

## **„Zum Regieren brauch' ich nur Bild, Bams und Glotze“**

Konzentrationskontrolle im Rundfunkrecht am Beispiel der gescheiterten Fusion von *Axel Springer* und *ProSiebenSat.1 Media*

von *Kai Paterna*, Universität Freiburg

### **I. Einleitung**

Die Axel Springer AG (AS), der größte Zeitungsverlag Deutschlands, und die ProSiebenSat.1 Media AG (Pro7Sat1), der größte deutsche Privatfernseher, planen ein Zusammengehen – diese Nachricht erhitze im August 2005 interessierte Gemüter, nicht nur im Wirtschaftssektor. Denn: Wenn man zum Regieren nur „Bild, Bams und Glotze“ brauche, wie Bundeskanzler a.D. Gerhard Schröder es einst formuliert hatte, dürfte soviel Meinungsmacht dann in eine Hand gelangen?

Auf der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) lastete entsprechender Erwartungsdruck. Sie musste gemäß ihrer Aufgaben aus dem Rundfunkstaatsvertrag feststellen, ob die angestrebte Fusion die Meinungsvielfalt im Rundfunk gefährdete oder nicht.

Das Ergebnis ihrer Prüfung: Die Axel Springer AG und die ProSiebenSat.1 Media AG würden gemeinsam eine vorherrschende Meinungsmacht im Rundfunk erlangen. Damit war das milliardenschwere Vorhaben zu Fall gebracht worden.

Im Folgenden wird dargestellt, warum die Entscheidung der KEK in ihrem wesentlichen Punkt nicht tragbar ist.

## **II. Die beteiligten Unternehmen**

### **1. Die Axel Springer AG**

Die 1946 als „Axel Springer Verlag GmbH“ gegründete Axel Springer AG (im Folgenden mit „AS“ abgekürzt) erzielte 2005 einen Gesamtumsatz in Höhe von ca. 2,4 Milliarden Euro. Haupttätigkeitsfelder sind Zeitungen, Zeitschriften, Druckerzeugnisse und neue Medien<sup>1</sup>. Die bekanntesten der fast 200 Printobjekte sind neben der „Bild-Zeitung“ die „Welt“ sowie die „Hörzu“.

Haupteigentümerin der AS ist die mehrheitlich der Witwe des Verlagsgründers, Dr. Friede Springer, gehörende Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co.

### **2. Die ProSiebenSat.1 Media AG**

Die ProSiebenSat.1 Media AG (im folgenden „Pro7Sat1“ genannt) ist Eigentümerin der privaten Fernsehprogramme „Sat.1“, „ProSieben“, „N24“, „Kabel 1“ sowie „Neun Live“ und wies 2005 einen Umsatz in Höhe von knapp 2 Milliarden Euro aus. Neben dem Fernsehprogramm betreibt Pro7Sat1 über Tochtergesellschaften weitere Mediendienste, audiovisuelle Produktionen und Merchandisingaktivitäten.

Größter Anteilseigner war zum Zeitpunkt der Fusion die ProSiebenSat1 Holding L.P., hinter der die von US-Medienunternehmer Haim Saban kontrollierte German Media Partners L.P. steht.

---

<sup>1</sup> Laut Geschäftsbericht 2005, [http://www.axelspringer.de/inhalte/pdf/geschber/05/axelspringer\\_gb2005\\_de.pdf](http://www.axelspringer.de/inhalte/pdf/geschber/05/axelspringer_gb2005_de.pdf)

### III. Die Entscheidung der KEK im Fusionsverfahren

#### 1. Prüfungskompetenz der KEK

Bei der angestrebten Übernahme des Rundfunkveranstalters Pro7Sat1 durch AS handelte es sich um eine geplante Veränderung von Beteiligungsverhältnissen im Sinne des § 29 RStV. Solche Veränderungen dürfen nach § 29 S. 3 RStV nur für unbedenklich erklärt werden, wenn auch unter den veränderten Umständen eine Zulassung erteilt werden könnte. Gemäß § 36 I RStV und unter Berufung auf § 26 I RStV führte die KEK eine Unbedenklichkeitsprüfung durch und kam zu einem für die Antragsteller negativen Ergebnis: Durch die angemeldeten Beteiligungsveränderungen entstehe eine vorherrschende Meinungsmacht, die die durch § 25 RStV zum Hauptschutzgut des Rundfunkstaatsvertrags erhobene Meinungsvielfalt im deutschen Rundfunk gefährde<sup>2</sup>.

#### 2. Das Verhältnis von § 26 I und II RStV

Von zentraler Bedeutung für die Entscheidung der KEK waren § 26 I, II RStV. Nach § 26 I RStV darf jeder in der Bundesrepublik Deutschland eine unbegrenzte Zahl von Fernsehprogrammen veranstalten, sofern dabei keine vorherrschende Meinungsmacht erlangt wird. Eine Begriffsdefinition für „vorherrschende Meinungsmacht“ ist § 26 I RStV nicht zu entnehmen, § 26 I HS 2 RStV erklärt jedoch die nachfolgenden Bestimmungen für maßgeblich. Gemäß diesen ist das Vorliegen vorherrschender Meinungsmacht in zwei Fällen zu vermuten:

**§ 26 II S. 1 RStV:** Wenn ein Unternehmen im Jahresdurchschnitt einen Zuschaueranteil von 30 Prozent erreicht.

**§ 26 II S. 2 RStV:** Wenn ein Unternehmen einen Zuschaueranteil von 25 Prozent erreicht, sofern es

---

<sup>2</sup> KEK-Entscheidung AZ: 293, S. 2.

- auf einem medienrelevanten verwandten Markt bereits eine marktbeherrschende Stellung innehält  
oder
- sich aus der Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, dass sein Meinungseinfluss ebenso stark ist wie der eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 Prozent.

Die hier entscheidende Referenzperiode umfasste die Monate von August 2004 bis Juli 2005, da die KEK im August 2005 angerufen wurde. In diesem Zeitraum erreichten die fünf Sender der Pro7Sat1 lediglich **22,06 Prozent Zuschaueranteil**<sup>3</sup>. Pro7Sat1 befand sich damit deutlich unter dem in § 26 II S. 1 RStV (30 Prozent Zuschaueranteile) und vor allem auch unter dem in § 26 II S. 2 RStV (25 Prozent Zuschaueranteil) genannten Schwellenwert. Die rundfunkfremden Aktivitäten (Aktivitäten auf medienrelevanten verwandten Märkten) der AS konnten somit nicht ohne weiteres durch die KEK in die Beurteilung einbezogen werden.

Wie kam die KEK dennoch dazu, eine vorherrschende Meinungsmacht zu bejahen?

In zahlreichen Entscheidungen hat die KEK demonstriert, dass sie den Prozentangaben aus § 26 II RStV keine Bindungswirkung zuspricht<sup>4</sup>. Sie verfolgt abweichend einen „qualitativen Ansatz“, nach welchem sie völlig unabhängig von diesen Werten zur Analyse der Gesamtsituation berufen sei und sich das Vorliegen einer vorherrschenden Meinungsmacht auch allein aus § 26 I RStV ergeben könne.

---

<sup>3</sup> KEK-Entscheidung AZ.: 293, S. 84.

<sup>4</sup> KEK-Entscheidungen Premiere Medien GmbH & Co. KG, AZ.: KEK 026; RTL Television GmbH, AZ.: KEK 040; RTL Television GmbH, AZ.: KEK 158.

Zur Bewertung dieser Rechtsansicht bedarf es einer genaueren Betrachtung des § 26 RStV.

### **a) Auslegung des § 26 I, II RStV**

#### aa) Grammatische Auslegung

Dem Wortlaut des § 26 I RStV folgend, kann „vorherrschende Meinungsmacht nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmung“ erreicht werden. Laut KEK liegt hier eine gesetzliche Vermutung vor, die widerlegbar sei<sup>5</sup>. § 26 II RStV enthalte eine Festlegung der objektiven Beweislast, die eingreife, wenn eine Behörde trotz aller Anstrengungen nicht in der Lage sei, einen Sachverhalt mit hinreichender Sicherheit zu ermitteln.

Das aus dem bürgerlichen Recht stammende Rechtsinstitut der Vermutung lässt sich jedoch nicht ohne weiteres auf das Verwaltungsrecht übertragen<sup>6</sup>. Hier gilt der Untersuchungsgrundsatz aus § 24 VwVfG. Dieser besagt, dass die Behörde den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln hat<sup>7</sup>. Die KEK kann § 26 II RStV deshalb nicht zur Beweiserleichterung nutzen, da sie ohnehin den gesamten Sachverhalt klären müsse<sup>8</sup>.

Auch die Mitwirkungsverpflichtung von Beteiligten aus § 26 II S. 1, 2 VwVfG darf nur ausnahmsweise zu einer Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast führen<sup>9</sup>. Denkbar wäre dies, wenn die zu ermittelnden Fakten fast oder überwiegend in der Sphäre der Beteiligten liegen<sup>10</sup> und die Behörde oder das Gericht selbst nicht über die Mittel verfügt, den Sachverhalt aufzuklären. Die KEK verfügt jedoch zur Erfüllung ihrer Aufgaben über umfassende Auskunftsrechte und Ermittlungsbefugnisse (§§ 21, 22

---

<sup>5</sup> So auch Renck-Laufke in ZUM 2000, S. 108; Neft in ZUM 1998, s. 460.

<sup>6</sup> Holznagel/Krone in MMR 2005, S. 668.

<sup>7</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG § 24 Rn. 2.

<sup>8</sup> Engel, Zuschaueranteile S. 4.

<sup>9</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG § 24 Rn. 50.

<sup>10</sup> Hufen, VerwPR § 35 Rn. 22.

RStV), die sie in die Lage versetzen, sich alle für ihren Untersuchungsauftrag relevanten Informationen zu beschaffen<sup>11</sup>.

Es ist zudem sehr fraglich, ob ein vom Unternehmen bei Überschreitung der Schwellenwerte aus § 26 II RStV darzulegendes Mehr an Meinungsvielfalt jenseits der Fakten, auf die die KEK Zugriff hat, überhaupt eine der Darstellung und dem Beweis zugängliche Tatsache darstellt<sup>12</sup>.

Die KEK muss sich außerdem vorwerfen lassen, § 26 II RStV gar nicht zur vereinfachten Beweisführung zu nutzen<sup>13</sup>: Stattdessen prüft sie zuerst das Vorliegen vorherrschender Meinungsmacht unter Einbeziehung aller erdenklicher Aspekte nach § 26 I RStV. Erst wenn dabei keine endgültige Klarheit („non liquet“) erzielt werden kann, greift sie nach den Vermutungstatbeständen aus § 26 II RStV.

Insgesamt gesehen ist es deshalb abzulehnen, den § 26 I RStV folgenden, maßgeblichen Bestimmungen überhaupt keine Aussagekraft über die vorherrschende Meinungsmacht zuzubilligen. Eine solche Deutung widerspricht dem Wortlaut.

#### bb) Systematische Auslegung

Nicht nur § 26 I RStV, auch § 26 IV Nr. 1, 2 RStV nehmen Bezug auf die Prozentzahlen aus § 26 II RStV. Hat ein Unternehmen durch seine Rundfunkprogramme vorherrschende Meinungsmacht erlangt, kann es diese gemäß § 26 IV RStV durch Maßnahmen beseitigen, die zur Unterschreitung der Grenzwerte aus § 26 II RStV führen.

Aus Sicht der KEK ist dieser Verweis nicht von Relevanz, da sich § 26 IV RStV auf Fälle beziehe, in denen vorherrschende Meinungsmacht durch

---

<sup>11</sup> Holznagel/Krone in MMR 2005, S. 670.

<sup>12</sup> Holznagel/Krone in MMR 2005, aaO.

<sup>13</sup> Holznagel/Krone aaO.

internes Unternehmenswachstums begründet wird. Anders verhalte es sich bei externem Wachstum durch Erwerb von Beteiligungen und Veranstaltung zusätzlicher Programme, wie im Fall AS / Pro7Sat1. Sachverhalte dieser Art fielen unter den Bereich von § 26 III RStV, der nur generell von „vorherrschender Meinungsmacht“ spreche und nicht auf § 26 II RStV Bezug nehme. Die „vorherrschende Meinungsmacht“ könne deshalb nicht abschließend durch § 26 II RStV materiell bestimmt werden.

Andere Stimmen aus der Lehre sehen dies zu Recht anders, für sie ergeben sich aus den Verweisen des § 26 IV RStV deutliche Rückschlüsse auf die materiellen Entscheidungsvorgaben des § 26 II RStV<sup>14</sup>. Dafür spricht vor allem die Ausrichtung der Intensität der vielfaltsichernden Maßnahmen an den Schwellenwerten des § 26 II RStV. Denn die Maßgaben für die Beseitigung der Gefährdungslage müssten im Umkehrschluss denen für ihre Feststellung entsprechen.

Es ist nicht ersichtlich, warum die Gefährdungslage bei kritischem Anwachsen der Meinungsmacht im Falle des internen Wachstums eine andere sein sollte als im Falle des externen Wachstums. Wenn ein Unternehmen gemäß § 26 IV Nr. 1, 2 RStV durch internes Wachstum erreichte vorherrschende Meinungsmacht durch Maßnahmen beseitigen kann, die bei Unterschreiten der Schwellenwerte aus § 26 II S. 1 bzw. S. 2 RStV als genügend anzusehen sind, kann spiegelbildlich betrachtet für das externe Wachstum prinzipiell nichts anderes gelten.

#### cc) Teleologische Auslegung

§ 26 RStV dient der Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht im privaten Rundfunk gemäß den vom BVerfG gestellten Anforderungen. Der Rundfunkfreiheit (Art. 5 I S. 2 GG) wird aufgrund ihrer „fundamentalen Be-

---

<sup>14</sup> Holznapel/Krone in MMR 2005 S. 669; Engel, Zuschaueranteile S. 7.

deutung für die öffentliche Meinungsbildung“<sup>15</sup> durch das BVerfG ein hoher Stellenwert eingeräumt. Schon früh hat das Gericht deshalb betont, die Rundfunkfreiheit bedürfe des Schutzes vor staatlichem Einfluss und vor der Auslieferung an eine einzelne gesellschaftliche Gruppe<sup>16</sup>.

Im Zuge des Aufkommens privaten Rundfunks hat das BVerfG diesen Standpunkt weiter konkretisiert. Der Gesetzgeber habe eine positive Ordnung zu schaffen, die durch materielle, organisatorische und Verfahrensregelungen der Vereinnahmung des Rundfunks durch einzelne gesellschaftliche Gruppierungen vorbeugt<sup>17</sup>. Dabei ist er verfassungsrechtlich auf keine bestimmte Organisationsform festgelegt, so lange Beeinträchtigungen und Fehlentwicklungen, die die freie, umfassende und wahrheitsgemäße Willensbildung gefährden, entgegengewirkt wird<sup>18</sup>.

Die binnenpluralistische Veranstalterstruktur, wie sie im öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finden ist, genügt nach Ansicht des BVerfG diesen Anforderungen<sup>19</sup>. Aber auch die außenpluralistische Organisation, bei der die Meinungsvielfalt durch das Gesamtangebot an inländischen Programmen hergestellt wird, wurde schon frühzeitig als prinzipiell geeignete Möglichkeit anerkannt<sup>20</sup>. Auf das Entstehen eines idealtypischen „Meinungsmarktes“ durch das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte vertraut das BVerfG jedoch nicht, zumal ein einmal entstandenes Ungleichgewicht kaum rückgängig gemacht werden könne<sup>21</sup>. Es gehe daher um das rechtzeitige und wirksame Einschreiten gegen „einseitigen, in hohem Maße ungleichgewichtigen Einfluss einzelner Veranstalter oder Programme auf die Bildung der öffentlichen Meinung, namentlich [das] Entstehen vorherr-

---

<sup>15</sup> BVerfGE 12, S. 205 (260).

<sup>16</sup> BVerfGE 12, S. 205 (262).

<sup>17</sup> BVerfGE 57, S. 295 (320).

<sup>18</sup> BVerfGE 57, S. 295 (322).

<sup>19</sup> BVerfGE 12, S. 205 (262).

<sup>20</sup> BVerfGE 57, S. 295 (325).

<sup>21</sup> BVerfGE 57, S. 295 (323).

schender Meinungsmacht<sup>22</sup>. Dies ist Entstehungshintergrund der rundfunkrechtlichen Konzentrationsregelungen.

Die KEK misst den verfassungsgerichtlichen Ausführungen zur Rundfunkfreiheit erklärtermaßen die entscheidende Bedeutung bei der Auslegung des § 26 I RStV zu<sup>23</sup>. Sie betont die Feststellung des BVerfG, dass sich potentielle Gefahren für die Meinungsvielfalt gerade aus der Verbindung von Meinungsmacht aus dem Pressebereich mit der aus dem Rundfunkbereich ergeben könnten<sup>24</sup>. Der Gesetzgeber hat deshalb laut BVerfG Vorkehrungen gegen das Entstehen vorherrschender Meinungsmacht aus der Kombination des Einflusses von Presse und Rundfunk zu treffen, wobei sich der Landesgesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenz für die Rundfunkgesetzgebung auf die Gefährdung der Meinungsvielfalt im Rundfunk beschränken muss<sup>25</sup>. Auch die mögliche Verstärkung von Meinungsmacht durch vertikale Verbindungen ist vom BVerfG erkannt worden<sup>26</sup>.

§ 26 II RStV könne deshalb laut KEK nicht als tatbestandlich abschließend betrachtet werden; er erfasse nicht sämtliche Konstellationen, für die nach dem BVerfG von einer vorherrschenden Meinungsmacht auszugehen sei. Als Beispiel für eine solche Variante nennt die KEK einen Sachverhalt, nach dem der von einem Unternehmen erzielte Zuschaueranteil zwar unter 25 Prozent, gleichzeitig aber deutlich höher als der der anderen Veranstalter liegt<sup>27</sup>. Eine Beschränkung der Prüfung auf den Zuschaueranteil werde dem „hochrangigen Verfassungsgebot aus Art. 5 I GG“<sup>28</sup> somit nicht gerecht, stattdessen müssten alle Faktoren durch eine Prüfung der Gesamtsituation nach § 26 I RStV berücksichtigt werden<sup>29</sup>.

---

<sup>22</sup> BVerfGE 73, S. 118 (160).

<sup>23</sup> KEK-Entscheidung AZ: 293, S. 75.

<sup>24</sup> BVerfGE 73, S. 118 (175).

<sup>25</sup> BVerfGE 73, S. 118 (176).

<sup>26</sup> BVerfGE 95, 163 (173).

<sup>27</sup> KEK-Entscheidung AZ: 293, S. 76.

<sup>28</sup> KEK-Entscheidung AZ: 040, S. 30.

<sup>29</sup> So auch Hain in MMR 2000, S. 541.

An dieser Auslegung wird kritisiert, sie beachte nicht hinreichend den Vorbehalt des Gesetzes<sup>30</sup>. Dieser schlage sich hier in einer spezifischen Ausgestaltungspflicht des Gesetzgebers nieder. Nach dem BVerfG muss das Landesparlament das zur Gewährleistung der Rundfunkfreiheit Wesentliche selbst bestimmen, die Entscheidung darüber darf nicht der Exekutive in Form einer ausdrücklichen Ermächtigung oder versteckt durch unbestimmte Normierungen überlassen werden<sup>31</sup>. Zu den wesentlichen Elementen gehört auch die Konzentrationskontrolle<sup>32</sup>.

Des weiteren seien Rechtsbegriffe wie „Meinungsmacht“ und „Meinungsvielfalt“ zwar schwer zu bestimmen<sup>33</sup>. Dies könne aber nicht als ausreichender Grund für die KEK dienen, § 26 RStV als Generalklausel frei von inhaltlichen Vorgaben auszulegen, wenn es auch eine andere Möglichkeit der Auslegung gäbe. Eine solche bestünde hier in der stärkeren Berücksichtigung des Zuschaueranteilsmodells aus § 26 II RStV<sup>34</sup>.

Insgesamt betrachtet erscheint der gute Wille der KEK angesichts der bedrohten Verfassungsgüter zwar vorbildlich, die Pflicht zur verfassungskonformen Gestaltung des Rundfunkrechts richtet sich jedoch ausdrücklich an den Gesetzgeber, nicht an die rechtsanwendende Behörde<sup>35</sup>. Letztere hat den Willen des Gesetzgebers zu beachten.

Die entscheidende Frage lautet also: Wollte der Gesetzgeber der KEK eine Generalermächtigung einräumen oder wollte er sie über die Zuschaueranteile aus § 26 II RStV binden?

---

<sup>30</sup> Holznagel/Krone in MMR 2005 S. 672.

<sup>31</sup> BVerfGE 57 S. 295 (321).

<sup>32</sup> BVerfGE 57 S. 295 (322).

<sup>33</sup> BVerfGE 73, S. 118 (156).

<sup>34</sup> Holznagel/Krone in MMR 2005 S. 672.

<sup>35</sup> So auch Engel, Zuschaueranteile, S. 6.

Träfe ersteres zu, wären die Schwellenangaben aus § 26 II RStV und der Verweis hierauf durch § 26 I 2. HS RStV überflüssig. Es kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, er konkretisiere Rechtsbegriffe, ohne dass sich hieraus praktische Folgen für die Rechtsanwendung ergäben. § 26 I RStV kann deshalb unter teleologischen Gesichtspunkten nicht als Generalmächtigung gewertet werden.

Gleichzeitig kann auch nicht von einer strikten Bindung der KEK ausgegangen werden, denn dadurch würde das Tatbestandsmerkmal der „Vermutung“ neutralisiert. Ein Mindestmaß an Flexibilität ist vom Gesetzgeber erwünscht: „Die Ausgestaltung der 30-von-Hundert-Grenze als Vermutungsgrenze schließt umgekehrt nicht aus, dass die KEK vorherrschende Meinungsmacht im Fernsehen auch unterhalb dieser Grenze feststellt. Allerdings wird dies an die KEK besondere Anforderungen an den Nachweis stellen.“<sup>36</sup> Ohne diese Flexibilität gäbe es zudem keine Möglichkeit für ein Unternehmen, bei geringfügigem Überschreiten der 30%-Grenze nachzuweisen, dass die Programmvierfalt dennoch gesichert ist.

Ziel des Gesetzgebers war demnach, der KEK Vorgaben zu machen, ohne sie strikt zu binden.

#### dd) Historische Auslegung

Im Zuge des 6. Rundfunkänderungsstaatsvertrages wurde das Vermutungskriterium der „geringfügigen Unterschreitung“ der 30-Prozent-Grenze durch den Mindestzuschaueranteil von 25 Prozent ersetzt.

Die KEK beruft sich darauf, dass die von einigen Ländern gewünschte ausdrückliche Festsetzung dieses Wertes als verbindliche Untergrenze

---

<sup>36</sup> Amtliche Begründung zu § 26 RStV i.d.F. des 3. Änderungsstaatsvertrages.

auch für die Prüfung nach § 26 I RStV letztlich abgelehnt wurde<sup>37</sup>. Sie verschweigt dabei nicht, dass ihr Vorschlag, die Formulierung „nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen“ zu streichen und die Leitlinien des § 26 II RStV dadurch obsolet zu machen, eben so wenig Zustimmung fand.

In der amtlichen Begründung zum 6. Rundfunkänderungsstaatsvertrag hieß es zudem, „durch die Streichung des Wortes ‚geringfügig‘ in [§ 26 II S. 2 RStV] wird die Möglichkeit eröffnet, die Stellung eines Unternehmens auf medienrelevanten Märkten ab einer Untergrenze von 25 Prozent Zuschaueranteil einzubeziehen“, hierdurch werde aber laut KEK lediglich erläutert, welche Änderungen § 26 II S. 2 RStV gegenüber der alten Fassung enthalte.

Weiter führt die Begründung aus, „die Regelung des § 26 RStV geht auch weiterhin vom Zuschaueranteilsmodell aus. Weiterhin wird vorherrschende Meinungsmacht vermutet, wenn die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 30 Prozent erreichen“. Der Gesetzgeber zeige damit laut der KEK, dass § 26 II RStV weiterhin als Vermutungsregel bzw. offene Konkretisierungsvorschrift zu verstehen sei<sup>38</sup>.

Dieser Rechtsansicht lässt sich entgegen, dass der Gesetzgeber in Kenntnis des existierenden Meinungsstreits im Zuge der Änderungen am Rundfunkstaatsvertrag keine konkretere Formulierung gewählt hat<sup>39</sup>. Da er es vermied, sich auf den rein qualitativen oder den rein quantitativen Ansatz festzulegen, erscheint es von Seiten der KEK recht gewagt, in § 26 RStV eine solche Entscheidung hineinzuzinterpretieren.

---

<sup>37</sup> KEK-Entscheidung AZ: 293, S. 77.

<sup>38</sup> KEK-Entscheidung AZ: 293, S. 78.

<sup>39</sup> Holznagel/Krone in MMR 2005 S. 672.

Stattdessen zeigen die Änderungen am Rundfunkstaatsvertrag, dass der Gesetzgeber in Hinblick auf quantitative oder qualitative Bestimmung der Meinungsmacht weder das eine, noch das andere Extrem bejahen wollte. Wäre dem so gewesen, hätte er entweder dem Vorschlag der KEK oder dem der entsprechenden Ländergruppe folgen müssen.

Dass ein Zuschaueranteil von 25 Prozent laut der amtlichen Begründung zum 6. Rundfunkänderungsstaatsvertrag ausdrücklich die „Untergrenze“ für die Berücksichtigung einer marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens auf medienrelevanten Märkten darstellen soll, wird von der KEK schlicht ignoriert. Der Wechsel von „geringfügiger Unterschreitung“ zur 25-Prozent-Hürde war aber anscheinend dazu gedacht, den Streit darum zu beenden, ab wann eine Unterschreitung nicht mehr „geringfügig“ ist.

Selbst großzügige Stimmen aus dem Schrifttum verneinten für den RStV a.F. die „geringfügige Unterschreitung“ schon ab einer Marge von 3 Prozent<sup>40</sup>. Bei einem noch geringeren Zuschaueranteil werde die Behauptung vorherrschender Meinungsmacht „kaum mehr begründbar sein“<sup>41</sup>. Dies ist ein weiteres Indiz dafür, dass 25 Prozent Zuschaueranteil eine Untergrenze darstellen sollen.

### **b) Ergebnis der Auslegung des § 26 I, II RStV**

Die Rechtsexegese zeigt, dass der Gesetzgeber durch die Wortwahl in § 26 II RStV eine inhaltliche Aussage über den Begriff der „vorherrschenden Meinungsmacht“ in § 26 I RStV treffen will. Eine weitere Konkretisierung erfolgt durch § 26 IV Nr. 1, 2 RStV, der bei Unterschreitung der Schwellenwerte aus § 26 II RStV von keiner Gefahr für die Meinungsvielfalt ausgeht. Die verfassungsrechtlich-teleologische Betrachtung verdeutlicht, dass der Gesetzgeber die KEK mit der Wichtigkeit des zu schützens-

---

<sup>40</sup> Neft in ZUM 1998, S. 463.

<sup>41</sup> Neft in ZUM 1998, S. 460.

den Verfassungsguts entsprechenden Flexibilität ausstatten wollte, ohne ihr eine Generalermächtigung zu erteilen.

Indem die KEK sich vom Leitbild des Zuschaueranteilsmodells vollständig löst, ignoriert sie die einfachgesetzlichen Wertungsvorgaben aus dem Rundfunkstaatsvertrag und überschreitet ihre Kompetenzen.

### **c) Lösungsansatz**

Im Ergebnis ist eine Lösung zu finden, die einerseits das Zuschaueranteilsmodell berücksichtigt, andererseits der KEK die Möglichkeit zur Abweichung in außergewöhnlichen Fällen eröffnet.

Für die Prüfung nach § 26 RStV ergibt sich demnach folgendes: Im Normalfall liegt vorherrschende Meinungsmacht vor, wenn ein Unternehmen einen Zuschaueranteil von 30 Prozent im Jahresdurchschnitt erreicht (§ 26 II S. 1 RStV). Dies ist in der Regel auch der Fall bei Erreichen eines Zuschaueranteils von 25 bis 30 Prozent, sofern das Unternehmen auf einem medienrelevanten Markt marktbeherrschend ist oder die Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf anderen medienrelevanten Märkten ergibt, dass sein Meinungseinfluss ebenso stark ist wie der eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 Prozent (§ 26 II S. 2 RStV). Unterhalb der 25-Prozent-Grenze kann vorherrschende Meinungsmacht nur angenommen werden, wenn der Einzelfall eine Konstellation aufweist, die von § 26 II RStV erkennbar nicht mehr erfasst wird. Denkbar wäre etwa, dass ein Verlag, der über ein Monopol auf dem Markt der Programmzeitschriften verfügt, im Rundfunkbereich aktiv werden will.

### **3. Bedeutung für die Entscheidung im Fall AS / Pro7Sat1**

Pro7Sat1 und AS erreichten im Referenzzeitraum nur 22,06 Prozent Zuschaueranteil und verfehlten somit den Mindestwert von 25 Prozent. Die KEK wäre deshalb im Regelfall nicht zur Annahme einer vorherrschenden Meinungsmacht aufgrund der sonstigen Aktivitäten der Konzerne auf dem

Medienmarkt befugt gewesen.

Sie hätte darlegen müssen, warum in diesem Fall eine Gefährdungslage anzunehmen ist, der das Regelungsmodell aus § 26 II RStV nicht gerecht werden. Die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der AS auf dem überregionalen Tageszeitungsmarkt (ca. 76 Prozent<sup>42</sup>) reicht nicht aus, denn dieser Tatbestand ist durch § 26 II S. 2 HS 1 RStV bereits erfasst. Die Präsenz der AS auf dem Markt der Programmzeitschriften ist mit ca. 29 Prozent zwar substantiell, es kann jedoch nicht von einer Marktherrschaft ausgegangen werden.

Zudem steht AS hier mit dem Heinrich Bauer Verlag ein potenter Konkurrent gegenüber, der einen Marktanteil von fast 50 Prozent erreicht. Auf den anderen Medienmärkten ist AS ebenfalls nicht marktbeherrschend. Es sind somit in diesem Fall keine Ansätze erkennbar, die das Bejahen einer vorherrschenden Meinungsmacht auch ohne das Erreichen der 25-Prozent-Grenze ermöglichen würden.

#### **IV. Fazit**

Wie diese kurze Analyse zeigt, hätte die KEK im Fall AS / Pro7Sat1 keine vorherrschende Meinungsmacht feststellen dürfen. Die konzentrationsrechtlichen Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages erlauben eine solche Bewertung nicht.

Die Entscheidung der KEK hat zur Konsequenz, dass kein auf dem deutschen Markt aktiver Medienkonzern nennenswerte Rundfunkbeteiligungen erwerben kann oder dies auch nur versuchen wird. Denn mit der KEK-Methode ist kaum ein Fall denkbar, in dem sich nicht womöglich doch eine

---

<sup>42</sup> Basis aller Marktanteile: Verkaufte Auflage 2/2005, nach KEK-Entscheidung AZ: 293, S. 78.

vorherrschende Meinungsmacht herleiten lässt – ein Unsicherheitsfaktor, der jedenfalls abschreckend wirkt.

Als Konsequenz wird im Rundfunk der status quo zementiert und eine so vom BVerfG nicht geforderte Trennung von Rundfunk und Presse verwirklicht. Eine realistische Möglichkeit zum Markteinstieg bleibt nur noch dem deutschen Medienmarkt fremden Unternehmen, vorwiegend internationalen Investoren. Ob dies tatsächlich der Meinungsvielfalt förderlich ist, muss dahingestellt bleiben.