005, 1476 ff. sowie ders./Wege, K&R 2006, 97 ff.

115 Gounalakis, Konvergenz der Medien, 2002, S. 24; Palzer/Hilger, IRISPlus, 8/2001, S. 9.

116 Anknüpfungspunkt ist hierbei die Überlegung, dass es unter Subsidiaritätsgesichtspunkten nur dann eine europäische Kompetenz zur Medienregulierung geben kann, wenn entsprechende Binnenmarktbelange nachgewiesen werden können. Zur Subsidiarität insb. Schwartz, AfP 1993, 409 ff.; Tettenborn, MMR 1998, 18, 20; Ress/Bröhmer, Europäische Gemeinschaft und Medienvielfalt, 1998, S. 52 ff.

117 Die Mitgliedstaaten haben das Entstehen oder Begünstigen »beherrschender Stellungen« ggf. zu verhindern, welche sich negativ auf den Pluralismus auswirken könnten. Vgl. Erwägungsgrund 16 der Fernsehrichtlinie; dazu auch Schwartz, AfP 1993, 409, 418.

118 Als alternativen Kompetenztitel kann man allerdings auch Art. 14 EG-V in Betracht ziehen, wenn die zunehmende grenzübergreifende Medienkonzentration zu ganz erheblichen Konsequenzen im Zusammenhang mit dem europäischen Grundrechtsschutz führen würde.

119 Kleist, in: EMR, Regulierung der Medienkonzentration in Europa – Perspektiven für Deutschland?, 2002, S. 8 ff.

120 Zur entsprechenden Argumentation der Kommission Palzer/Hilger, IRISPlus, 8/2001, S. 7.

121 Vgl. Schellenberg, DZWir 1994, 410, 411.

122 Schwartz, AfP 1993, 419, 425.

123 Vgl. Kresse/Heinze, AfP 1995, 394, 396.

124 EGMR ZUM 2004, 651 = NJW 2004, 2647, 2648 – Caroline von Hannover.

125 So auch die Forderung von Altes, MP 2000, 482, 489, welche auf diese Weise für den öffentlichen Kommunikationsprozess wichtige Faktoren integrieren will, wie beispielsweise den Zugang zu Kommunikationsnetzen und anderen kommunikativen Infrastruktureinrichtungen.