

ein geistiges Erzeugnis, ein Ideal mit universellem Anspruch. Die Ethik leitet unser Handeln nicht unmittelbar und primär, sondern rechtfertigt und kritisiert die primären Normen der Moral, des Rechts, der Religion, der Konventionen etc.

Das Verhältnis zwischen Moral und Recht ist ein Verhältnis zwischen zwei sozialen Tatsachen. Dieses Verhältnis kann nur kausal sowie inkorporativ und daher kontingent sein, denn es ist nicht erkennbar, wie Tatsachen begrifflich verbunden sein sollen. Nur insofern besteht eine Ähnlichkeit, als beide sozialen Tatsachen dasselbe grundlegende Ziel haben, nämlich das Ziel, zwischen möglichen gegenläufigen, konfligierenden Belangen zu vermitteln. Die Rechtssetzung muß also demselben abstrakten Ziel folgen wie die Moral. Und das Recht tut gut daran, aus zweckrationalen Gründen bei seiner Realisation eventuelle Widerstände oder Unterstützungen der Moral zu berücksichtigen. Darüber hinaus gibt es aber keine begriffliche Notwendigkeit, das Recht inhaltlich an den Werten und Verpflichtungen der Moral zu orientieren.

Diese Notwendigkeit kann nur eine normativ-ethische sein, die vom Recht verlangt, sein Ziel und seine Mittel auf eine bestimmte Art und Weise zu konkretisieren, um gutes bzw. gerechtes Recht zu sein. Dies führt zum zweiten Teil der Frage: der Frage nach dem Verhältnis von Recht und Ethik. Das spezifische Ziel der Ethik besteht darin, normative Tatsachen wie das Recht zu kritisieren und zu rechtfertigen. Daher sind Recht und Ethik in diesem normativ-ethischen Sinne begrifflich verbunden. Aber diese begriffliche Verbindung ist nur für die Forderung entscheidend, das Recht als gut bzw. gerecht oder schlecht bzw. ungerecht zu qualifizieren. Ungerechtes Recht – in einem Sinne von Ungerechtigkeit, der mehr meint als die für den Rechtsbegriff notwendige Vermittlung zwischen möglichen gegenläufigen, konfligierenden Belangen – ist also begrifflich-phänomenal Recht. Die Ethik fordert allerdings, es zu verbessern.

Die Frage, ob wir dieses ungerechte Recht befolgen sollen, ist eine weitere, unabhängige, moralische und ethische Frage. Jede Moral kann sie faktisch unterschiedlich entscheiden. In der Ethik wird sie folgendermaßen beantwortet: Überschreitet die Ungerechtigkeit des Rechts eine gewisse Schwelle, ist die Nichtbefolgung ethisch erlaubt oder sogar geboten. Die Art der ethisch erlaubten Nichtbefolgung hängt dann von der Stärke der Ungerechtigkeit ab. Sie reicht von der simplen Nichtbefolgung über den

zivilen Ungehorsam, den gewaltsamen Widerstand bis hin zum Tyrannenmord.⁶²

XIII. Schluß

Die philosophische Perspektive, die zu einem abstrakten und umfassenden Begriff des Rechts führt, ist nur eine ihm angemessene Betrachtungsweise unter vielen. Diese philosophische Perspektive kann keinen Vorrang ihrer Sicht auf das Recht beanspruchen. Die philosophische Perspektive kann aber auch nicht durch andere Betrachtungsweisen, wie die dogmatisch-juristische, historische, soziologische, naturwissenschaftliche oder deskriptiv-interne Perspektive ersetzt werden. Alle Versuche eines derartigen Reduktionismus sind per definitionem inadäquat, weil sie das Recht nur als ein isoliertes oder begrenzt relationales Phänomen verstehen können, nicht aber als verbunden mit allen möglichen anderen Phänomenen, als Teil der Welt als Ganzes, wie dies die philosophische Perspektive versucht.

Hat die philosophische Perspektive auf das Recht einen Wert? Auf diese Frage sind mindestens drei Antworten möglich. Erstens: Jedes Verständnis eines Phänomens der Welt hat einen Wert, weil es grundsätzlich besser ist, die Welt zu verstehen, als sie nicht zu verstehen, sei dieses Verständnis auch noch so bescheiden. Zweitens: Die Unterscheidung zwischen verschiedenen sozialen Tatsachen und menschlichen Handlungen als wesentliche Bestimmung menschlichen Rechts ist praktisch wichtig. Es ist etwa wichtig zu wissen, daß die vollständige Ausgrenzung und Entrechtung von Teilen der Bevölkerung ihnen gegenüber schon begrifflich kein Recht sein kann. Drittens: Wenn das begrifflich notwendige Ziel des Rechts die Vermittlung zwischen möglichen gegenläufigen, konfligierenden Belangen ist und wenn die notwendigen Mittel des Rechts Denken, Sprache, Normativität, Kategorialität, Externalität, Formalität und – im Fall der Trennung von Recht und Religion – Immanenz sind, dann ist gutes bzw. gerechtes Recht die gute bzw. gerechte Vermittlung zwischen diesen möglichen gegenläufigen, konfligierenden Belangen und der gute und gerechte Einsatz dieser Mittel. Gutes und gerechtes Recht setzt also die Einsicht in seinen Begriff, das heißt in sein notwendiges Ziel und seine notwendigen Mittel, voraus.

⁶² Vgl. Dietmar von der Pfordten, *Rechtsethik*, 2001, S. 522 ff.

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

Publizistische Vielfaltsicherung – Eine Aufgabe für Europa?

Medienkonzentration entwickelt sich immer stärker zu einem europäischen, wenn nicht globalen Phänomen. Nachdem die Vielfaltsicherung bislang überwiegend als Angelegenheit der Mitgliedstaaten verstanden wurde, wollen Straßburg und Brüssel nun stärker in Aktion treten. Ob und inwieweit die

Förderung des Pluralismus in den Medien in ihren Zuständigkeitsbereich fällt, untersucht der nachstehende Beitrag.

I. Demokratie und Medienkonzentration

1. Pluralismus und Demokratie in der Informationsgesellschaft

Im Athen des *Kleisthenes* oder *Perikles* suchte man die *Agora* auf, um sich einen Überblick über den neuesten Klatsch oder

* Professor Dr. *Georgios Gounalakis* 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. Dr. *Georgios Zagouras* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechtsvergleichung der Philipps-Universität Marburg.

Fragen von erheblicher Bedeutung für die *Polis* zu verschaffen. In der heutigen Informationsgesellschaft nehmen Medien diese Funktion wahr. Informationen und Meinungen werden über Zeitungen, Zeitschriften, Websites, Hörfunk und nicht zuletzt das Fernsehen verbreitet. Letzterem wird wegen der Kombination von Ton und bewegten Bildern eine große Suggestivkraft¹ und damit eine hohe Meinungsrelevanz beigemessen.² Von konventionellen Wirtschaftsbranchen unterscheiden sich Medien in ihrer Eigenschaft als Meinungsmultiplikatoren. Zwar lassen sich die unterschiedlichen Medienprodukte als Ware oder Dienstleistung qualifizieren.³ Über den „Verkauf“ von Informationen oder Werbefläche hinaus nehmen sie aber ebenso kulturelle Funktionen wahr.⁴ Sie vertreiben Meinungen und stehen infolgedessen in geistigem Wettbewerb.

Ein buntes Bouquet unterschiedlicher Standpunkte ist für die Gesellschaftsform Demokratie unverzichtbar.⁵ Das für sie charakteristische Recht auf Auswahl⁶ kommt nur dann voll zur Geltung, wenn sich die Bürger aus Quellen informieren können, die ein breites Spektrum unterschiedlicher Sichtweisen widerspiegeln.⁷ Zwischen Demokratie und der Meinungsvielfalt besteht insofern eine enge Korrelation. Ihre Bedeutung für den Meinungsbildungsprozess zeigt der Umgang totalitärer Regimes mit dem Pluralismus.⁸ Typischerweise trachten sie danach, die öffentliche Meinung zu kontrollieren und den Informationsfluss gleichzuschalten. Verdeutlichen lässt sich dies an der Instrumentalisierung des Rundfunks im Nationalsozialismus⁹ oder der Propaganda sozialistischer Regimes zu Zeiten des Kalten Krieges.¹⁰ Der Pluralismus in den Medien sieht sich jedoch auch in einer

demokratischen Gesellschaft Bedrohungen ausgesetzt.¹¹ Hier besteht freilich weniger die Gefahr von Repressionen als das Risiko einer unterschweligen Beeinflussung der Rezipienten. Dies zeigt die Entwicklung in Italien, wo es *Silvio Berlusconi* gelang, fast die gesamte Fernsehlandschaft unter seine Kontrolle zu bringen.¹² Gelinde gesagt geriet ihm dies auf dem Weg zum italienischen Ministerpräsidenten nicht zum Nachteil.¹³

Demokratie stützt sich heute mehr denn je auf Massenmedien, weil es andernfalls an einer für sie konstitutiven Breite und Intensität der öffentlichen Kommunikation fehlt.¹⁴ Das Erfordernis unterschiedlicher medialer Quellen darf nicht in einem formellen Sinne verstanden werden: Es geht nicht um eine bloß auf dem Papier oder der Fernbedienung bestehende Vielzahl von Anbietern, deren Fäden aber letztlich bei einer gesellschaftlichen Gruppe oder Einzelperson zusammenlaufen. Erforderlich ist eine materielle Medienvielfalt im Sinne einer *diversité des informations*¹⁵ und damit ein Minimum an Pluralismus in Berichterstattung und Unterhaltung.¹⁶

2. Konzentration als medienökonomisches Phänomen

Bedroht wird der Pluralismus in den europäischen Medien heutzutage weniger durch Zensur oder Repression, sondern eher durch medienökonomische Zwänge.¹⁷ Der Fortschritt der Informationstechnologien und die Digitalisierung der Inhalte¹⁸ führen zur Annäherung ursprünglich getrennter Mediensektoren und Plattformen.¹⁹ Dieser als Konvergenz der Medien und Kommunikationsplattformen bezeichnete Prozess²⁰ hat vielfach bewirkt, dass Medienunternehmen ihren traditionellen Aktionsradius verlassen und ihre Inhalte auf verschiedenen Wegen vermarkten.²¹ Man strebt danach, die Wertschöpfungskette von der Generierung der Inhalte bis hin zur ihrer Weiterverbreitung an die Rezipienten zu optimieren.²² Wer im Wettbewerb um das „knappe Gut Aufmerksamkeit“²³ mithalten will, setzt meist auf externes Wachstum. Allerdings verfügen nur wenige Medienkonzerne über die Finanzmacht, sich entsprechend strategisch zu positionieren.²⁴

¹ Dazu bereits *BVerfGE* 12, 205 (262) – Deutschland Fernsehen GmbH; siehe auch jüngst *BVerfG ZUM* 2007, 712 (721 ff.) – Rundfunkgebühren II; dazu *Hain* JZ 2008, 128 u. *Gounalakis/Wege* NJW 2008, 800 ff.

² Charakteristisch sind Suggestivkraft, Breitenwirkung und Aktualität des Fernsehens; *BVerfGE* 90, 60 (87) – Rundfunkgebühren sowie *BVerfG ZUM* 2007, 712 (721) – Rundfunkgebühren II.

³ Printmedien werden als Waren angesehen; *EuGH*, C-229/83, Leclerc, Slg. 1985, I-1 Rdnr. 25. Elektronische Medien werden mangels Körperlichkeit als Dienstleistungen eingestuft; zur Differenzierung *Schwarze* ZUM 2002, 89 (91); *Fechner*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. Aufl. 2003, Vorbem. zu Art. 151 EGV Rdnr. 7.

⁴ Vgl. etwa *Seidel*, in: *Schwarze*, Fernsehen ohne Grenzen, 1985, S. 121 (124 ff.).

⁵ Nach *BVerfGE* 12, 113 (125) – Schmid-Spiegel zeichnet sich die öffentliche Meinungsbildung durch einen „geistigen Kampf“ sowie „die freie Auseinandersetzung der Ideen und Interessen“ aus, weshalb sie „für das Funktionieren dieser Staatsordnung lebensnotwendig ist.“

⁶ Siehe *BVerfGE* 12, 113 (125): „Nur die freie öffentliche Diskussion über Gegenstände von allgemeiner Bedeutung sichert die freie Bildung der öffentlichen Meinung, die sich im freiheitlich demokratischen Staat notwendig „pluralistisch“ im Widerstreit verschiedener und aus verschiedenen Motiven vertretener, aber jedenfalls in Freiheit vorgetragener Auffassungen, vor allem in Rede und Gegenrede vollzieht. Jedem Staatsbürger ist durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG das Recht gewährleistet, an dieser öffentlichen Diskussion teilzunehmen.“

⁷ Das *BVerfG* sieht die Demokratie als „ständige geistige Auseinandersetzung und den Kampf der Meinungen als Lebenselement dieser Staatsform“, *BVerfGE* 69, 315 (345) – Brokdorf; vgl. zuvor *BVerfGE* 7, 198 (208) – Lüth.

⁸ Zur Gleichschaltung des Hörfunks im Nationalsozialismus *Ricker/Schiwy*, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, Kap. A Rdnr. 32 ff.; *Holzsnagel*, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 11.

⁹ Hierzu *Diller*, in: *Bausch*, Rundfunkpolitik im Dritten Reich, Bd. II, 1980, S. 81; *Herrmann/Lausen*, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2004, § 4 Rdnr. 15. Die organisatorischen Maßnahmen zur völligen Vereinnahmung des Mediums wurden unmittelbar nach der Machtübernahme ergriffen. Dazu auch *BVerfGE* 12, 205 (210) – Deutschland Fernsehen GmbH.

¹⁰ Nach Zusammenbruch des Dritten Reiches wurde die zentralistische und der Zensur unterworfenen Struktur des Rundfunks in der DDR aufrechterhalten. Dazu insb. *Hesse*, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, Kap. 1 Rdnr. 101 ff.; *Ricker/Schiwy* (Fn. 8), Kap. A Rdnr. 43.

¹¹ Instruktiv zum deutschen Verständnis *BVerfGE* 12, 205 (262 f.), wonach Hörfunk und Fernsehen nicht einer gesellschaftlichen Gruppe ausgeliefert werden dürfen.

¹² Zum Einfluss *Berlusconi* auf die italienischen Medien *Reinemann* ZUM 2004, 904 (906 f.).

¹³ Siehe zur Pluralismusdebatte in Italien *Mazzoleni* MP (Media Perspektiven) 2003, 517 ff.; *Reinemann* ZUM 2004, 904 ff.

¹⁴ Vgl. *Lehrke*, Pluralismus in den Medien, 2006, S. 39 m. w. N.

¹⁵ *Schwartz* AfP 1993, 409 (419).

¹⁶ Die Bedeutung seichter Unterhaltung für die öffentliche Meinungsbildung darf nicht unterschätzt werden. Vgl. *BVerfGE* 12, 205 (260); 73, 118 (152) – Niedersachsen.

¹⁷ In diesem Sinne auch jüngst *BVerfG ZUM* 2007, 712 (721) – Rundfunkgebühren II. Instruktiv zur Medienökonomie *Kübler*, Medienmärkte, Menschenrechte und Demokratie, im Erscheinen, § 3.

¹⁸ Vgl. *Gounalakis* K&R 1999, 541; *Bartosch* ZUM 1998, 209 (210); *Holzsnagel* Beilage zu MMR 9/1998, 12; *Ulbrich* K&R 1998, 100.

¹⁹ Dazu schon *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, 2002, S. 17 ff.

²⁰ Aufgeworfen wurde die Diskussion um die Konvergenz hauptsächlich durch das 1997 von der Europäischen Kommission veröffentlichte „Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie und ihren ordnungspolitischen Auswirkungen – Ein Schritt in Richtung Informationsgesellschaft“, KOM – (97) 623, v. 3. 12. 1997. Aktuell zu Regulierungsfragen *Hain* K&R 2006, 325 ff.

²¹ Zu den Strategien der Medienunternehmen *Sjurts*, Strategien in der Medienbranche, 3. Aufl. 2005, S. 25 ff.

²² *Kübler* MP 2004, 131 (132). Siehe auch *BVerfG ZUM* 2007, 712 (721) – Rundfunkgebühren II.

²³ So *Brinkmann*, in: *Freundesgabe* Kübler, 1997, S. 153 (159).

²⁴ Siehe *Sjurts* (Fn. 21), S. 436 ff.

Da ein Großteil der Umsätze durch Werbung generiert wird²⁵ und sich diese wiederum nach sogenannten Tausender-Kontakt-Preisen bemisst,²⁶ versuchen Medienkonzerne möglichst viele Rezipienten zu erreichen. Je größer das abgedeckte Medienspektrum ist, desto besser lassen sich Werbezeiten in Hörfunk bzw. Fernsehen sowie Anzeigenplatz in Periodika und im Internet vermarkten.²⁷ Die Attraktivität gegenüber den Werbekunden kann bei crossmedial positionierten Konzernen durch unterschiedliche Formen von Anzeigenkombinationen und Rabatten gesteigert werden.²⁸ Schließlich verfügen gerade in mehreren Subsektoren aufgestellte Konzerne über die Fähigkeit, publizistische Cross-Promotion zu betreiben und konzerneigene Produkte kostengünstig zu bewerben.²⁹ All diese Faktoren begünstigen nicht nur eine horizontale und vertikale Medienkonzentration,³⁰ sondern ebenso eine konglomerate.³¹

3. Fortschreitende Medienkonzentration als grenzüberschreitendes Phänomen

Eine Tendenz zur Medienkonzentration besteht seit geraumer Zeit. Ursprünglich zeichnete sich die europäische Medienlandschaft durch eine relativ hohe Anzahl überregionaler, regionaler und lokaler Zeitungen und Zeitschriften aus.³² Dagegen war die Rundfunkveranstaltung durch Frequenzmangel und erhebliche Kosten geprägt.³³ Folglich wurde die Verbreitung von Darbietungen aller Art für die Allgemeinheit mit Hilfe elektronischer Schwingung³⁴ zunächst noch als Monopoldienstleistung in staatlicher bzw. öffentlich-rechtlicher Trägerschaft erbracht.³⁵ Der erste Schub der Medienkonzentration setzte schon in der Nachkriegszeit ein, als sich die Zahl der selbständigen Tageszeitungen verringerte und horizontale Konzentration im Pressewesen einsetzte.

25 Zum Anteil der Anzeigen an den Erträgen der Verlage *Mestmäcker/Veelken*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl. 2001, Vorb. § 35 Rdnr. 48.

26 Dazu *Brinkmann*, in: *Freundesgabe Kübler* (Fn. 23), S. 153 (158).

27 In den letzten Jahren zeichnete sich ein Rückgang des Anzeigenaufkommens im Bereich der Printmedien ab, während die Online-Werbung deutlichen Zuwachs verbuchen konnte. Siehe *Koch* AfP 2007, 305 (307). Zu Diversifikationsstrategien *Sjurts* (Fn. 21), S. 430 ff.

28 Werbung lässt sich damit auch in weniger massenattraktiven Medienformaten absetzen. Zu den verschiedenen Formen der Anzeigenkombinationen *Möschel*, *Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz*, 1978, S. 9.

29 Instrukтив BKartA Wirtschaft und Wettbewerb/Entscheidungen Deutschland-Verwaltung (WuW/E DE-V) 1163 (1173 ff.) – Springer/ProSiebenSat.1, wo es um die Übernahme der zweitgrößten Fernsehsenderfamilie durch eines der größten Verlagshäuser ging. Siehe ferner *OLG Düsseldorf* WuW/E DE-R 1501 – National Geographic.

30 Kritisch zur Entwicklung auf den Zeitungsmärkten *BGHZ* 157, 55 (65) – 20 Minuten Köln; dazu *Gounalakis/Rhode* AfP 2000, 321 ff.

31 Zur Unterscheidung zwischen horizontaler, vertikaler und konglomerater Unternehmenskonzentration *Ruppelt*, in: *Langen/Bunte*, *Kartellrecht*, 10. Aufl. 2006, § 36 Rdnr. 26, 31; *Möschel*, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, 1983, Rdnr. 711.

32 Das *BVerfG* sah die Meinungsvielfalt in der Presse im Fernseherteil aufgrund der Anzahl selbstständiger Einheiten noch als gewahrt an. *BVerfGE* 12, 205 (260). Später stellte es klar, dass es gesetzlicher Vorkehrungen für Gefahren bedarf, „die einem freien Pressewesen aus der Bildung von Meinungsmonopolen erwachsen könnten.“; *BVerfGE* 20, 162 (176) – Spiegel.

33 Siehe zur damaligen Sondersituation des Rundfunks auch *BVerfGE* 12, 205 (261).

34 So die geläufige Definition des Rundfunks im verfassungsrechtlichen Kontext. Siehe *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 5 Rdnr. 36.

35 Dass der Rundfunk nicht von einer gesellschaftlichen Gruppe zu Propagandazwecken missbraucht werden kann, versuchte man in der Bundesrepublik durch eine nicht-staatliche, gesellschaftlich vermittelte Aufsicht über das Suggestivmedium sicherzustellen. Zur Binnenorganisation der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten *Ricker/Schiwy* (Fn. 8), Kap C Rdnr. 27.

te.³⁶ Mit der Einführung von kommerziellem Hörfunk und Fernsehen trat konglomerate Medienkonzentration hinzu, da die größeren Medienhäuser zunehmend in verwandte, aber weder vor- noch nachgelagerte Märkte drängten. Die Digitalisierung der Inhalte und die damit einhergehende Konvergenz der Medien und Kommunikationsplattformen³⁷ haben dem Konzentrationsprozess schließlich einen weiteren Impuls verliehen.

Die Konzentration trat zunächst noch auf nationaler Ebene ein, da Medien mittels Sprache kommunizierte Inhalte vertreiben und deren Markt räumlich durch Sprache determiniert wird: Deutsche Automobile lassen sich zwar in Malta absetzen, der Vertrieb portugiesischer Zeitschriften dürfte es in Finnland hingegen schwer haben. Infolgedessen zeigte sich die *gemeinschaftsweite* Dimension der fortschreitenden Medienkonzentration erst, als Medienkonzerne – sei es, weil sie bereits ein Monopol auf den entsprechenden nationalen Märkten geschaffen hatten oder weil ihnen das Antikonzentrationrecht des jeweiligen Mitgliedstaates weiteres Wachstum verbot – ihrem Expansionsdrang im Ausland nachgaben.³⁸ Das Problem der Meinungskonzentration wird hierdurch auf ein trans- bzw. internationales Niveau angehoben, weshalb sich auch die Pluralismussicherung nicht als exklusive Angelegenheit der EU-Mitgliedstaaten qualifizieren lässt.³⁹ Die Möglichkeit, von seiner Meinungsmacht nicht nur auf unterschiedlichen Plattformen Gebrauch zu machen, sondern ebenso in verschiedenen Mitgliedstaaten, stellt ein Risiko für die Freiheit und Ungestörtheit des öffentlichen Kommunikationsprozesses dar, welches wegen seiner Auswirkungen für die demokratische Gesellschaft nicht unterschätzt werden darf. Ein Handlungsbedarf besteht dabei unabhängig von der Frage, ob sich bereits ein einheitlicher europäischer Meinungsmarkt herauskristallisiert hat.⁴⁰ Ein solcher ist aus Sicht des Rechtsgüterschutzes unerheblich.⁴¹

36 Instrukтив *Kübler*, *Medienverflechtung*, 1982, S. 17 ff.

37 Zur Konvergenz *Latzer*, *Mediamatik*, 1997, S. 16 f.; *Knothe* K&R 1998, 95 (97) sowie jüngst *Hain* K&R 2006, 325 ff. Siehe auch *Gounalakis* (Fn. 19), S. 13 f.; *ders.* K&R 1999, 541 sowie *Zagouras*, *Konvergenz und Kartellrecht*, 2002, S. 3 ff.

38 Exemplarisch seien in diesem Zusammenhang die Aktivitäten des Medienkonzerns *Mediaset* des ehemaligen italienischen Ministerpräsidenten *Silvio Berlusconi* außerhalb Italiens genannt. Dahingegen konzentrierte sich die ursprünglich vorwiegend im Printbereich aktive *Axel Springer AG* auf ausländische Märkte, nachdem ihr zuvor aufgrund medien- und kartellrechtlicher Bestimmungen die Übernahme der Sendergruppe *ProSiebenSat.1 Media* untersagt worden war; BKartA WuW/E DE-V 1163; *Kuchinke/Schubert* WuW 2006, 477 ff.; *Bohne* WRP 2006, 540 ff. sowie *Gounalakis/Zagouras* NJW 2006, 1624 ff. Zum medienrechtlichen Parallelverfahren bei der Kommission zur Ermittlung von Konzentration im Medienbereich (KEK) Az. 293 – *Axel Springer AG*. Der Beschluss kann im Internet abgerufen werden unter <http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf>. Zu den Kritikern zählen *Bornemann* ZUM 2006, 200 ff.; *ders.* MMR 2006, 275 ff.; *Säcker* K&R 2006, 49 ff. Befürwortet wurde sie u. a. von *Renck-Laufke* ZUM 2006, 907 ff.; *Hain* K&R 2006, 150 ff.; *Dörr*, in: *Festschrift Mailänder*, 2006, S. 481 ff.; *Dittmann*, in: *Festschrift Mailänder*, 2006, S. 469 ff.; *Gounalakis/Zagouras* AfP 2006, 93 ff.

39 Diese eher politische als juristische Vorstellung dominierte die Diskussion in den neunziger Jahren. Vgl. *Schwartz* AfP 1993, 409 (419).

40 Hierauf führen *Mailänder*, *Konzentrationskontrolle zur Sicherung von Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk*, 2000, S. 339 sowie *Hain* AfP 2007, 527 (531) einen Handlungsbedarf der Gemeinschaft medienpolitisch zurück.

41 Dies ist eher eine rechts- und medienpolitische Vorfrage. Den Handlungsbedarf zu bewerten steht zunächst im Ermessen der Gemeinschaft. Wie auch im nationalen Recht sind keine (kommunikations-)wissenschaftlichen Nachweise des Handlungsbedarfs erforderlich. Von transnationaler Medienkonzentration geht normativ betrachtet eine erhebliche Gefahr für den Meinungsbildungsprozess in mehr als nur einem Mitgliedstaat aus, derer man wegen der Bedeutung der Meinungsvielfalt für die demokratische Gesellschaft schon möglichst früh begegnen muss. Wegen der überragenden

II. Bestrebungen zur gemeinschaftsweiten Vielfaltsicherung

Der Bündelung von Meinungsmacht versucht man in vielen Mitgliedstaaten der Europäischen Union durch Antikonzentrationbestimmungen zu begegnen. Im Detail divergieren sie mitunter erheblich,⁴² da sie auf spezifischen Negativverfahren beruhen, die man jeweils mit Zensur und Meinungsmonopolen sammelte.⁴³ Die Schwäche nationaler Alleingänge zeigt sich zum einen im unterschiedlichen Niveau der Pluralismussicherung.⁴⁴ Zum anderen bleibt infolge der nationalen Ausrichtung gerade grenzüberschreitende Meinungsmacht meist unberücksichtigt. Exemplarisch lässt sich die deutsche Regelung des § 27 Abs. 1 RStV anführen. Danach entfallen unabhängig vom Unternehmenssitz nur deutschsprachige Programme konzentrationsrechtliche Relevanz, während anderssprachige ohne Rücksicht auf ihren Zuschaueranteil und ihre publizistische Bedeutung außen vor bleiben.⁴⁵

Dieser Nachteile nationaler Alleingänge in der Vielfaltsicherung ist man sich in Straßburg und Brüssel bewusst. Des eigenen Demokratiedefizits ungeachtet⁴⁶ mangelte es in den letzten Jahrzehnten nicht an Initiativen zum gemeinschaftsweiten Schutz der Meinungsvielfalt.⁴⁷ Die Europäische Kommission veröffentlichte 1992 sogar ein Grünbuch „Pluralismus und Medienkonzentration im Binnenmarkt“.⁴⁸ 1997 scheiterte schließlich der von Kommissar *Monti* vorgestellte Entwurf einer Medienkonzentrationsrichtlinie⁴⁹ am politischen Widerstand der übrigen Kommissare.⁵⁰ Einen neuen Anlauf nahm die Europäische Kommission Anfang 2007, als sie den „Reding-Wallström-Plan“ zur Sicherung der Meinungsvielfalt in Europa vorstellte.⁵¹ Im Rahmen dieses Drei-Stufen-Plans ist zunächst eine europaweite Bestandsaufnahme in Sachen Pluralismus vorgesehen. Ohne sich bislang im Detail festgelegt zu haben, wurden verschiedene Aspekte einer künftigen Pluralismussicherung auf europäischer Ebene im Anfang letzten Jahres veröffentlichten „Commission Staff Working Document Media pluralism in the Member States of the European Union“, dem „Arbeits-

Bedeutung des Pluralismus für den demokratischen Kommunikationsprozess reichen auch auf europäischer Ebene bereits abstrakte Risiken für ein Tätigwerden der Gemeinschaft aus.

⁴² Ein Überblick über die nationalen Vorschriften findet sich bei *Palzer/Hilger* Rechtliche Rundschau der europäischen audiovisuellen Informationsstelle (IRIS Plus), 8/2001, 7 sowie KEK, 3. Konzentrationsbericht, 2007, S. 403 ff. Der Bericht ist im Internet abrufbar unter http://www.kek-online.de/Inhalte/mkbericht_3_gesamt.html.

⁴³ Dies gilt gleichermaßen für den Nationalsozialismus, dazu *Ricker/Schiwy* (Fn. 8), Kap. A Rdnr. 32 ff., wie auch für die sozialistischen Regimes. Zur Rundfunkordnung der DDR *Hesse* (Fn. 10), Kap. 1 Rdnr. 101 ff.

⁴⁴ Auf einfachgesetzlicher Ebene geht es in Deutschland um die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht im Fernsehen, während etwa die griechische Verfassung selbst einer Instrumentalisierung publizistischer Macht bei der Vergabe öffentlicher Aufträge entgegenwirken will, *Iliopoulos-Strangas*, in: *Stern/Prütting*, Kultur- und Medienpolitik im Kontext des Entwurfs einer europäischen Verfassung, 2005, S. 29 (101 f.).

⁴⁵ Hierzu *Trute/Vinke*, in: Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 27 Rdnr. 12; *Degenhart* K&R 2007, 380 (382). Kritisch zum Verhalten am deutschen Sprachkreis bereits *Gounalakis/Zagouras* ZUM 2006, 716 (722).

⁴⁶ Zum Demokratiedefizit *A. Tiedtke*, Demokratie in der Europäischen Union, 2005, S. 29 ff.

⁴⁷ Instrukтив *Mailänder* (Fn. 40), S. 324 ff.

⁴⁸ Grünbuch der Europäischen Kommission vom 23. 12. 1992, KOM (92) 480 end. Dazu insb. *Brühmann* ZUM 1993, 600 ff.

⁴⁹ Siehe insb. *Ress/Bröhmer*, Europäische Gemeinschaft und Medienvielfalt, 1998, S. 20 ff.; *Dörr*, in: *Dörr/Müller-Graff*, Medien in der Europäischen Gemeinschaft, 2007, S. 95 (111).

⁵⁰ Zu den Richtlinienentwürfen *Dörr* NJW 1997, 1341 (1342); *Tettenborn* MMR 1998, 18 (20).

⁵¹ Hierzu *Zagouras* AfP 2007, 1 ff.

papier der Kommission zum Medienpluralismus in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union“, erörtert.⁵²

III. Kompetenzrechtliche Ausgangslage

1. Erfordernis einer primärrechtlichen Kompetenzzuweisung

Es stellt sich freilich die Frage, ob sich die Gemeinschaft überhaupt auf eine Kompetenz für Maßnahmen zum Schutze des publizistischen Wettbewerbs in Europa berufen kann. Anders als ihre souveränen Mitgliedstaaten kann sich die EG als supranationale Organisation nicht auf eine originäre Gesetzgebungszuständigkeit stützen.⁵³ Da sie ihre Zuständigkeiten von den Mitgliedstaaten übertragen bekommen hat, fehlt es ihr an der erforderlichen Kompetenz-Kompetenz.⁵⁴ Es gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, welches nur in seltenen Fällen durchbrochen wird:⁵⁵ Sekundäres Gemeinschaftsrecht kann nur auf eine aus dem Primärrecht abgeleitete Ermächtigungsgrundlage gestützt werden, so auch medienrechtliche Bestimmungen.⁵⁶ Im Bestreben um die Förderung des europäischen Integrationsprozesses legt der *EuGH* die Befugnisnormen des Primärrechts im Lichte der Vertragsziele aus.⁵⁷ Sie werden nicht sachgebietsbezogen, sondern funktional begriffen: Ihre Interpretation richtet sich nach den umfangreichen Zielen und Aufgaben der Gemeinschaft, die wiederum in einem weiten Sinne verstanden werden.⁵⁸

2. Gemeinschaftszuständigkeit für die Pluralismussicherung

a) Vielfaltsicherung als atypische Regelungsmaterie

Das Primärrecht enthält keine ausdrückliche Kompetenzzuweisung für die Pluralismussicherung.⁵⁹ Einer solchen bedarf es wegen der Funktionalität der europäischen Befugnisnormen auch nicht, wenn Maßnahmen auf binnenmarktbezogene Harmonisierungskompetenzen gestützt werden können.⁶⁰ Dementsprechend hat sich die Kommission bei bisherigen Vorstößen auf Art. 47 Abs. 2 EGV i. V. mit Art. 55 EGV sowie Art. 95 EGV berufen.⁶¹ Die Kombination der

⁵² SEC (2007) 32 vom 16. 1. 2007. Abrufbar unter http://ec.europa.eu/information_society/media_taskforce/pluralism/index_en.htm – im Folgenden auch als Arbeitsdokument Medienpluralismus bezeichnet.

⁵³ Dazu etwa *König*, in: *Schulze/Zuleeg*, Europarecht, 2006, § 2 Rdnr. 6.

⁵⁴ Hierzu *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 5 EGV Rdnr. 12.

⁵⁵ *Zuleeg*, in: *v. d. Groeben/Schwarze* (Fn. 3), Art. 5 EGV Rdnr. 2. Eine solche Ausnahme stellt beispielsweise die ursprünglich aus dem US-amerikanischen Verfassungsrecht stammende Rechtsfigur der „Implied Powers“ dar. Hierzu *Rossi*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 54), Art. 308 EGV Rdnr. 64.

⁵⁶ Vgl. *Dörr*, Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Europa, 1997, S. 25.

⁵⁷ Hierauf stellt beispielsweise auch *BVerfGE* 89, 155 (209 f.) – Maastricht ab. Siehe aber auch *König*, in: *Schulze/Zuleeg* (Fn. 53), § 2 Rdnr. 5; *Schwartz* AfP 1993, 409 (410).

⁵⁸ Siehe *Gounalakis* (Fn. 19), S. 21 f. Die extensive Interpretation der Befugniszuweisungen wird häufig kritisiert. Vgl. *König*, in: *Schulze/Zuleeg* (Fn. 53), § 2 Rdnr. 5 m. w. N.

⁵⁹ *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 31 versuchen hieraus Rückschlüsse auf das generelle Fehlen einer Gemeinschaftskompetenz zu ziehen.

⁶⁰ Die Gemeinschaft wird im EG-Vertrag zu Maßnahmen ermächtigt, die den vertraglichen Zielsetzungen, in erster Linie also einem funktionierenden Binnenmarkt dienen; *Gounalakis* (Fn. 19), S. 21 f.

⁶¹ Die Gemeinschaft hat Regelungsmaterien mit offensichtlich kulturellem Bezug bislang auf die unterschiedlichsten Rechtsgrundlagen gestützt. Ein Überblick findet sich bei *Fechner*, in: *v. d. Groeben/Schwarze* (Fn. 3), Vorbem. zu Art. 151 EGV Rdnr. 8. Kritisch *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 22; *Dörr/Schiedermaier*, Ein kohärentes Konzentrationsrecht für die Medienlandschaft in Deutschland, 2007, S. 35 ff.

unterschiedlichen Befugnisnormen ist wegen der Subsidiaritätsklausel des Art. 95 Abs. 1 Satz 1 EGV erforderlich; Art. 95 EGV ist als Generalangleichungskompetenz ausgestaltet, die gegenüber Art. 47 Abs. 2 EGV und Art. 55 EGV zurücktritt.⁶² Damit ist auf Tatbestandsebene zwischen einer Koordinierung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit und der Angleichung der Rechtsvorschriften für die Warenverkehrsfreiheit zu differenzieren. Ob und inwieweit der Gemeinschaft eine Kompetenz zur Vielfaltssicherung zukommt, soll am Beispiel einer Marktanteilsbeschränkung des jeweiligen Rezipientenmarktes erörtert werden, wie man sie in verschiedenen nationalen Rechtsordnungen kennt und sie beispielsweise in Deutschland in § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV in Höhe von 30 % der Zuschauer vorgesehen ist. Der Auswahl der Ermächtigungsgrundlage kommt nach der Rechtsprechung des *EuGH* insofern eine Bedeutung zu, als eine bestimmte Maßnahme bei mehreren gleichzeitig verfolgten Zwecken grundsätzlich auf diejenige Rechtsgrundlage der überwiegend verfolgten Zielsetzung der Maßnahme gestützt werden muss.⁶³ Dies soll aber lediglich die Einhaltung des vorgesehenen Verfahrens sicherstellen.⁶⁴ Der daraus resultierende Freiraum gestattet es, bei der Wahl der geeigneten Grundlage für die Vielfaltssicherung die Koordinierungsbefugnis der Gemeinschaft aus Art. 47 Abs. 2 EGV i. V. mit Art. 55 EGV und die Harmonisierungsbefugnis aus Art. 95 EGV kumulativ heranzuziehen.⁶⁵

b) Doppelnatur der medialen Betätigung

Einer Gemeinschaftskompetenz zur Vielfaltssicherung wird bereits auf tatbestandlicher Ebene die kulturelle und damit publizistische Funktion der medialen Betätigung entgegengehalten.⁶⁶ Dieser Einwand ist wegen der Eigenschaft der Medien als Kulturgut auf den ersten Blick zwar durchaus nachvollziehbar. Dennoch wäre es zu kurz gegriffen, daraus die Unzuständigkeit der Gemeinschaft abzuleiten.⁶⁷ Der *EuGH* entschied bereits 1974, dass selbst die bis zu jenem Zeitpunkt als ausschließlich kultureller Sachverhalt verstandene Rundfunkveranstaltung⁶⁸ als Dienstleistung im Sinne des Art. 49 EGV zu kategorisieren ist.⁶⁹ Nachdem dies in den Entscheidungen *Debaue*⁷⁰ und *Bond van Adverteeders*⁷¹ bestätigt wurde und sich das Gericht auch bei der Auslegung der Fernsehrichtlinie sehr gemeinschaftsfreundlich zeigte,⁷² lässt

sich eine europäische Kompetenz allein wegen der Kulturbezogenheit medialer Betätigung nicht mehr pauschal anzweifeln.⁷³

Der Doppelnatur der Medien als ökonomischer und kultureller Sachverhalt⁷⁴ muss grundsätzlich auch im Hinblick auf die Gemeinschaftskompetenz zur Pluralismussicherung Rechnung getragen werden.⁷⁵ Anders als im nationalen Recht dürfen kulturelle Aspekte einer medialen Betätigung jedoch bei der Frage, ob der Gemeinschaft überhaupt eine Kompetenz zusteht, nicht überstrapaziert werden.⁷⁶ An dieser Stelle kommt es noch nicht darauf an, ob und inwieweit der Regulierungsgegenstand *auch* andere Bereiche betrifft, bezüglich derer es an einer Zuständigkeit fehlt.⁷⁷ Selbst ein dominierender Anteil nicht binnenmarktbezogener Motive hindert nicht die Inanspruchnahme der Binnenmarktkompetenz.⁷⁸ Kulturelle Aspekte der Pluralismussicherung spielen erst im Kontext der Kompetenzausübungsschranken, speziell des Art. 151 EGV, eine Rolle.⁷⁹

c) Koordinierungsmaßnahmen

Eine Kompetenz der Gemeinschaft zur Ergreifung vielfaltssichernder Maßnahmen in den Medien kann dann auf Art. 47 Abs. 2 EGV i. V. mit Art. 55 EGV gestützt werden, wenn sie einer Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten oder der Dienstleistungsfreiheit zum Gegenstand haben. Sie ermöglichen den Erlass von Vorschriften, die mitgliedstaatliche Normen aufeinander abstimmen und kompatibel machen. Einer Koordinierung zugänglich sind daher alle Maßnahmen, die notwendig sind, um die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten im Rahmen des Niederlassungsrechts und der Dienstleistungsfreiheit zu erleichtern oder zu erreichen.⁸⁰ Zulässig ist gleichermaßen die Vereinheitlichung grenzüberschreitender wie auch innerstaatlicher Vorschriften.⁸¹ Dabei bezieht sich die Koordinierung auf den Abbau unterschiedlicher Anforderungen in den einzelnen Mitgliedstaaten.⁸²

Art. 47 Abs. 2 EGV i. V. mit Art. 55 EGV gestatten die Koordinierung der Niederlassungsfreiheit von Medienunternehmen, da unterschiedliche nationale Konzentrationsregelungen zu einer Beeinträchtigung grenzüberschreitender Niederlassungsstrategien führen und damit den gemeinsamen Markt nachhaltig beschneiden können.⁸³ Die Niederlassungsfreiheit wird durch die gegenwärtigen mitgliedstaat-

⁶² Siehe auch *Schüll*, Schutz der Meinungsvielfalt im Rundfunkbereich durch das europäische Recht, 2006, S. 131 f.

⁶³ *EuGH*, C-491/01, *British-American-Tobacco*, Slg. 2002, I-11453 Rdnr. 94.

⁶⁴ Daher kann nach der Rechtsprechung des *EuGH* über Fehler bei der Auswahl der Rechtsgrundlage hinweggesehen werden, wenn dennoch das richtige Verfahren eingehalten wurde. Vgl. *EuGH*, C-491/01, *British-American-Tobacco*, Slg. 2002, I-11453 Rdnr. 98.

⁶⁵ Voraussetzung wäre freilich, dass der Rechtsakt nicht nur Regeln zur Aufnahme und Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten enthielte, sondern für das Funktionieren des Binnenmarktes wesentliche Sachfragen. *Tiedje/Troberg*, in: *v. d. Groeben/Schwarze* (Fn. 3), Art. 47 EGV Rdnr. 12.

⁶⁶ So etwa *Delbrück*, Die Rundfunkhoheit der deutschen Bundesländer im Spannungsfeld zwischen Regelungsanspruch der Europäischen Gemeinschaft und nationalem Verfassungsrecht, 1986, S. 29, der damals noch auf die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft abstellte.

⁶⁷ Vgl. *Gounalakis* (Fn. 19), S. 21 f.

⁶⁸ So spricht beispielsweise *BVerfGE* 12, 205 (229) in diesem Zusammenhang vom Rundfunk als „jedenfalls auch kulturelles Phänomen“.

⁶⁹ *EuGH*, Rs. 155/73, *Sacchi*, Slg. 1974, I-409 Rdnr. 8.

⁷⁰ *EuGH*, C-52/79, *Debaue*, Slg. 1980, I-833 Leitsatz 1; dazu *Ossenbühl*, Rundfunk zwischen nationalem Verfassungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht, 1986, S. 2.

⁷¹ *EuGH*, C-352/85, *Bond van Adverteeders*, Slg. 1988, I-2085 Rdnr. 16.

⁷² So etwa *EuGH*, C-288/89, *Stichting Collectieve*, Slg. 1991, I-4007; C-23/93, *TV 10*, Slg. 1994, I-4795; C-320/94, *RTI*, Slg. 1996, I-6490 sowie C-6/98, *ARD/ProSieben Media*, Slg. 1999, I-7599.

⁷³ Vgl. *Mestmäcker/Engel/Gabriel-Bräutigam/Hoffmann*, Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die deutsche Rundfunkordnung, 1990, S. 36 f.; *Schwarze* (Fn. 4), S. 11 (25 f.).

⁷⁴ *Dörr* (Fn. 56), S. 27 f.; *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts, 2003, Rdnr. 533.

⁷⁵ Hierauf stellt beispielsweise *Dörr*, in: *Dörr/Müller-Graff* (Fn. 49), S. 95 (110) ab.

⁷⁶ Siehe zu den Medienkompetenzen der Gemeinschaft auch *Gounalakis* (Fn. 19), S. 21 f.

⁷⁷ In diesem Sinne *EuGH*, C-300/89, *Titandioxid*, Slg. 1991, I-2867 Rdnr. 14 ff.; C-376/98, *Tabakwerbeverbot I*, Slg. 2000, I-8419 Rdnr. 88. Ähnlich *Mailänder* (Fn. 40), S. 95.

⁷⁸ *Hain AfP* 2007, 527 (533).

⁷⁹ Vgl. auch *Fechner*, in: *v. d. Groeben/Schwarze* (Fn. 3), Vorbem. zu Art. 151 EGV Rdnr. 12.

⁸⁰ *Schlag*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, 2002, Art. 47 Rdnr. 20; *Müller-Graff*, in: *Streinz*, EUV/EGV, 2003, Art. 47 Rdnr. 13.

⁸¹ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Recht der Europäischen Union, 31. Erg.lief. 2006, Art. 47 EGV Rdnr. 20 f.

⁸² *Schlag*, in: *Schwarze* (Fn. 80), Art. 47 Rdnr. 2.

⁸³ Siehe *Schüll* (Fn. 62), S. 139 m. w. N.

lichen Alleingänge insofern tangiert,⁸⁴ als Betätigungen von Unternehmen beispielsweise über Beteiligungsbeschränkungen an Medienunternehmen, Betätigungsverbote infolge publizistischer Gewaltenteilung oder Marktanteilsregulierung wie Zuschauer- oder Leseranteilsbeschränkungen begrenzt werden. Darüber hinaus kann sich ein Koordinierungsbedürfnis auch aus der Dienstleistungsfreiheit ergeben, speziell wenn die Veranstaltung von Rundfunksendungen von den Mitgliedstaaten unter Verweis auf die nationalen Konzentrationsregelungen behindert werden kann und das nationale Recht eine Abwanderung ins Ausland nahe legt.⁸⁵ Einzelstaatliche Regulierung kann eine erhebliche Beschränkung des freien Sendeverkehrs sowie der Niederlassungsfreiheit hervorrufen.⁸⁶ Nichts anderes gilt für Telemedien, welche Dienstleistungen über die Plattform Internet erbringen. Die nach Art. 47 Abs. 2 EGV erforderliche Erleichterung der Niederlassung und Erbringung von medialen Dienstleistungen wie Rundfunk ist daher in der Vereinheitlichung der konzentrationsrechtlich maßgeblichen Kriterien zu erblicken.

Mitunter wird kritisiert, dass eine solche Sichtweise nicht die inhärenten Grenzen der Koordinierungskompetenzen berücksichtige und allein in der Verschiedenheit nationaler Rechtsvorschriften noch keine hinreichende Grundlage für ein gemeinschaftsweites Antikonzentrationsrecht erblickt werden könne.⁸⁷ Koordinierungsmaßnahmen zielen hier nicht auf die Erleichterung der Niederlassungsfreiheit, sondern auf eine Uniformität der Ausübungsvoraussetzungen. Diese Ansicht lässt sich angesichts des weiten Einschätzungsspielraums der Gemeinschaft jedoch schwerlich halten. Der *EuGH* billigt dem Gemeinschaftsgesetzgeber bei der Auslegung des Begriffs Koordinierung gerade im Hinblick auf das angestrebte Koordinierungsziel einen breiten Ermessensspielraum zu.⁸⁸ Dies gilt auch bezüglich der Frage, ob eine Koordinierungsmaßnahme tatsächlich der Erleichterung der Aufnahme und Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit bzw. des Erbringens einer Dienstleistung dient.⁸⁹

d) Angleichungsmaßnahmen

Ferner wird eine Gemeinschaftskompetenz zur Sicherung der Meinungsvielfalt als Harmonisierungsmaßnahme auf Art. 95 Abs. 1 EGV gestützt.⁹⁰ Hiernach kann der Rat auf Grundlage des Verfahrens nach Art. 251 EGV und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassen, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Nach Art. 95 Abs. 1 Satz 1 EGV darf eine solche Harmonisierung zur Erreichung der Ziele des Art. 14 EGV verfolgt

werden, zu denen die schrittweise Verwirklichung des Binnenmarktes als Raum ohne Binnengrenzen gehört, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital nach Maßgabe des EGV gewährleistet ist. Die Gemeinschaft kann neben der Gewährleistung unverfälschter Wettbewerbsbedingungen auch Gemeinwohlinteressen außerhalb des Freihandels auf einem durchaus beachtlichen Schutzniveau berücksichtigen.⁹¹

Obwohl sich die Gemeinschaft bereits früher im Zusammenhang mit antikonzentrationsrechtlichen Vorschriften auf Art. 95 EGV berufen hatte,⁹² ist ein Rückgriff auf die Befugniszuweisung streng genommen für Marktanteilsbeschränkungen im Bereich der Medienbranchen entbehrlich.⁹³ Wegen der Subsidiarität der Vorschrift beschränkt sich ihr Anwendungsbereich im Wesentlichen auf die Warenverkehrsfreiheit, also den grenzüberschreitenden Handel mit Printprodukten.⁹⁴ Sofern und soweit vielfaltsichernde Maßnahmen wie die Einführung einer Marktanteilsbeschränkung oder die Liberalisierung crossmedialer Betätigungsverbote die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit betreffen, wäre wegen Art. 47 Abs. 2 EGV i. V. mit Art. 55 EGV ein Hinzuziehen von Art. 95 EGV dogmatisch betrachtet also entbehrlich.

e) Qualitative Anforderungen an Koordinierungs- bzw. Angleichungsmaßnahmen

Um dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung Rechnung zu tragen und damit einer uferlosen Allzuständigkeit der Gemeinschaft entgegenzuwirken,⁹⁵ hat die Rechtsprechung Einschränkungen für Koordinierungs- bzw. Angleichungsmaßnahmen entwickelt, die gleichermaßen für Art. 47 Abs. 2 EGV i. V. mit Art. 55 EGV gelten wie auch für Art. 95 EGV.⁹⁶ Sie beziehen sich auf die Intensität einer Beeinträchtigung der Grundfreiheiten durch unterschiedliche einzelstaatliche Lösungen.⁹⁷ Der *EuGH* verlangt seit der ersten Entscheidung zum Tabakwerbeverbot auf subjektiver Ebene, dass die Koordinierungs- bzw. Angleichungsmaßnahmen die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes verbessern sollen.⁹⁸ Dies geschieht durch einen Abbau von Hemmnissen für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit oder eine Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen.⁹⁹ Letztere dürfen freilich nicht nur rein hypothetische Gefährdungen des Binnenmarktes aufgreifen, das Ziel der Rechtsangleichung zur Herstellung des Binnenmarktes darf nicht nur beiläufig verfolgt werden.¹⁰⁰

aa) Hemmnisse für die Verwirklichung von Grundfreiheiten

Hemmnisse für die Verwirklichung von Grundfreiheiten werden durch eine gemeinschaftsweite Pluralismussicherung primär in Bezug auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit abgebaut. Sie schafft überhaupt erst die Voraussetzungen für die Ausnutzung der rechtlichen Möglichkeiten

⁸⁴ Zur Niederlassungsfreiheit von Rundfunkunternehmen *Mailänder* (Fn. 40), S. 110 ff.

⁸⁵ Vgl. zum entsprechenden Explanatory Memorandum der Europäischen Kommission *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 32 f.

⁸⁶ Schon deshalb können nationale Alleingänge zu Wettbewerbsverzerrungen bzw. -beschränkungen führen. In diesem Sinne bereits *Schwartz AfP* 1987, 375 (378) sowie *Brühmann ZUM* 1993, 600 (602); vgl. sogar *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 34.

⁸⁷ So etwa *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 37, die einen entsprechenden Regelungsbedarf allenfalls dann erblicken möchten, wenn mitgliedstaatliche Regelungen EG-Ausländer faktisch diskriminieren, etwa weil die gewährte Gleichstellung mit Inländern dazu führt, dass man beispielsweise Qualifikationsnachweise doppelt erbringen muss.

⁸⁸ Siehe etwa *EuGH*, C-63/89, *Assurances du crédit*, Slg. 1991, I-1799 Rdnr. 10 f.

⁸⁹ *Schlag*, in: *Schwarze* (Fn. 80), Art. 47 Rdnr. 26 m. w. N.

⁹⁰ *Brühmann ZUM* 1993, 600 (602); a. A. *Dörr*, in: *Dörr/Müller-Graff* (Fn. 49) S. 95 (111).

⁹¹ *Tietje*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 81), Art. 95 EGV Rdnr. 17.

⁹² Hierzu bereits *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 28.

⁹³ Kritisch *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 30 f.

⁹⁴ Siehe auch *Schüll* (Fn. 62), S. 137 ff.

⁹⁵ Hierzu insb. *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 34.

⁹⁶ *Tietje/Troberg*, in: *v. d. Groeben/Schwarze* (Fn. 3), Art. 47 EGV Rdnr. 56.

⁹⁷ Vgl. *Bröhmer*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 54), Art. 47 Rdnr. 11 f.

⁹⁸ *EuGH*, C-376/98, *Tabakwerbeverbot I*, Slg. 2000, I-8419 Rdnr. 84 f.; *Schwarze ZUM* 2002, 89 (90).

⁹⁹ Vgl. *EuGH*, C-376/98, *Tabakwerbeverbot I*, Slg. 2000, I-8419 Rdnr. 85 f.; *Schwartz AfP* 1993, 409 (414).

¹⁰⁰ *Zuleeg*, in: *v. d. Groeben/Schwarze* (Fn. 3), Art. 5 EGV Rdnr. 6.

des Binnenmarktes.¹⁰¹ Koordinierungs- bzw. Angleichungsmaßnahmen sollen dazu beitragen, rechtliche Unterschiede in den Mitgliedstaaten zu verringern.¹⁰² Eine rein abstrakte Gefahr der Beeinträchtigung von Grundfreiheiten reicht allerdings noch nicht aus.¹⁰³ Nach erfolgter Koordination muss die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeit sowie das Erbringen von Dienstleistungen leichter möglich sein als zuvor.¹⁰⁴ In vielen Fällen wird der Aktionsradius von Medienunternehmen erweitert und damit die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit aktiv gefördert, etwa wenn Wachstumshemmnisse wie die publizistische Gewaltenteilung beseitigt werden.¹⁰⁵ Durch die Einführung gemeinsamer Mechanismen zur Sicherung der Meinungsvielfalt wie einer gemeinschaftsweiten Marktanteilsbeschränkung werden einheitliche Standards geschaffen, die nicht nur die Dienstleistungsfreiheit in Bezug auf audiovisuelle Medien, sondern ebenso die Niederlassungsfreiheit der Medienunternehmen betreffen.

Eine Einführung gemeinschaftsweiter Marktanteilsbeschränkungen für Medienunternehmen kann aber auch zu gewissen Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit führen, wenn ein Unternehmen sein Wachstumspotential ausgeschöpft hat. Kompetenzrechtlich ist dies zum Schutz wichtiger Rechtsgüter zulässig, wenn sie – etwa infolge einer unkoordiniert territorial beschränkten Anwendung nationaler Vorschriften – nur lückenhaft geschützt werden können.¹⁰⁶ Ein solcher Rechtsgüterschutz beinhaltet zwangsläufig, dass eine Koordinierungs- bzw. Angleichungsmaßnahme in manchen Mitgliedstaaten zu einer Verschärfung der Anforderungen führen kann.¹⁰⁷ Nach der Rechtsprechung des *EuGH* zu Einlagensicherungssystemen ist dies in Kauf zu nehmen, wenn Unterschiede zwischen den einzelstaatlichen Regelungen verringert werden.¹⁰⁸ Dies bedeutet aber nicht, dass die Maßstäbe für die Zulässigkeit gemeinschaftsrechtlichen Handelns bei der Vielfaltsicherung höher zu hängen wäre, da einheitliche Maßstäbe in manchen Mitgliedstaaten zu schärferen Bestimmungen führen würden.¹⁰⁹ Freiheitseinschränkende Wirkungen sind unproblematisch, solange die Gesamtregelungen des fraglichen Rechtsaktes ein System bilden, welches ungeachtet bestimmter Einzelverbote, etwa Marktanteilsbeschränkungen, der Verwirklichung einer Grundfreiheit und zwingenden Allgemeininteressen dient.¹¹⁰ Die Meinungsvielfalt stellt wegen ihrer Bedeutung für den demokratischen Kommunikations-

prozess ein solches überragendes Allgemeinwohlinteresse dar.

bb) Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen

Obwohl durch ein gemeinschaftsweites Antikonzentrationsrecht Hemmnisse für die Verwirklichung von Grundfreiheiten abgeschafft würden, sei hier der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, dass sich Rechtsangleichungsmaßnahmen auch auf die Beseitigung bestehender oder drohender Wettbewerbsverzerrungen stützen lassen.¹¹¹ Um einer uferlosen Ausweitung der Gemeinschaftskompetenzen entgegenzuwirken, ist eine Spürbarkeit der Wettbewerbsverzerrung erforderlich.¹¹² Diese ist qualitativ und als Tatfrage einzelfallorientiert zu beurteilen.¹¹³ Wie der *EuGH* in der Titanoxid-Entscheidung festgestellt hat, dürfen Harmonisierungsmaßnahmen zur Verwirklichung der Grundfreiheiten auf Grundlage von Art. 95 EGV getroffen werden, wenn die Gefahr besteht, dass diese Differenzen zwischen den nationalen Rechtsordnungen verfälschte Wettbewerbsbedingungen entstehen oder bestehen lassen.¹¹⁴ Zu einer solchen Fragmentierung des Binnenmarktes¹¹⁵ kommt es, wenn miteinander konkurrierende Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlich belastet werden.¹¹⁶

Pluralismussicherung wird derzeit in höchst divergierender Form betrieben. Das Spektrum reicht von relativ starren Modellen der Begrenzung von Mehrfachveranstaltungen in Frankreich, über umsatzbezogene in Italien bis hin zur statischen Marktanteilsbegrenzung wie sie das britische Medienrecht noch bis vor kurzem in Höhe von 15 % der Zuschaueranteile kannte. Andere Mitgliedstaaten wie die Slowakei, Estland und Slowenien verbieten gleichzeitige Aktivitäten auf dem Gebiet von Presse, Hörfunk und Fernsehen sogar gänzlich im Sinne einer publizistischen Gewaltenteilung.¹¹⁷ Der Wettbewerb im Bereich der Medien wird dementsprechend durch zwei Parameter bestimmt: Crossmediales Engagement wird nicht nur nach verschiedenen Maßstäben bewertet, sondern auch in unterschiedlichem Umfang gestattet. Medienunternehmen sehen sich insofern mit höchst ungleichen Rechtssystemen konfrontiert, die zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen führen.¹¹⁸

Auch von der Spürbarkeit einer solchen Beeinträchtigung ist auszugehen. Es handelt sich nicht um eine abstrakte oder hypothetische Gefährdung des Binnenmarktes.¹¹⁹ Dem von *Mailänder* erhobenen Einwand, dass auch ein grenzüberschreitendes Engagement in konventionellen Wirt-

¹⁰¹ Vgl. *Brühmann* ZUM 1993, 600 (601).

¹⁰² Siehe *EuGH*, C-63/89, *Assurances du crédit*, Slg. 1991, I-1799 Rdnr. 15.

¹⁰³ *Tietje/Troberg*, in: *v. d. Groeben/Schwarze* (Fn. 80), Art. 47 EGV Rdnr. 56.

¹⁰⁴ *Schlag*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, 2002, Art. 47 Rdnr. 21.

¹⁰⁵ So sind crossmediale Betätigungen generell und unabhängig von der Höhe der Beteiligung beispielsweise in Estland und der Slowakei verboten. Siehe KEK, 3. Konzentrationsbericht (Fn. 42), S. 403 ff.

¹⁰⁶ Vgl. *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner*, in: *v. d. Groeben/Schwarze* (Fn. 3), Art. 95 Rdnr. 29.

¹⁰⁷ *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 39 ziehen hieraus den Schluss, dass es zumindest beim Richtlinienentwurf von 1997 gar nicht um den Abbau von Beschränkungen für die Niederlassung ging, sondern um die Schaffung gleicher Zulassungsbedingungen zum Medienmarkt. Dabei wird allerdings verkannt, dass das eine das andere wegen der Funktionalität der Kompetenzzuweisungen nicht ausschließt.

¹⁰⁸ *EuGH*, C-233/94, *Einlagensicherungssysteme*, Slg. 1997, I-2405 Rdnr. 17.

¹⁰⁹ So aber *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 40.

¹¹⁰ Vgl. *Tietje*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 81), Art. 95 EGV Rdnr. 31 m. w. N. Koordination bedeutet nicht die Anpassung an die jeweils niedrigsten Schutzniveaus. Siehe *Tietje/Troberg*, in: *v. d. Groeben/Schwarze* (Fn. 3), Art. 47 EGV Rdnr. 10.

¹¹¹ Kompetenzrechtlich ist es nicht erforderlich, Wettbewerbsverzerrungen darzutun, wenn das Bestehen von Handelshemmnissen festgestellt wurde; vgl. *EuGH*, C-491/01, *British-American-Tobacco*, Slg. 2002, I-11453 Rdnr. 60.

¹¹² Hieran fehlte es beispielsweise wegen der unterschiedlichen Vermarktungspraktiken in den Mitgliedstaaten bei der Festlegung eines gemeinschaftsweiten Tabakwerbeverbots, *EuGH*, C-376/98, *Tabakwerbeverbot I*, Slg. 2000, I-8419 Rdnr. 112. Zur Spürbarkeit *Bock*, Rechtsangleichung und Regulierung im Binnenmarkt, 2005, S. 122 ff.

¹¹³ *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner*, in: *v. d. Groeben/Schwarze* (Fn. 3), Art. 95 Rdnr. 17.

¹¹⁴ Vgl. *EuGH*, C-300/89, *Titanoxid*, Slg. 1991, I-2867 Rdnr. 15.

¹¹⁵ In diesem Sinne ist beispielsweise *EuGH*, C-262/02, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2004, I-6569 Rdnr. 23 zu verstehen. Vgl. auch *v. Bogdandy/Bast*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 81), Art. 5 EGV Rdnr. 34.

¹¹⁶ *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner*, in: *v. d. Groeben/Schwarze* (Fn. 3), Art. 95 Rdnr. 17.

¹¹⁷ Siehe zur Regulierung crossmedialer Aktivitäten in europäischen Rechtsordnungen auch KEK, 3. Konzentrationsbericht (Fn. 42), S. 403 ff.

¹¹⁸ A. A. *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 29, freilich in Bezug auf den inhaltlich restriktiveren Art. 100 EGV a. F.

¹¹⁹ So aber *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 29. Zu den Auswirkungen unterschiedlicher nationaler Regelungen *Schwartz* AfP 1993, 409 (419 f.).

schaftsbranchen mit nationalen Besonderheiten konfrontiert sei und die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung daher entfallende,¹²⁰ kann wegen der Besonderheiten der Medienbranchen nicht beigeplichtet werden.¹²¹ Gerade wegen ihrer Doppelnatur als wirtschaftliche *und* kulturelle Betätigung werden Medien viel intensiver reguliert als die meisten anderen Branchen. Es geht hier nicht um graduelle Unterschiede und damit um das *Wie*, sondern in vielen Fällen um das *Ob* einer grenzüberschreitenden Betätigung. Spätestens wenn ein Konzern gemeinschaftsweite crossmediale Strategien verfolgt, werden die unterschiedliche Belastung und damit eine spürbare Wettbewerbsverzerrung evident.¹²²

Hierfür spricht auch der Beurteilungsspielraum der Gemeinschaft. Zwar hat der *EuGH* in der Titandioxid-Entscheidung klargestellt, dass Harmonisierungsmaßnahmen zur Verwirklichung der Grundfreiheiten getroffen werden können, wenn die Gefahr besteht, dass die Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen entstehen oder fortbestehen.¹²³ Allerdings wird der Gemeinschaft ein breiter Beurteilungsspielraum bei der Auswahl des Regulierungsgegenstandes und der Regulierungsdichte zugestanden.¹²⁴ Eine Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen ließe sich durch eine Angleichung der Vielfaltssicherung in der Gemeinschaft in zweierlei Hinsicht bewirken. Zum einen ließen sich einheitliche qualitative Maßstäbe wie eine Rezipientenanteilsbeschränkung einführen, zum anderen aber auch quantitative durch die Festlegung eines konkreten Wertes. Zu Letzterem wäre beispielsweise die Einführung eines einheitlichen, der Höhe nach bestimmten Zuschaueranteils zu zählen, der dazu beiträgt, gegenwärtige Wettbewerbsverzerrungen abzubauen.

IV. Kompetenzausübungsschranken

1. Pluralismussicherung und die Kulturklausel des Art. 151 EGV

Nachdem die Gemeinschaft eine Zuständigkeit für eine gemeinschaftsweite Vielfaltssicherung dem Grundsatz nach für sich in Anspruch nehmen kann,¹²⁵ stellt sich die Frage, ob dem Kompetenzausübungsschranken des Primärrechts entgegenstehen. Als solche wird hauptsächlich die Kulturklausel des Art. 151 EGV ins Feld geführt.¹²⁶ Speziell das Harmonisierungsverbot des Art. 151 Abs. 5 EGV verhindere, dass die Gemeinschaft in Bereichen tätig werde, die primär kulturelle Bezüge aufweisen; auch der Rundfunk dürfe nur in seiner wirtschaftlichen Dimension auf europarechtlicher Ebene aufgegriffen werden, während sich beispielsweise die Vielfaltssicherung der Gemeinschaft entziehe.¹²⁷

Bei genauerer Betrachtung lässt sich dieses restriktive Verständnis heute allerdings nicht mehr aufrechterhalten. Die Kulturklausel des Art. 151 EGV enthält einerseits selbst eine Kompetenzzuweisung,¹²⁸ andererseits aber auch eine Querschnittsklausel, nach der die Gemeinschaft den kulturellen Bedürfnissen der Mitgliedstaaten speziell im Hinblick auf die Wahrung und Förderung der Vielfalt ihrer Kulturen Rechnung zu tragen hat. Da die Bestimmung andere Kompetenzzuweisungen nicht automatisch verdrängt, bringt sie kein absolutes Harmonisierungsverbot für Sachverhalte mit kulturellem Bezug zum Ausdruck.¹²⁹ Eine Gemeinschaftskulturpolitik ist vielmehr zulässig, solange sie die nationale Kulturpolitik der Mitgliedstaaten nicht ersetzt oder deren Kulturen vereinheitlicht.¹³⁰ Sie muss Absichten verfolgen, die mit den kulturpolitischen Zielen der Mitgliedstaaten kompatibel und zu ihnen komplementär sind.¹³¹

Die Diskussion, ob Art. 151 EGV der Gemeinschaftskompetenz einen Riegel vorschiebt, sobald kulturelle Belange betroffen sind, beruht hierzulande auf einem spezifisch deutschen, durch die Einstufung des Rundfunks als *fast ausschließlich* kulturelle Angelegenheit¹³² geprägten Verständnis der Medien,¹³³ auf dessen Grundlage die Rundfunkkompetenz der Gemeinschaft auf wenige Teilaspekte zurückgedrängt werden soll.¹³⁴ Dass das Fernsehen ganz erheblichen Einfluss auf die öffentliche Meinung ausübt und dabei eine erhebliche Kultivierungsfunktion wahrnimmt, soll nicht bezweifelt werden. Anders als im deutschen Recht steht dies jedoch wegen der Funktionsbezogenheit der Kompetenzzuweisungen nicht im Widerspruch zu einer Harmonisierungsbefugnis der Gemeinschaft.¹³⁵ Eine Pluralismussicherung auf europäischer Ebene schränkt die kulturelle Identität und Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten gerade nicht ein, sondern fördert und unterstützt sie. Vielfalt ist das Antonym zur kulturellen Gleichschaltung. Die Kulturen der Mitgliedstaaten werden vor Uniformität in Unterhaltung und Berichterstattung geschützt, was die im „Reding-Wallström-Plan“ anvisierten Maßnahmen bestätigen.¹³⁶ Mit kultureller Gleichschaltung – und nur diese will Art. 151 EGV und das in Abs. 5 enthaltene Harmonisierungsverbot verhindern – hat dies nichts zu tun.

Auch aus der Querschnittsklausel des Art. 151 Abs. 4 EGV wird das Fehlen einer „primären“ Sachkompetenz der Gemeinschaft für den Bereich der Kultur- und speziell der Rundfunkpolitik abgeleitet.¹³⁷ Doch aus dem in Art. 151 Abs. 4 EGV enthaltenen Gebot der Rücksichtnahme auf die kulturellen Interessen der Mitgliedstaaten lässt sich *per se* schon wegen des fehlenden Kulturvorbehalts der Mitgliedstaaten kein Verbot vielfaltsichernder Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene ableiten.¹³⁸ Eine „Vorgewichtung“ zu-

¹²⁰ Vgl. in Bezug auf die Auslegung von Art. 47 EGV *Mailänder* (Fn. 40), S. 333.

¹²¹ Ähnlich *Schüll* (Fn. 62), S. 143 ff., der einen Schwerpunkt auf die Dienstleistungsfreiheit setzt. Die Niederlassungsfreiheit dürfte insofern tangiert sein, als auch im grenzüberschreitenden Verkehr Werbung national vermarktet wird.

¹²² Dies gilt nicht nur für die Niederlassung eines Medienkonzerns in einem anderen Mitgliedstaat, sondern ebenso für grenzüberschreitende mediale Dienstleistungen; siehe *Schüll* (Fn. 62), S. 144 f.

¹²³ Siehe *EuGH*, C-300/89, Titandioxid, Slg. 1991, I-2867 Rdnr. 15.

¹²⁴ So jüngst wieder *EuGH*, C-380/03, Tabakwerbeverbot II, Slg. 2006, I-11 573 Rdnr. 42 m. w. N.; *Tietje*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 81), Art. 95 EGV Rdnr. 10.

¹²⁵ Ähnlich *Mailänder* (Fn. 40), S. 336.

¹²⁶ Siehe etwa *Dörr/Schiedermair* (Fn. 61), S. 35 ff.; *Mestmäcker/Engel/Gabriel-Bräutigam/Hoffmann* (Fn. 73), S. 35; *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 58 ff.

¹²⁷ Vgl. *Mestmäcker/Engel/Gabriel-Bräutigam/Hoffmann* (Fn. 73), S. 35. Siehe auch *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 59 ff.

¹²⁸ Vgl. v. *Danwitz* NJW 2005, 529 (531).

¹²⁹ *Schwarze* ZUM 2002, 89 (91 f.); *Iliopoulos-Strangas*, in: *Stern/Prüfung* (Fn. 44), S. 29 (93).

¹³⁰ *Fechner*, in: v. d. *Groeben/Schwarze* (Fn. 3), Art. 151 EGV Rdnr. 3.

¹³¹ Vgl. *Nettesheim* JZ 2002, 157 (162).

¹³² Vgl. *BVerfGE* 12, 205 (229), wo Rundfunk als ein „jedenfalls auch kulturelles Phänomen“ angesehen wird. Siehe aus dem Schrifttum insb. *Dörr/Schiedermair* (Fn. 61), S. 38 f., die den Rundfunk als Teil der Kultur i. S. des Art. 151 EGV begreifen.

¹³³ Vgl. *Mestmäcker/Engel/Gabriel-Bräutigam/Hoffmann* (Fn. 73), S. 35.

¹³⁴ So aber *Gersdorf* (Fn. 74), Rdnr. 534.

¹³⁵ Ähnlich *Schüll* (Fn. 62), S. 150, der in Art. 151 Abs. 4 EGV besondere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme erblickt.

¹³⁶ Dazu *Zagouras AfP* 2007, 1 ff.

¹³⁷ Siehe *Herrmann/Lausen* (Fn. 9), § 8 Rdnr. 87; *Gersdorf* (Fn. 74), Rdnr. 536. Ähnlich *Dörr* (Fn. 56), S. 27 f.

¹³⁸ *Blanke*, in: *Callies/Ruffert* (Fn. 54), Art. 151 Rdnr. 14 f. Art. 151 EGV ermöglicht selbst eine unmittelbare Kulturförderung durch die EU, die aber nicht in Usurpation oder Übernahme umschlagen darf; *Nettesheim* JZ 2002, 157 (165)

gunsten einer einzelstaatlichen Vielfaltsicherung¹³⁹ lässt sich hieraus nicht extrahieren, da der Schutz vor transnationaler Meinungsmacht der Meinungsvielfalt in den Mitgliedstaaten dient und hierdurch die Vielfalt ihrer Kulturen vor Informationsmonopolen und Uniformität medialer Inhalte bewahrt wird.

2. Das Harmonisierungsverbot und die Rechtsprechung des EuGH

Selbst wenn man aus Art. 151 EGV ein Harmonisierungsverbot für die Vielfaltsicherung ableiten wollte, so müsste sich dieses an der Rechtsprechung des EuGH zur Reichweite von Harmonisierungsverboten messen lassen. Bedeutung erlangen hier die Urteile zum Tabakwerbeverbot.¹⁴⁰ Diese mag man dogmatisch hinterfragen; ignorieren lassen sie sich bei der Bestimmung der Gemeinschaftskompetenzen aber nicht. Basierend auf dem funktionalen Kompetenzverständnis wird eine durch das Primärrecht vermittelte Zuständigkeit nicht dadurch beseitigt, dass der Regelungsgegenstand *auch* einer anderen Regulierungsmaterie zuzuordnen ist.¹⁴¹ Der EuGH hat ausdrücklich hervorgehoben, dass es unschädlich ist, wenn neben den von der Kompetenzgrundlage abgedeckten Zielen noch weitere Zwecke verfolgt werden.¹⁴² Selbst ein Harmonisierungsverbot für den Gesundheitsschutz nach Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV ist unbeachtlich, sofern die Voraussetzungen des Art. 95 EGV vorliegen.¹⁴³

Ausreichend ist damit aber, dass die Gemeinschaft eine Harmonisierung in Sachen Pluralismussicherung betreibt, die auf Art. 47 Abs. 2 EGV i. V. mit Art. 55 EGV bzw. Art. 95 EGV beruht. Dass das in Art. 151 Abs. 5 EGV enthaltene Harmonisierungsverbot wegen der darin zum Ausdruck kommenden „Diversität nationaler Kulturen“, wie jüngst von *Hain* angenommen, restriktiver auszulegen sei,¹⁴⁴ steht indes im Widerspruch zur Großzügigkeit der allerjüngsten Rechtsprechung zum Tabakwerbeverbot.¹⁴⁵ Durch entsprechende Maßnahmen auf EG-Ebene lassen sich konkrete Wettbewerbshemmnisse beseitigen, die aus den mitgliedstaatlichen Alleingängen in Sachen Antikonzentrationsrecht resultieren. Dass eine gemeinschaftsweite Vielfaltsicherung sicherlich auch kulturelle Aspekte betrifft, muss freilich kompetenzrechtlich hingenommen werden.

V. Subsidiaritätsgrundsatz

Schließlich stellt sich die Frage, inwiefern eine europäische Pluralismussicherung mit dem in Art. 5 Abs. 2 EGV niedergelegten Subsidiaritätsgrundsatz in Einklang stünde.¹⁴⁶ Dieser bezieht sich nicht auf die Kompetenzverteilung, sondern lediglich auf die Kompetenzwahrnehmung.¹⁴⁷ Er sieht vor, dass die Gemeinschaft nur dann legislativ in Aktion treten darf, wenn und soweit die betreffenden Ziele nicht ausreichend auf mitgliedstaatlicher Ebene, sondern wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschafts-

niveau erreicht werden können. Angesichts der europafreundlichen Auslegung des Subsidiaritätsprinzips¹⁴⁸ ergeben sich freilich keine ernsthaften Bedenken gegen eine gemeinschaftsweite Vielfaltsicherung. Dass eine solche im Vergleich zu Maßnahmen der Mitgliedstaaten besser geeignet ist,¹⁴⁹ die Vielfalt in den Medien auf transnationaler Ebene zu fördern, liegt angesichts der gegenwärtigen Alleingänge¹⁵⁰ auf der Hand.¹⁵¹ Der erforderliche qualitative Mehrwert des Gemeinschaftshandelns im Sinne eines supranationalen Plus gegenüber der Summe der einzelstaatlichen Maßnahmen¹⁵² ergibt sich aus der Tatsache, dass sich ein Abbau von bestehenden Hemmnissen für die Grundfreiheiten oder der bestehenden Wettbewerbsverzerrungen im Alleingang nicht ebenso effizient bewerkstelligen ließe, wie ein koordiniertes Vorgehen auf europäischem Level.¹⁵³ Anders als noch vor einer Dekade,¹⁵⁴ lässt sich heute nicht mehr pauschal auf die überwiegend nationale Ausrichtung von Medienkonzernen verweisen. Deren Strategien haben sich erheblich verändert und zielen längst auf ein transnationales Engagement ab.¹⁵⁵ Das Gefahrenpotential für die publizistische Vielfalt in Europa lässt sich nicht durch individuelles Vorgehen in Zaum halten. Faktoren wie die unterschiedliche Größe der nationalen Märkte oder historische Besonderheiten¹⁵⁶ der Mitgliedstaaten können nicht darüber hinwegtäuschen, dass transnational vermittelte Meinungsmacht gerade nicht von den Mitgliedstaaten alleine bewältigt werden kann, da sich deren Kompetenzen wiederum auf das eigene Staatsterritorium beschränken.

VI. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Bedenken wurden selbst bezüglich der Verhältnismäßigkeit einer europäischen Pluralismussicherung geäußert.¹⁵⁷ Nach Art. 5 Abs. 3 EGV dürfen Maßnahmen der Gemeinschaft nicht über das für das Erreichen der Ziele des EGV erforderliche Maß hinausgehen. Einzelne belastende Akte sind nur dann rechtmäßig, wenn sich die damit verfolgten Ziele als geeignet, erforderlich und angemessen erweisen.¹⁵⁸ Da der Ermessensspielraum der Gemeinschaft bei der Beurteilung des Handlungsbedarfs mit der Komplexität der Regelungsmaterie steigt,¹⁵⁹ bestätigen sich die Bedenken gegen ein Handeln der Gemeinschaft nicht. Die Gemeinschaft kann

¹⁴⁸ Kritisch hierzu *Albin NVwZ* 2006, 629 (634).

¹⁴⁹ *Zuleeg*, in: *v. d. Groeben/Schwarze* (Fn. 3), Art. 5 EGV Rdnr. 28.

¹⁵⁰ Ein Überblick über die mitgliedstaatlichen Regelungen findet sich im Arbeitsdokument Medienpluralismus (Fn. 52), S. 18 ff.

¹⁵¹ Differenzierend nach Binnenmarktvereinheitlichung und Pluralismussicherung *Mailänder* (Fn. 40), S. 339. Allerdings wird im Schrifttum aus den spezifischen Strukturen des Mediensektors abgeleitet, das Ziel der Förderung der Meinungsvielfalt könne nur auf mitgliedstaatlicher Ebene erreicht werden; so *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 54. Angesichts der fortschreitenden Internationalisierung der Medienkonzentration lässt sich diese Sichtweise heute nicht mehr aufrecht erhalten.

¹⁵² Zum sog. Mehrwerttest auch *Langguth*, in: *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV, 4. Aufl. 2006, Art. 5 EGV Rdnr. 35.

¹⁵³ So auch *Schüll* (Fn. 62), S. 155. Abzustellen ist nicht auf die Perspektive eines einzelnen Mitgliedstaates, sondern auf eine die gesamte Gemeinschaft der Mitgliedstaaten umfassende Betrachtungsweise; *Albin NVwZ* 2006, 629 (631).

¹⁵⁴ Vgl. *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 54 f.

¹⁵⁵ Ein guter Überblick findet sich bei *Malzanini*, Medienkonzentration in Europa; im Internet abrufbar unter http://www.eurotopics.net/de/presse-schau/autorenindex/autor_malzanini_bernd/. Siehe auch *Gounalakis* (Fn. 19), S. 75.

¹⁵⁶ Hierauf stellen beispielsweise *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 55 ab.

¹⁵⁷ *Ress/Bröhmer* (Fn. 49), S. 56 f.

¹⁵⁸ *Zuleeg*, in: *v. d. Groeben/Schwarze* (Fn. 3), Art. 5 EGV Rdnr. 37.

¹⁵⁹ *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 54), Art. 5 EGV Rdnr. 53.

¹³⁹ So *Hain AfP* 2007, 527 (533).

¹⁴⁰ *EuGH*, C-376/98, Tabakwerbeverbot I, Slg. 2000, I-8419.

¹⁴¹ Vgl. *König*, in: *Schulze/Zuleeg* (Fn. 53), § 2 Rdnr. 11 f.

¹⁴² *EuGH*, C-376/98, Tabakwerbeverbot I, Slg. 2000, I-8419 Rdnr. 86 ff.

¹⁴³ Siehe *EuGH*, C-376/98, Tabakwerbeverbot I, Slg. 2000, I-8419 Rdnr. 88.

¹⁴⁴ *Hain AfP* 2007, 527 (533).

¹⁴⁵ Siehe nur *EuGH*, C-380/03, Tabakwerbeverbot II, Slg. 2006, I-11 573 Rdnr. 58; besonders kritisch hierzu *Stein EuZW* 2007, 54 (56).

¹⁴⁶ Hierzu auch *Mailänder* (Fn. 40), S. 336 ff.

¹⁴⁷ *Schwartz AfP* 1993, 409 (411).

die Geeignetheit einer Maßnahme¹⁶⁰ anhand politischer Überlegungen bewerten.¹⁶¹ Was die Erforderlichkeit einer europäischen Vielfaltsicherung betrifft, muss auf das am geringsten in die rechtlichen Interessen der Betroffenen eingreifende Mittel zurückgegriffen werden, sofern mehrere, in gleicher Weise geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen.¹⁶²

Angesichts der fortschreitenden europäischen Medienkonzentration bestehen mittel- bis langfristig keine Alternativen zu einer gemeinschaftsweiten Pluralismussicherung. Eine Selbstregulierung der Medienindustrie scheidet wegen mangelnder Effizienz des Rechtsgüterschutzes aus.¹⁶³ Gerade der grenzüberschreitenden Dimension der Medienkonzentration lässt sich nur durch ein gemeinschaftsweites Handeln begegnen.¹⁶⁴ Marktanteilsbegrenzungen zeigen sich in Anbetracht der überragenden Bedeutung der Meinungsvielfalt in einer demokratischen Gesellschaft und der Wertungen des Art. 6 Abs. 1 EUV dementsprechend auch als angemessenes Mittel, der Gefahr von Informations- und Meinungsmonopolen zu begegnen.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Vgl. *EuGH*, C-84/94, Arbeitszeitrichtlinie, Slg. 1996, I-5755 Rdnr. 58.

¹⁶¹ *Langguth*, in: *Lenz/Borchardt* (Fn. 152), Art. 5 EGV Rdnr. 42.

¹⁶² *Zuleeg*, in: *v. d. Groeben/Schwarze* (Fn. 3), Art. 5 EGV Rdnr. 39.

¹⁶³ Kritisch zur branchenspezifischen Selbstregulierung *Zagouras*, *Konvergenz und Kartellrecht*, 2002, S. 295 ff.

¹⁶⁴ Dies verkennt beispielsweise *Mailänder* (Fn. 40), S. 342.

senes Mittel, der Gefahr von Informations- und Meinungsmonopolen zu begegnen.¹⁶⁵

VII. Schlussfolgerungen

Damit lässt sich in Bezug auf die europäische Pluralismussicherung zusammenfassen, dass die Meinungsvielfalt in den Medien schon allein aufgrund ihrer Bedeutung für den demokratischen Willensbildungsprozess besonders schutzwürdig ist. Da einzelstaatliche Maßnahmen gerade trans- bzw. international vermittelter Meinungsmacht nicht begegnen können, sind gemeinschaftsweite Schritte erforderlich, die alle Mediensektoren gleichermaßen erfassen. Der Gemeinschaft stehen hierfür Kompetenzen aus Art. 47 Abs. 2 EGV i. V. mit Art. 55 EGV bzw. Art. 95 EGV zu, denen weder Kompetenzausübungsschranken wie Art. 151 EGV noch der Verhältnismäßigkeits- oder Subsidiaritätsgrundsatz entgegenstehen. Ob von der Kompetenz zur Pluralismussicherung tatsächlich Gebrauch gemacht wird, ist damit weniger eine rechtliche als eine politische Frage.

¹⁶⁵ A. A. *Ress/Brähler* (Fn. 40), S. 56 f. Wie hier *Schüll* (Fn. 62), S. 159 f.

Professor Dr. Knut Werner Lange, Bayreuth*

Die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit beim Streckengeschäft

Die Regelung des § 377 Abs. 1 HGB soll eine ausgewogene Verteilung der Preisgefahr beim beiderseitigen Handelskauf gewährleisten. Bei Streckengeschäften – insbesondere wenn Verbraucher beteiligt sind – kann es allerdings zu Abstimmungsschwierigkeiten kommen. Ausgehend von der bestehenden Gesetzeslage soll der Beitrag die dabei bestehenden wirtschaftlichen Risiken aufzeigen sowie die Möglichkeiten zu deren Reduzierung durch eine entsprechende Vertragsgestaltung im deutschen Zivil- und Handelsrecht verdeutlichen.

I. Einführung

Die wichtigsten Besonderheiten des Handelskaufs stellen die Regeln über die Mängelhaftung dar. Der seit 1897 bestehende § 377 HGB¹ koppelt den Erhalt des Mangelanpruchs des Käufers an eine Rügeobliegenheit.² Danach muss der Käufer die empfangene Ware untersuchen und den Mangel anzeigen,

um seine Mängelrechte zu erhalten.³ Nur wenn er ordnungsgemäß und fristgerecht rügt, erhält er sich seine aus dem BGB ergebenden Rechte. Erfüllt er seine Rügeobliegenheit nicht oder zu spät, tritt ein Rechtsverlust bezüglich des Mangels ein. Die mangelhafte Sache gilt als genehmigt, also als gebilligt.⁴ Nur nicht erkennbare Mängel bleiben davon unberührt.⁵ Durch die rasche Rüge wird der Verkäufer in die Lage versetzt, rechtzeitig die notwendigen Maßnahmen zur Beweissicherung und gegebenenfalls zur Schadensabwendung zu treffen.⁶

Durch die Einführung des Begriffs des Unternehmers in § 14 BGB und den gestiegenen Verbraucherschutz ist es zu einer Kumulation von Vorschriften gekommen, die nicht vollständig aufeinander abgestimmt sind. Beim Warenumschlag ist die Regelung des § 377 HGB insbesondere dann problematisch, wenn die Handelsstufe nicht in der Lage ist, die gekaufte Ware zu untersuchen, weil sie vom Hersteller direkt an den Endverbraucher ausgeliefert wird. Dies betrifft insbesondere den zunehmend arbeitsteiligen Vertrieb, der auf eine aufwändige Lagerhaltung verzichtet, um kostengünstig

* Der Autor lehrt Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bayreuth.

¹ Hinter der Vorläufervorschrift des Art. 347 ADHGB steckten ähnliche Überlegungen. In der konkreten Ausgestaltung wich sie jedoch erheblich von der heutigen Regelung ab, da sie einerseits auf den Versandkauf beschränkt und andererseits unabhängig von der Kaufmannseigenschaft des Käufers einschlägig war, *Huber ZHR* 161 (1997), 160, 184; *Lehmann WM* 1980, 1162 ff.; *Müller*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost* (Hrsg.), HGB, 1. Aufl. 2001, § 377 Rn. 3.

² Im Gegensatz zu einer Rechtspflicht handelt es sich bei einer Obliegenheit um eine „Pflicht gegen sich selbst“, aus der keine Verpflichtung gegenüber dem Abnehmer entwickelt werden kann und deren Nichteinhaltung keine Schadensersatzansprüche des Vertragspartners auslöst. Die Verlet-

zung einer Obliegenheit führt lediglich zum Rechtsverlust auf der Seite des mit der Obliegenheit Beschwerten, vgl. *Padeck Jura* 1987, 454, 457 f. Teilw. anders *Schmidt-Räntsch AnwBl.* 2003, 529, 532.

³ Eine vergleichbare Regelung ist auch in Art. 38, 39 CISG zu finden. Vgl. dazu *Kramer*, in: *Festschrift Koppensteiner*, 2001, S. 617.

⁴ Zum Begriff *Müller ZIP* 1997, 661 f.; *Raisch*, in: *Festschrift Duden*, 1977, S. 399, 400; *K. Schmidt*, *Handelsrecht*, 5. Aufl. 1999, § 29 III 5.

⁵ Statt aller *OLG Köln NJW* 1996, 1683.

⁶ *BGH NJW* 2000, 1416; *WM* 1998, 938; *OLG Hamm OLGR* 2005, 135; *Grünwald*, in: *MünchKommHGB*, 2. Aufl. 2007, § 377 Rn. 4; *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl. 2006, § 377 Rn. 1; *Michalski DB* 1997, 81. Zur ökonomischen Analyse der Vorschrift *Lehmann WM* 1980, 1162, 1167 f.