

## Medienaufsicht an der Schwelle des 21. Jahrhunderts: Welche Anforderungen stellen sich der Rundfunk-, Telekommunikations- und Konzentrationsregulierung?

Behörden, welche über Medien Aufsicht führen, und solche, die Konzentrationskontrolle ausüben, sind zumeist nicht nur organisatorisch voneinander getrennt, sondern auch hinsichtlich ihres Aufgabenbereichs sowie der Zielvorgaben gegeneinander abgegrenzt. Es ist aber auch möglich, diese Behörden in ihrer Struktur sowie ihrer Tätigkeit einander anzunähern oder sie gar zu vereinen. Verschiedene Denkansätze und nationale Beispiele zu beiden Varianten waren Gegenstand eines Workshops der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle und des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR).

Eine kleine Gruppe von Experten aus verschiedenen europäischen Ländern nahm an der Diskussion dieser schwierigen Materie teil, die von dem Mitglied des EMR Vorstands, Rechtsanwalt Gernot Lehr, sowie dem Wissenschaftlichen Direktor des EMR, Professor Dr. Alexander Roßnagel, moderiert wurde. Der nachfolgende Artikel basiert auf den in diesem Forum ausgetauschten Gedanken, die anschließend mit Überlegungen der Autoren angereichert in die vorliegende Form gegossen wurde. Allen Teilnehmern des Workshops gebührt daher unser aufrichtiger Dank.

Diese IRIS *plus* beschließt „vorläufig“ unsere längere Beitragsserie zum Thema Konvergenz der Medien; „vorläufig“ schon deshalb, weil audiovisuelle Medien weiterhin verschmelzen und damit neue juristische Probleme gebären.

*Straßburg, Februar 2002*

**Susanne Nikoltchev**

*IRIS Koordinatorin*

*Rechtsexpertin der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle*

IRIS *plus* erscheint als Redaktionsbeilage von IRIS, *Rechtliche Rundschau der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle*, Ausgabe 2002-2



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL  
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY  
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

76 ALLEE DE LA ROBERTSAU • F-67000 STRASBOURG  
TEL. +33 (0)3 88 14 44 00 • FAX +33 (0)3 88 14 44 19  
<http://www.obs.coe.int>  
e-mail: [obs@obs.coe.int](mailto:obs@obs.coe.int)

 **Nomos**  
Verlagsgesellschaft

WALDSEESTRASSE 3-5 - D-76530 BADEN-BADEN  
TEL. +49 (0)7221 2104-0 • FAX +49 (0)7221 2104-27  
e-mail: [nomos@nomos.de](mailto:nomos@nomos.de)



# Medienaufsicht an der Schwelle des 21. Jahrhunderts : Welche Anforderungen stellen sich der Rundfunk-, Telekommunikations- und Konzentrationsregulierung ?

Alexander Scheuer/Peter Strothmann  
Institut für Europäisches Medienrecht (EMR),  
Saarbrücken/Brüssel

Angesichts von Konvergenz und Globalisierung im Bereich der Medien und der Telekommunikation<sup>1</sup> wird die Ausgestaltung der Medienaufsicht im europäischen und nationalen Kontext immer stärker diskutiert. Aus diesem Grund hat sich die Europäische Audiovisuelle Informationsstelle gemeinsam mit ihrem Partner, dem Institut für Europäisches Medienrecht (EMR), dieser Thematik angenommen und als Beilage zur IRIS 2001-8 eine IRIS *plus* zum Thema „Medienaufsicht an der Schwelle des 21. Jahrhunderts: Gestaltung und Kompetenzen der Aufsichtsbehörden im Zeichen der Konvergenz“ veröffentlicht.<sup>2</sup> Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um eine erweiterte Zusammenfassung der Ergebnisse des gleichnamigen Workshops, der von den oben genannten Institutionen am 28. Oktober 2001 in Saarbrücken veranstaltet wurde.

Im früheren Beitrag wurden vorwiegend aus europarechtlicher Perspektive Organisation und Funktionen der Aufsichtsbehörden und, in einem zweiten Schritt, die Konzentrationsrechtliche Aufsicht im Medienbereich unter besonderer Beachtung der Konvergenz beleuchtet. Der vorliegende Beitrag greift nun Fragen der konkreten Ausgestaltung der Medienaufsicht und der Konzentrationskontrolle in den Mitgliedstaaten auf. Hierbei wird in der jeweiligen Darstellung zunächst einer abstrahierten Betrachtung durch die Veranstaltungsteilnehmer Platz eingeräumt, bevor Beispiele einzelner Staaten aufgenommen werden, deren Auswahl sich aus den im Rahmen des Workshops ausgetauschten Erfahrungen ergab.

## I. „Medien- und Telekommunikationsaufsicht – Januskopf oder Wasserkopf?“

Organisationsstrukturen der Aufsicht im Zeitalter der Konvergenz

### 1. Diskussion um Strukturmodelle Allgemeine Gründe für die Regulierung und die Einrichtung entsprechender Behörden

Aufsicht als Mittel hoheitlicher Kontrolle wird vielfach abgelöst durch positiv gestaltende, moderierende Regulierung, die mit flexibel einsetzbaren, nicht in allen Einzelheiten durch Rechtssätze vorherbestimmten Eingriffsmöglichkeiten ausgestattet ist, und die an klaren Zielbestimmungen zu messen ist.<sup>3</sup> Grundlegender Gedanke einer Regulierung und damit der Einrichtung von Regulierungsbehörden bleibt dennoch die staatliche Aufsicht über eine Rechtsmaterie zur Gefahrenabwehr oder zur Zielerreichung. Grundsätzlich zu klären ist daher zunächst die Frage, ob eine so verstandene Regulierung im Medienbereich noch sachgerecht ist und wenn ja, unter welcher Zielsetzung sie einzusetzen ist.

Zunächst existiert Regulierung als Mittel zur Steuerung von Prozessen, wobei sie temporär sein kann, bis das politisch vorgesehene Ziel, z.B. der Übergang zur Wettbewerbsorientierung, erreicht ist.<sup>4</sup> Regulierung greift ferner auch in Mangelsituationen, in denen während des Fortdauerns der unerwünschten Situation ihre Existenz zwangsläufig und dauerhaft ist. Regulierung und Aufsicht können drittens auch der Gewährleistung gesellschaftlicher bzw. politischer Rahmenbedingungen und Standards dienen. Sie sind hier nicht zwingend, aber bei Einsetzung auch dauerhaft gewollt. Intensität und Regulierungsmechanismen sind variabel und dynamisch, sie orientieren sich am politischen und gesellschaftlichen Konsens.

Gemeinsam ist diesen Erscheinungsformen, dass Ziel der Regulierung vor allem die Erreichung verfassungsrechtlich vorgegebener (und möglicherweise sektorspezifischer) Interessen im Telekommunikations- und Rundfunkbereich ist. Im Vordergrund stehen Wettbewerbssicherung, Zugang zu Netzen marktmächtiger Unternehmen, Zugangsregeln zu begrenzten Ressourcen (Spektrum), Jugend- und

Datenschutz sowie der Universaldienst bzw. die Grundversorgung. Im Rundfunkbereich ist allgemein auch die Sicherstellung möglicher Meinungsvielfalt und publizistischer Mindeststandards für meinungsbildende Medien zu nennen.

### Kriterien für (konvergente) Regulierungsaufgaben

Anhand dieser Prämissen sollen nun mögliche Aufgabenbereiche (konvergenter) Regulierungsstrukturen im Sinne einer Bestandsaufnahme herausgearbeitet werden.

In Zeiten des Zusammenwachsens verschiedener Medienbereiche,<sup>5</sup> wird gefordert, die Regulierungsaufgaben für Telekommunikation und Rundfunk zusammenzufassen. Zusammenfassungsbedarf bestehe dort, wo zur Wahrung medienpolitischer Ziele Marktöffnungsmechanismen einzusetzen sind wie etwa im Bereich des Zugangs zu Infrastruktureinrichtungen. Daraus resultierten folgende Konvergenzbereiche:

- (*must carry*, Zugang zum Multiplexer, Elektronische Programmführer, *Applications Programme Interfaces*, *Conditional Access Systems*)
- Grundversorgungsauftrag (Universaldienst)
- Liberalisierungsauftrag und dualer Rundfunkmarkt
- Spektrumpolitik
- wettbewerbliche Unabhängigkeit.

In die Marktgestaltungsaufgaben (Liberalisierung, Marktöffnung für den Wettbewerb, Missbrauchsaufsicht, Gestaltung wettbewerblicher Rahmenbedingungen) seien die Rundfunkregulierungsaufgaben grundsätzlich zu integrieren. Auch die rein inhaltsbezogenen Aufgaben wie Programmaufträge seien von diesem Integrationsschritt umfasst, wobei eine strenge Trennung zwischen Inhalte- und Netzwerkregulierung auch nach dieser Ansicht nicht möglich sein dürfte.

Diesem Ansatz wird entgegengesetzt, dass die Gegenstände der Telekommunikations- und Medienregulierung nicht identisch, sondern vielmehr gegenläufig seien. So versuche das Rundfunkrecht, die Gefahr eines Marktversagens bereits im Vorfeld zu verhindern, während im Telekommunikationsbereich ein Marktgeschehen erst ermöglicht werden soll.

Die Trennung muss nach dieser Ansicht auch künftig beibehalten werden, da eine Vielzahl von – durch grundrechtliche Gewährleistungen und wirtschaftliche Ordnungsprinzipien vorgegebenen – Zielen ein Nebeneinander erforderlich mache. Es ergäben sich zudem Bereiche, in denen bei der Regulierung strukturelle Unterschiede auftreten. So divergieren nicht nur die Regulierungsziele, sondern vielfach auch die „Unternehmenskulturen“ verschiedener Regulierungsbehörden. Darüber hinaus habe sich auf europäischer Ebene der Grundsatz der Trennung von Netzinfrastruktur- und Inhalteregulierung durchgesetzt.<sup>6</sup> Zu beachten sei bei einer fortgeführten Trennung der Regulierungsbereiche, dass es Schnittstellen zwischen Infrastruktur- und Inhalteregulierung gebe (z.B. *access*), die definiert werden müssten oder für die eine koordinierte Regulierung vorzusehen sei.

Angedacht wird – als ein Baustein einer konvergenten Regulierungsstruktur – auch eine Konzentrationskontrolle im Bereich der Netzinfrastruktur, die allein im allgemeinen Kartellrecht und bei der dafür zuständigen Behörde zu verorten ist. Dieser Möglichkeit, die Telekommunikations-Regulierung in der jeweiligen Kartellbehörde als alleiniger Kontrollinstanz zusammenzufassen, wird entgegengehalten, dass im Kartell- und Telekommunikationsrecht verschiedene Maßstäbe zur Anwendung gelangen. Denn Voraussetzung für eine solche Zusammenlegung wäre, dass nur – wie im Kartellrecht – die Marktmacht zu beurteilen wäre. Im Bereich Telekommunikation handle es sich aber um einen Bereich der Infrastruktur, bei dem zu berücksichtigen sei, dass dem Staat eine Folgeverantwortung zukommt. Die Zielvorgaben, die eine Regulierung zu erfüllen habe, bestünden nämlich auch in der Sicherung der Grundversorgung, der Überwachung und der



Infrastruktursicherung. Insbesondere das Ziel der Infrastruktursicherung könne – so diese Gegenansicht – nur telekommunikationsrechtsspezifisch geregelt werden, da dort der Regulierung eine spezifische „Privatisierungsfolgenverantwortung“ zukomme. Die Kartellbehörden könnten die Ausübung der spezifisch telekommunikationsrechtlichen Anforderungen auch nur bedingt erfüllen, da sie eher ökonomisch strukturiert und orientiert seien. Telekommunikationsaufsicht sei aber nicht nur deshalb vorübergehend als eigener Regulierungsbereich ausgestaltet, weil sie auch aus der Privatisierungsfolgen- bzw. Marktöffnungsverantwortung des Staates resultiere. Denn sie werde auch nicht binnen absehbarer Zeit vom allgemeinen Wettbewerbsrecht aufgesogen werden können, wenn und soweit es um sektorspezifische Probleme gehe, wie die Vertraulichkeit der Kommunikation.

### Gefahren konvergenter Regulierungsstrukturen

Die Frage der konkreten Aufgaben steht allerdings bei der Gestaltung der Behördenstruktur oft erst am Schluss, d.h. es droht die Gefahr, dass zuerst eine Festlegung auf eine unfassend zuständige Einrichtung erfolgt.

Die Strukturdebatte ist jedoch abhängig von der inhaltlichen Debatte, so dass zuerst die inhaltlichen Anforderungen an die Regulierung im Sinne von Zielvorstellungen zu definieren sind.

Nehme die Einrichtung von Regulierungsbehörden, die ihre Aufgabenerfüllung durch den Einsatz von Instrumenten mit erhöhter Eingriffsintensität wahrnehmen, zu, so, wird gemahnt, könne dies zu einer Schwächung der Marke „Regulator“ führen. Letztere sei begrifflich, wie oben dargelegt, im Vergleich zur reinen staatlichen Aufsicht durchaus positiv besetzt. So zählten die klassische verwaltungspolizeiliche Aufsicht (Ordnungswidrigkeitenrecht) nicht notwendig zu den Aufgaben für Regulierungsbehörden in diesem Sinne.

Die Schaffung einer konvergenten Regulierungsbehörde bedeute häufig eine „Integration“ unter einem Dach ohne eine Verzahnung der Aufsichtsbereiche. Damit blieben die unterschiedlichen Sichtweisen bestehen und offenbarten sich insbesondere bei der Frequenzpolitik. Zudem drohe ein „Wasserkopf“, da die unproduktiven Teile der Behörde bedingt durch die Struktur überproportional wachsen könnten. Rechtspolitisch-verwaltungswissenschaftlich ist daher eine optimierte Kooperation der bestehenden Behörden/Stellen einer Bündelung (Konzentration/Zentralisierung) vorzuziehen, solange Aufsichtsziele, -inhalte und -praktiken nicht hinreichend harmonisiert sind. Ob und wie weit dann eine solche Annäherung im Sinne einer konvergenten Stelle/Behörde sinnvoll erscheint, darf aber nicht nur eine ökonomische Frage (Personalkosten) sein, sondern muss vor dem Hintergrund der Zielvorgaben wie *public interests* diskutiert werden.

### Einsatz von abgestuften Selbstregulierungsformen

Normsetzung und -vollzug zur Erreichung gesellschaftlicher und politischer Ziele im Bereich der Medien gestaltet sich strukturell schwieriger als in anderen Bereichen. Daher wird vorgeschlagen, nicht allein auf Regulierungsbehörden abzustellen, sondern der Selbstregulierung mehr Raum zu geben. Allerdings muss bei dieser Forderung zwischen verschiedenen, abgestuften Ordnungsmodellen unterschieden werden, nämlich einer „Co-Regulierung“ bzw. „regulierten Selbstregulierung“, die einen staatlichen Ordnungsrahmen bedingt, der Selbstregulierung und der reinen „Selbstkontrolle“ durch die betroffenen Akteure.

Co-Regulierung kann mit vorgegebenen, einheitlichen Kriterien in den Bereichen der Medien, die sich thematisch ähneln, greifen. Als ein „Minus“ zu staatlicher Normsetzung und staatlichem Normvollzug kann mit Mitteln der „Aufsicht unter Gleichen“ die Verfolgung gesellschaftlich relevanter Ziele angestrebt werden. Dieser Ansatz wird damit begründet, dass klassische Regulierungsbehörden im Hinblick auf eine Detailsteuerung nicht mehr effektiv seien, da aufgrund der zu erwartenden technischen Konvergenz ein Wechsel der Rechtsunterworfenen aus dem Ordnungsrahmen hin zu einem anderen zu erwarten sei. Als Voraussetzung für dieses Modell sei ein Themenbereich für alle audiovisuellen Medien, die eine meinungsbildende Relevanz aufweisen, herauszubilden (Querschnittsregulierung anstatt sektorspezifischer Regelungen). Angesichts bereits bestehender Probleme, zwischen verschiedenen audiovisuellen Angeboten<sup>7</sup> abzugrenzen, müsse die Regulierung in ihrem Anwendungsbereich weit gefasst und der

Meinungsrelevanz des jeweiligen Angebots entsprechend in ihrer Regelungsdichte abgestuft sein. Die Regelungsintensität könne variabel ausgestaltet werden.

Auch bei diesem Modell ist deshalb eine inhaltliche, durch den Gesetzgeber mittels Zielbestimmungen festgelegte Ausgestaltung des Ordnungsrahmens unerlässlich. Organe der Co-Regulierung müssten zudem effektiv handeln können, allein die Möglichkeiten etwa des Vereinsrechts reichten nicht aus, um den Zielvorstellungen auch auf der Ebene der Durchsetzung gerecht zu werden. Diese Probleme werden insbesondere in Regelungsbereichen akut, in denen verfassungsrechtliche/gesetzliche Vorgaben bestehen. Nach einer Auffassung eignet sich daher der Bereich der Vielfaltssicherung im Rundfunk nicht für eine im Wege der Selbstregulierung als staatlich nicht beeinflusster Normsetzung oder der Selbstkontrolle als im Normvollzug erfolgende Aufsicht, wohl aber z.B. die Frage der Werberegulungen.

Nach anderer Ansicht ist insbesondere in Fällen, in denen die Verfassung dem Staat eine besondere Handlungspflicht auferlegt wie im Jugendschutz, ein gewisses Maß an staatlicher Aufsicht und die Vorgabe eines Regulierungsrahmens erforderlich. Folglich seien diese Aufgaben im Sinne einer „Co-Regulierung“ wahrzunehmen. Dagegen ließe sich argumentieren, dass den Rechtsunterworfenen ein Freiraum zur Selbstregulierung und -kontrolle verbleiben müsse, da die Beibehaltung einer Vertretbarkeits- oder Plausibilitätsprüfung durch die Aufsichtsbehörden als „Revisionsinstanz“ die Gefahr berge, dass deren Umfang gesetzestechnisch schwer bestimmbar sei und in Zweifelsfällen eher weit ausgelegt werden könne.

Die Förderung der Selbstregulierung im weiteren Sinn weist den besonderen strukturellen Vorteil auf, die Integration bestehender (föderaler) Hierarchien und Organisationen zu erlauben, ohne deren Existenz kurzfristig zu gefährden.

Dabei ist zu beachten, dass nach einer strittigen Ansicht der öffentlich-rechtliche Rundfunk auch in den einheitlichen Ordnungsrahmen einer Co-Regulierung einzubeziehen ist. Nach dieser Meinung könnte sich hoheitliche Aufsicht sodann auf die Kontrolle des Funktionierens einer plural strukturierten Eigenaufsicht beschränken.

## 2. Länderübersicht

An dieser Stelle soll die derzeitige Regulierungsstruktur in Österreich dargestellt werden, die im Jahre 2001 eine tiefgreifende Neuausrichtung gerade im Hinblick auf die Konvergenzdiskussion erfahren hat. Auch die geplanten Änderungen im Vereinigten Königreich, die durch das *Communications White Paper* der Regierung<sup>8</sup> einen Diskussionsanstoß erfahren haben, sind Reaktion auf neuere technische und wirtschaftliche Rahmenbedingungen.

### Österreich

In Österreich sollte mit der Änderung der gesetzlichen Grundlagen eine sogenannte integrierte Behörde mit gemeinsamer Zuständigkeit für Fragen der Regulierung der Telekommunikation und der audiovisuellen Medien geschaffen werden. Dieses Vorgehen wurde mit der zunehmenden Konvergenz der Informationstechnologie, der Telekommunikation und der audiovisuellen Medien, die eine themenübergreifende Regulierung erfordere, begründet.<sup>9</sup>

Der erste Entwurf eines Änderungsgesetzes sah eine Aufteilung der Kompetenzen der zu schaffenden Regulierungsbehörde in drei Kommissionen vor, von denen sich jeweils eine mit Fragen der Medien-, eine mit Fragen der Infrastrukturregulierung und eine mit Fragen des Wettbewerbs beschäftigen sollte.<sup>10</sup> So sollte die Medienkommission unter anderem die Erteilung von Zulassungen von Rundfunkveranstaltern, die Behandlung von Beschwerden über Inhalte von Rundfunkprogrammen, die Ahndung von Verwaltungsübertretungen (Ordnungswidrigkeiten) der Veranstalter und die Überwachung von Verhaltenspflichten im Bereich des elektronischen Fernabsatzes, also der Dienste der Informationsgesellschaft, wahrnehmen. Die Entscheidung insbesondere über Konzessionen im Bereich der Telekommunikation, die Wahrnehmung der nach dem Signaturgesetz zugewiesenen Aufgaben und die Sicherstellung und Festlegung von Bedingungen des diskriminierungsfreien Zugangs zu Kommunikationsdiensten oder der Übertragungswege sollte durch die Infrastrukturkommission erfolgen. Ein wichtiges Element dieses Entwurfs war, dass der Wettbewerbskommission die Kompetenz für die Anwendung der Regelungen des allgemei-

nen Wettbewerbsrechts (Missbrauchsaufsicht) im Telekommunikationsbereich übertragen werden sollte. Die entsprechenden Regelungen des Telekommunikationsgesetzes (TKG)<sup>11</sup> sollten daneben Bestand haben.<sup>12</sup> Im Rahmen der Neustrukturierung sollte auch der Instanzenzug neu geregelt werden. Entscheidungen der Regulierungsbehörde hätten mittels einer Beschwerde einer neuen Instanz, dem unabhängigen Bundeskommunikationssenat, zur Prüfung vorgelegt werden können. Für die Einrichtung eines derartigen Senats wäre eine Verfassungsänderung notwendig gewesen, für die die erforderliche Mehrheit im Parlament, dem Nationalrat, nicht erreicht wurde.

Die nun in Kraft getretene, als einfaches Gesetz erlassene Neuregelung enthält eine begrenztere Integration der Regulierungsfunktionen für den Telekommunikations- und Mediensektor.

Für die Telekommunikation wurde mit der Rundfunk- und Telekom-Regulierungs GmbH (RTR) durch das „KommAustria-Gesetz“ (KOG)<sup>13</sup> eine neue Behörde geschaffen, in die die vormalige Telekom-Control GmbH (TKC) integriert wurde. Der RTR sind als Regulierungsaufgaben insbesondere die „laufende“ Regulierungstätigkeit in der Telekommunikation, wie Rufnummernverwaltung und Endkundenstreitschlichtung, zugeordnet. Als weitere Regulierungsbehörde auf diesem Gebiet fungiert weiterhin die Telekom-Control-Kommission (TKK). Ihr Aufgabenbereich umfasst nach § 111 TKG unter anderem die Erteilung, Entziehung und den Widerruf von Konzessionen, die Untersagung oder Auferlegung eines bestimmten Verhaltens und die Genehmigung von Geschäftsbedingungen und Entgelten bei Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht. In diesem Zusammenhang wurde die TKK durch das KOG ermächtigt, einem Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen, der über beträchtliche Marktmacht verfügt und diese Stellung missbräuchlich ausnutzt, ein bestimmtes Verhalten aufzuerlegen oder zu untersagen. Die TKK greift auf Grund des Umfangs an regulatorischen Kompetenzen auf den Apparat der RTR für fachliche Expertisen und Gutachten zurück, dem weiterhin die Aufgabe der Geschäftsführung für die TKK zukommt.

Getrennte Behörden und Instanzenzüge für Telekommunikations- und Medienfragen blieben erhalten, da neben der TKK die KommAustria als Regulierungsbehörde für Medien eingerichtet wurde (§§ 1 und 3 KOG). Die KommAustria greift zwar auch auf den Geschäftsapparat der RTR zurück; während die TKK aber weisungsfrei bleibt, wurde die KommAustria als eine den Weisungen des Bundeskanzleramtes unterworfenen Verwaltungsbehörde konzipiert (§ 3 Abs. 3 KOG). Die Entscheidungen der KommAustria sind zunächst beim Bundeskommunikationssenat, der jetzt beim Bundeskanzleramt eingerichtet ist, anzufechten, bevor auch hier der Weg zum Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof eröffnet ist. Die Aufgaben der KommAustria beziehen sich ausschließlich auf den Medienbereich und beinhalten unter anderem die Erteilung von Zulassungen für die Veranstaltung von Rundfunk sowie die Wahrnehmung der Rechtsaufsicht über die privaten Rundfunkveranstalter (§ 2 KOG).

Die eigentliche Integration der für die Regulierung der Telekommunikation und der Medien zuständigen Stellen liegt im Ergebnis darin, dass den Regulierern derselbe Geschäftsapparat zugeordnet wurde, während die Aufgaben getrennt bleiben und die Aufsicht über die Regulierer und der jeweilige Instanzenzug (weiterhin) divergieren. Den inhaltlichen Fragen der Konvergenz wird insbesondere dadurch Rechnung getragen, dass die RTR mit der Aufgabe, ein Kompetenzzentrum für die Konvergenz der Medien und der Telekommunikation zu führen (§ 9 KOG), betraut wurde. So sollen unter anderem wissenschaftliche Analysen zu Fragen des Zugangs zu neuen Medien, zum Einsatz neuer Technologien und Dienste sowie zu den Marktverhältnissen in den Bereichen der Telekommunikation und der Medien erstellt werden.

### Vereinigtes Königreich

Die Regierung des Vereinigten Königreichs legte ihre Vorstellungen zur künftigen Kommunikationsgesetzgebung im Dezember 2000 in dem oben genannten Weißbuch nieder. Neben der Schaffung eines dynamischen Markts, der Sicherstellung universellen Zugangs, der Aufrechterhaltung von Medienvielfalt und -pluralismus, der Gewährleistung hoher Qualität und der Beachtung der Verbraucherinteressen beinhaltet das Diskussionspapier auch die Schaffung eines neuen Organisationsrahmens.

Die vorgeschlagene integrierte Regulierungsbehörde, das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM), wird für die Regulierung elektronischer Kommunikationsnetzwerke und -dienste einschließlich Tele-

kommunikationssysteme und auch für Rundfunkdienste (*broadcasting services*) zuständig sein.<sup>14</sup>

BAKOM soll im Kommunikationssektor das allgemeine Wettbewerbsrecht in konkurrierender Zuständigkeit (*concurrent powers*) zur Wettbewerbsbehörde, dem *Office for Fair Trading* (OFT), anwenden. Bei Fusionen nach dem *Fair Trading Act* bleiben jedoch das OFT und die *Competition Commission* ausschließlich zuständig. Das BAKOM soll zur Sicherung funktionierender Wettbewerbs bei Kommunikationsdiensten das sektorspezifische Wettbewerbsrecht anwenden. Dabei würden diese Regeln für die meisten Diensteanbieter nur zu definierende Hauptpunkte (*essential issues*)<sup>15</sup> umfassen. Strengere sektorale Wettbewerbsregeln würden nur auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (*significant market power*) angewandt werden.<sup>16</sup> Der Anwendungsbereich des von BAKOM wahrzunehmenden Wettbewerbsrechts erstreckt sich neben dem Telekommunikations- und dem Rundfunkrecht auch auf die elektronischen Programmführer (EPG) und ähnliche neue Systeme.

Inhalte von Rundfunk-Diensten (*broadcast services*) sollen dem Weißbuch zu Folge einer schlüssigen Ordnung mit abgestuften Intensitäten unterworfen werden.<sup>17</sup>

Das unabhängig zu gestaltende BAKOM soll mit ausreichenden Kompetenzen zur Ausfüllung seiner Aufgaben und insbesondere zur Durchsetzung von Anordnungen ausgestattet werden. Neben diesem Effektivitätsgedanken ist aber auch die Forderung nach Flexibilität der Regulierung prägendes Merkmal des Entwurfs. Detaillierte Regelungen werden nicht mehr gesetzlich aufgestellt, vielmehr soll dem BAKOM die Verantwortung aufgegeben werden, die nötigen Regeln innerhalb eines gesetzlichen Regulierungsrahmens zu erstellen und auch durchzusetzen. Diese Möglichkeit einer Bestimmung der Eingriffsintensität führt – verbunden mit dem Grundsatz, nur das notwendige Mindestmaß an Regulierung vorzunehmen – zu einem Ermessen auch im Hinblick auf den Einsatz neuer Regulierungsmodelle. Dem BAKOM wird aufgegeben, unter dieser Prämisse die Mittel zu wählen, die die Ziele bestmöglich verwirklichen. So können Modelle der *co-regulation* und *self-regulation* durch die Behörde selbst eingesetzt werden.<sup>18</sup> Allerdings bleibt der Einsatz einer „formelleren“ Regulierung vorbehalten.

## II. „Kontrolle der Medienkonzentration – ein virtueller Verfassungsauftrag?“

### Allgemeine Überlegungen

#### 1. Diskussion

Im Folgenden wird der im ersten Teil des Workshops von den Teilnehmern befürworteten These nachgegangen, dass vor einer Strukturdebatte über den Behördenaufbau die einzelnen Zielvorgaben, die mit einer Regulierung erreicht werden sollen, näher zu definieren seien. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach dem Erfordernis einer spezifisch medienrechtlichen Konzentrationskontrolle.

Ökonomische Grundüberlegungen machen eine Medienkonzentration auf allen wettbewerblichen Ebenen (Netzinfrastruktur, Inhalte) wahrscheinlich. Dies gilt um so mehr vor dem Hintergrund der technischen Entwicklung elektronischer Medien und der Telekommunikation. So erhöht die Möglichkeit der digitalen Datenkompression die Übertragungskapazitäten auch der elektronischen Medien und führt zur unternehmerischen Integration von Programmerstellung, Übertragungsweg, Veranstaltung von Rundfunk und Diensten sowie Nutzung der Programme über die neuen Medien.<sup>19</sup> Daher ist der Frage nachzugehen, ob angesichts von Konvergenz und Digitalisierung überhaupt noch eine spezifische Kontrolle der Medienkonzentration erforderlich ist und wie diese zu gestalten ist.

#### a) Verhältnis zum allgemeinen Wettbewerbsrecht

Für eine mögliche Neuausrichtung des Medienkonzentrationsrechts ist entscheidend, ob die konzentrationsrechtlichen Fragen des Medienbereichs in die kartellrechtliche Prüfung einbezogen werden können und so eine spezifische Medienkonzentrationsregelung obsolet wird.

#### Regulierungsziel

Ziel einer Medienkonzentrationsregulierung ist es, einen publizistischen Wettbewerb durch die Schaffung, den Erhalt und die Ausweitung der Meinungsvielfalt zu erreichen. Die Meinungsvielfalt ist von



grundlegender Bedeutung für einen demokratischen Staat. Dieser muss einerseits einen Rahmen für unternehmerische Entwicklung, der ein Höchstmaß an Meinungsppluralität und eine Vielfalt an Inhalten sicherstellt, und andererseits einen konkurrenzfähigen Markt, der neue Investitionen anzieht und sich weiterentwickeln kann, schaffen.

### Prüfungsschwerpunkte

Für das allgemeine Wettbewerbs- und das Medienkonzentrationsrecht ergeben sich unterschiedliche Prüfungsschwerpunkte. Der Prüfung der „vorherrschenden Meinungsmacht“ im Medienrecht steht im Kartellrecht, das auf dem Leitbild des Ordnungs- und Funktionsprinzips des Marktes sowie des inhärenten Wettbewerbs aufgebaut ist, die Untersuchung einer „marktbeherrschenden Stellung“ gegenüber.

Fraglich ist, ob die o.g. Ziele einer Medienkonzentrationsregelung ebenso über die kartellrechtliche Kontrolle anhand des Maßstabs der marktbeherrschenden Stellung erreicht werden können.

### Überführung in das allgemeine Wettbewerbsrecht

Eine – kritisierte – Ansicht hält das allgemeine Wettbewerbsrecht für ausreichend, um Meinungsvielfalt gerade auch für den Rundfunk zu gewährleisten; besondere Regelungen seien rein tatsächlich nicht mehr notwendig.

Insbesondere in Ländern mit einer hohen Anzahl privater Angebote sei das Abstellen auf gesellschaftsrechtliche Abhängigkeiten einzelner Sender von großen Senderfamilien als maßgebliches Kriterium der Vielfaltsprüfung nicht mehr hinreichend tragfähig. Eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung führe nicht unbedingt zu einer Gefährdung der Vielfalt, so dass die vorherrschende Meinungsmacht nicht zwangsweise alleiniges Kriterium der Sicherung der Meinungsvielfalt sein müsse.

Die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht, die häufig anhand eines festen Prozentsatzes am Zuschaueranteil gemessen oder durch Festlegung unzulässig hoher Beteiligungen ausgedrückt werde, sei eindimensional. Es sei zudem die grundsätzliche dogmatische Frage aufzuwerfen, ob es für eine medienpezifische Zusammenschlusskontrolle überhaupt einen eigenen, vom kartellrechtlichen Maßstab der marktbeherrschenden Stellung losgelösten, zuverlässigen Maßstab gebe.<sup>20</sup>

Neben diesem dogmatischen Bedenken bliebe ein weiterer wesentlicher Nachteil des Medienkonzentrationsrechts, dass nämlich anhand dieser Prüfung die oligopolistische Marktbeherrschung nicht erfasst werden könne. Ursache hierfür sei die strikte Fixierung auf ein bestimmtes sektorspezifisches Kriterium zur Messung von Meinungsmacht, wie Zuschaueranteils- oder Beteiligungsbegrenzungsmodell und der gesellschaftlichen Verflechtungen. Damit sprechen nach dieser Ansicht die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für eine wettbewerbliche Kontrolle allein auf der Basis des branchenneutralen, allgemeinen Fusionsrechts mit einem insoweit einheitlichen Maßstab der Marktbeherrschung.

Im Bereich der modernen Kommunikations- und Informationstechnologien werde hiernach die Notwendigkeit einer branchenübergreifenden Regulierung durch das allgemeine Wettbewerbsrecht deutlich. Eine trennscharfe Abgrenzung der durch die neuen Techniken und Verbreitungsmöglichkeiten forcierten Dienstleistungen nach Rechtsgebieten (Medien- und Teledienste, Telekommunikation, Rundfunk) sei ebenfalls nur schwer vornehmbar. Eine umfassende Anwendung der bereichsspezifischen Rechtsgrundlagen müsse daher in Zweifelsfällen willkürlich erscheinen. Zudem komme es auch bei Vorliegen von Spezialvorschriften aufgrund der unterschiedlichen Ansätze immer noch zu einer Kontrolle nach allgemeinem Kartellrecht. Dies führt nach dieser Ansicht zu Ineffizienz und bei den betroffenen Unternehmen zu Unsicherheit.

Die Einbeziehung sogenannter „verwandter Märkte“ bei der Bestimmung der Meinungsmacht, die im Medienkonzentrationsrecht vielfach im Wege einer Gesamtschau vorgenommen werde, sei nicht gerechtfertigt. Es bestünden vielfache Wechselwirkungen, ohne dass damit sogleich deren Einbeziehung in die Beurteilung gerechtfertigt sei. Wenn argumentiert werde, dass schon auf Grund der Komplementärfunktion und einer Substituierbarkeit z.B. der Werbung eine Einbeziehung anderer Medienmärkte in die Beurteilung des Fernsehmarktes zu rechtfertigen sei, so gehe der den Regulierungsstellen

durch diesen unbestimmten Tatbestandsbegriff eingeräumte Beurteilungsspielraum zu weit. Entscheidend für die Einbeziehung könnten nur direkte Einflüsse auf das Geschehen im Fernsehmarkt sein und nicht lediglich temporäre, schwer qualifizierbare und prognostische Wechselwirkungen.

Auch die vertikalen Verflechtungen werden nach dieser Auffassung mit dem Instrumentarium des Wettbewerbsrechts ausreichend erfasst. Anhand der Prüfung der Marktstellung eines Unternehmens könne die Verbindung mit vor- und nachgelagerten Märkten im Rahmen einer Gesamtschau hergestellt werden. Die Feststellungen, auf welchen benachbarten Märkten die betroffenen Unternehmen bedeutsame Stellungen einnehmen und welche Auswirkungen diese auf die Stellung auf dem untersuchten Markt zeitigen, würden daher in die Bewertung mit einfließen.

### Erfordernis einer medienpezifischen Konzentrationsregelung

Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist jedoch – so die Argumentation der Gegenansicht – an einen Aufgreifbestand gebunden, es muss zunächst ein Zusammenschluss zwischen Unternehmen nach den Vorschriften der Fusionskontrolle vorliegen. Die Tatbestände reichen von dem klassischen Kontrollerwerb, über die gemeinsame Kontrolle, den Vermögenserwerb oder den Erwerb von Teilen des Vermögens, die Einräumung von Nutzungsrechten bis zu Verbindungen, durch die ein Unternehmen einen wettbewerblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben kann. Damit erfasse das allgemeine Wettbewerbsrecht nur ein sogenanntes externes Wachstum, das interne Wachstum eines Unternehmens könne nicht berücksichtigt werden, es sei denn über die Regelungen zum Missbrauch einer beherrschenden Stellung. Vorherrschende Meinungsmacht sei aber auch als Folge internen Wachstums nicht hinnehmbar.

Aufgrund der Verfassungsaufträge habe ein Konzentrationsrecht im Medienbereich präventiv einzugreifen, um im Sinne der Schaffung einer (Rundfunk-) Ordnung die Entstehung von Meinungsdominanz zu verhindern. Wie dargestellt, könne das allgemeine Wettbewerbsrecht nur im Nachhinein, also nur reaktiv als Korrektiv eingesetzt werden. Eine Reduzierung auf die Instrumente der (wettbewerbsrechtlichen) Missbrauchsaufsicht würde die Medienaufsicht in die Gefahr einer publizistischen Missbrauchskontrolle führen und somit einen Konflikt mit dem verfassungsrechtlichen Zensurverbot in sich bergen.

Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht könne auch unter Einbeziehung der *essential facilities*-Doktrin<sup>21</sup> die im Medienbereich besonders virulenten Fragen der Zugangsansprüche nicht lösen. Denn die eher von einem ökonomischen Standpunkt abgeleitete Theorie erfasse nicht die herausragende Bedeutung des Zugangs zu (publizistischen) Verbreitungswegen für Medien, da beispielsweise trotz vermeintlicher ökonomischer Rechtfertigung der Verweigerung eines Zugangs zu einem Verbreitungsweg die positive Medienordnung und die Sicherung der Meinungsvielfalt den Zugang gebieten könnten. Dies ergebe sich insbesondere vor dem Hintergrund der Bronner-Entscheidung<sup>22</sup> des EuGH. Danach müsse hinsichtlich des „tatsächlichen“ Ersatzes für die Tätigkeit des zu verpflichtenden Wettbewerbers im allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsrecht keine vollständige Gleichwertigkeit vorliegen. Vielmehr kann der Bewerber unter Umständen auf eine für ihn weniger günstige Ersatzmöglichkeit verwiesen werden. Letztlich schränkten die Anforderungen, die der EuGH an die Zumutbarkeit der Nutzung möglicher Alternativen stellt, den Anwendungsbereich dieser *essential facilities*-Doktrin für die Zugangsproblematik stark ein.<sup>23</sup>

Im Ergebnis ließe sich das Problem der vertikalen Konzentration, die aufgrund der Möglichkeit einer vielfachen Vermarktung einer Programmproduktion, des gesicherten Zugriffs auf Programmressourcen und nicht zuletzt durch die Vermeidung von sogenannten *bottleneck*-Situationen<sup>24</sup> durch die Teilhabe an Verbreitungswegen für (Medien-) Unternehmen von besonderem Interesse und damit auch von besonderer Gefährlichkeit ist, allein durch die Instrumente des allgemeinen Wettbewerbsrechts nur unzureichend lösen. Durch das Medienkonzentrationsrecht dagegen ließe sich der *essential facilities*-Gedanke eher rundfunkspezifisch ausformen. Oberstes Ziel einer derartigen Regelung könne und müsse sein, Veranstaltern und Rezipienten einen angemessenen, nichtdiskriminierenden und chancengleichen Zugang zu infrastrukturellen Einrichtungen und Diensten zu ermöglichen, der

insbesondere bei der digitalen Verbreitung von Rundfunkprogrammen unverzichtbar sei.<sup>25</sup>

Die Feststellung der Marktbeherrschung im allgemeinen Kartellrecht setze zudem die Festlegung eines relevanten Marktes voraus. Daher müssen Marktmacht auf einem definierten Markt und eine generell verstandene Meinungsmacht nicht zwingend zusammenfallen. So betreffen das werbefinanzierte, frei-empfangbare Fernsehen und das Pay-TV unterschiedliche Märkte. Mit Blick auf die Zielvorstellung der Vielfaltssicherung sei diese rein wirtschaftlich geprägte Aufspaltung indes irrelevant. Im Kartellrecht werde im Bereich des Free-TV zudem der sachlich relevante Markt häufig über den Maßstab des Werbemarktes definiert. Das Bestehen eines Zuschauer-/Hörermarktes werde vor allem deshalb verneint, weil die Programme unentgeltlich empfangen werden und weil es insoweit an dem für einen Marktprozess wesentlichen Leistungsaustausch fehle.<sup>26</sup> Das Programmangebot sei aber lediglich das Mittel zum Zweck der Veräußerung von Kundenkontakten für Werbebotschaften. Zwischen Veranstaltern und Rezipienten müsse demzufolge eine finanzierungsunabhängige Austauschbeziehung angenommen werden. Anstelle von Geld erbringe der Rezipient gegenüber dem Veranstalter ein exklusives Zeitopfer. Der Aufwand, der von jedem Zuschauer mit der Rezeption eines beliebigen Fernseh-/Hörfunkkanals erbracht werde, liefere somit für die konzentrationsrechtliche Betrachtung einen geeigneten Maßstab, um gegen konzentrierte Entwicklungen einzuschreiten. Das vielfach angewendete Zuschaueranteilsmodell als Ansatzpunkt rundfunkspezifischer Konzentrationskontrolle sei damit dem Beteiligungsmodell oder anderen Ansätzen erst recht im digitalen Zeitalter überlegen.

Im allgemeinen Wettbewerbsrecht führt die Feststellung, dass durch einen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder eine solche verstärkt wird, nicht zwingend zu einer Untersagung dieses Zusammenschlusses. So kann als Gegengewicht von den Beteiligten der Nachweis erbracht werden, dass durch den Zusammenschluss auf anderen Märkten Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen entstehen, die die Nachteile einer Marktbeherrschung auf dem sachlich relevanten Markt überwiegen. Dabei sei jedoch die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen nicht notwendig mit einer Verstärkung der Meinungsvielfalt gleichzusetzen, so dass auch nicht-rundfunkspezifische Zielvorstellungen zu Lasten der Vielfalt den Ausschlag für eine Genehmigung geben könnten.<sup>27</sup>

Für die Befürworter einer medienspezifischen Konzentrationskontrolle stellt der kartellrechtliche Schutz des Wettbewerbs somit eine notwendige, nicht jedoch hinreichende Voraussetzung zur Verhinderung von Medien-Meinungsmacht dar.<sup>28</sup> So bestehe auch auf europarechtlicher Ebene eine Übereinstimmung, dass das Wettbewerbsrecht neben dem Medienkonzentrationsrecht anwendbar und das Wettbewerbsrecht zwar notwendig, aber nicht unbedingt ausreichend sei (Art. 21 Abs. 3 Fusionskontrollverordnung).

#### **Einfügung eines medienspezifischen Tatbestandes in das Kartellrecht**

Vorgeschlagen wird auch, das allgemeine Wettbewerbsrecht um einen medienspezifischen Tatbestand zu erweitern. So ließe sich dessen Effektivität im Hinblick auf die Zielvorstellung des Medienkonzentrationsrechts sachgerecht fortentwickeln. Ergänzend zu den branchenspezifischen und finanzierungsbestimmten Medienmärkten (Free-TV, Pay-TV) könne eine Abgrenzung eines weiteren sachlichen Marktes, eines übergreifenden Fernsehzuschauermarktes im oben angesprochenen Sinn, erfolgen.

Die o.g. systematischen Regelungsdefizite (internes Wachstum, vertikale Integration) blieben jedoch auch dann bestehen. Zudem habe insbesondere das deutsche Bundesverfassungsgericht für den Bereich des Presserechts entschieden, dass die Fusionskontrolle nur auf die ökonomischen Maßstäbe beschränkt, also streng inhaltsneutral ausgestaltet sei.<sup>29</sup>

#### **b) Kriterien einer Medienkonzentrationskontrolle**

Unabhängig davon, ob eine Einbindung des Medienkonzentrationsrechts in das allgemeine Wettbewerbsrecht möglich ist, sind Anforderungen an eine – gegebenenfalls auch bereichsspezifische – Konzentrationskontrolle zu diskutieren.

#### **Präzisierung der Zielbestimmung**

Der Auftrag an eine Medienkonzentrationsregelung müsse ausreichend präzise sein, da nur dann eine effektive Kontrolle möglich werde. Es bedürfe daher der Klärung, in welchem Umfang man dem in einer Vielzahl von Mitgliedstaaten mit Verfassungsrang ausgestatteten Ziel des Schutzes von Meinungsvielfalt und Pluralismus<sup>30</sup> im Spannungsverhältnis mit der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit Geltung verschaffen wolle.

#### **Relevante Märkte und Beurteilungsmaßstäbe**

Regulierung im Sinne einer Konzentrationskontrolle setzt voraus, dass die relevanten Märkte und die Marktbeteiligten genau definiert sind.

Im Hinblick auf das Zusammenwachsen von Internet und Rundfunk mit Hilfe der Breitbandkommunikation sind nach umstrittener Auffassung zukünftig sowohl das Internet als auch die Kabelnetze in die medienkonzentrationsrechtliche Betrachtung mit einzubeziehen. Dieser Schritt ergebe sich aus den der Netzwerkstruktur folgenden Problemen einer Kombination von Programmressourcen, Zugang zu den Übertragungs- bzw. Vertriebswegen und dem Zugang zum Empfänger. Diese Problematik der Breitbandkommunikation würde durch die Möglichkeit einer bereits präventiv wirkenden Strukturkontrolle wie dem Zuschaueranteilsmodell, das zu einem Medienrezipientenmodell<sup>31</sup> ausgebaut werden könnte, entschärft.

Das bisherige Modell knüpft an die Zuschaueranteile an, die der einzelne Sender innerhalb eines Jahres im Gebiet des gesamten Staates und über alle Übertragungsmedien erreicht (großräumiger und Übertragungsweg-übergreifender Ansatz). Durch die Liberalisierung auch der (digitalen) Kabelnetz-Infrastruktur verfügen die Netzbetreiber über einen erheblichen Spielraum bei der Netzbelegung. Nach einer Ansicht sprächen diese Gestaltungsspielräume – trotz der Erweiterung (und Ausdifferenzierung) des Programmangebots durch erhöhte Übertragungskapazitäten – bei der Beurteilung der Vielfaltssicherung für einen kleinräumigeren, auf das Gebiet der Kabelanlagen des jeweiligen Netzbetreibers bezogenen Maßstab als Anknüpfungspunkt. Denn die Bekämpfung von Meinungsmacht erfasse jedes Übertragungsmedium und lasse auch eine über die Auswahl der einzuspeisenden Programme durch den jeweiligen Netzbetreiber entstehende Vielfaltseinschränkung nicht zu.

Ob die Netzbetreiber selbst (neben den Veranstaltern nach jetziger Rechtslage) in das materielle Konzentrationsrecht einbezogen werden könnten, wurde kontrovers beurteilt. Ein Einbezug der Netzbetreiber sollte – unter Hinnahme des Systembruchs – allerdings erfolgen, wenn weiterhin die Bezugsgröße des gesamten Staatsgebiets gewählt werde.

Medienrelevante Märkte sollten nach weiterer Ansicht nur solche sein, die ähnlich dem Rundfunk auf eine suggestive Massenkommunikation angelegt seien, und nicht solche, die auf der Grundlage eines individuellen Abrufs funktionierten. Daher könne allenfalls bei einem zeitgleichen und inhaltlich unveränderten *streaming* von Fernsehprogrammen eine Einbeziehung individueller Abrufdienste gerechtfertigt sein, da in diesem Fall z.B. das Internet lediglich in seiner Funktion als (zusätzlicher technischer) Übertragungsweg für Rundfunkinhalte genutzt werde. Programmbegleitende Internetangebote der Sender nähmen dagegen eine unselbständige Hilfsfunktion im Rahmen der Zuschauerbindung wahr und könnten nicht als eigenständiger (substituierender) Markt angesehen werden. Als praktisches Problem stelle sich auch die Frage nach der Umrechnung der Webseiten-Besuche in zurechenbare Marktanteile, zumal noch nach der Herkunft der Nachfrager differenziert werden müsste.

Thematisiert wurde des Weiteren, ob sich die Probleme bei der Bestimmung des räumlich und sachlich relevanten Marktes nicht dadurch lösen ließen, dass zusätzlich oder hilfsweise an der Zugangsregulierung angesetzt würde. Während deren Bedeutung allgemeine Anerkennung fand, stellt die Zugangsregelung an sich nach einer Ansicht jedoch keine materielle Medienkonzentrationsregulierung dar. Die Bereiche der Zugangs- und der Konzentrationskontrolle dürften aber nach überwiegender Ansicht auch nicht als sich ausschließende *alia* verstanden werden, sondern seien jeweils komplementäre Instrumente.

### Kompetenzen der Regulierungsbehörden

Nach dem Vorbild der Fusionskontrolle des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)<sup>32</sup> soll nach einer Ansicht zu der präventiven Kontrolle der Medienkonzentration ein sogenanntes Vollzugsverbot hinzutreten, um bereits im Vorfeld künftiger Entwicklungen Vermachtungsstrukturen nicht entstehen zu lassen. Erfahrungen im Kartellrecht zeigten, dass Entflechtungen im Nachhinein nicht mehr effektiv durchgeführt werden könnten.

Für den Fall, dass ein derartiges Vollzugsverbot nicht implementiert werde, müsste der Regulierungsstelle die Kompetenz zugestanden werden, Dritten Sendezeit einzuräumen, Dienste-Anbieter zur Zusammenarbeit zu verpflichten und einzelne Bereiche aus Unternehmen loszulösen, wobei die Ermessensausübung so einzugrenzen wäre, dass eine Voraussehbarkeit/Transparenz gegeben sei.

### Europäische Ebene

Angesichts der sich vielfach herausbildenden staatenübergreifenden Medienunternehmen drängt sich die Frage nach einer europäischen Lösung auf. Die Ausgestaltung der geltenden Kompetenzverteilung<sup>33</sup> rückt das Konzept einer mit umfassenden Kompetenzen ausgestatteten europäischen Medienkonzentrationsbehörde in den Mittelpunkt der Diskussion. Neben der für allgemeine Wettbewerbsfragen zuständigen Europäischen Kommission könnte eine unmittelbar für die Sicherung der Meinungsvielfalt zuständige Behörde eingerichtet werden.

Dieser Lösung sind nach einer Ansicht im Wesentlichen zwei Argumente entgegenzuhalten:

So gebe es für die Errichtung einer solchen Behörde keine gemeinschaftsrechtliche Kompetenz. Gemäß Art. 3 b Abs. 1 EGV, dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung, sei für die Sicherung der Meinungsvielfalt der Gemeinschaft selbst keine ausdrückliche Ziel- oder Sachkompetenz zugewiesen. Aus dem Ziel des Binnenmarktes ließe sich allenfalls eine auf Einzelregelungen beschränkte Rechtsangleichungskompetenz, nicht jedoch die Errichtung einer allgemeinen, mit umfassenden Kompetenzen ausgestatteten EG-Behörde ableiten. Auch Art. 11 Abs. 2 der Grundrechte-Charta, wonach die Freiheit der Medien und ihre Pluralität geachtet werden sollen, bringe kein anderes Ergebnis.

Die Errichtung einer derartigen Behörde widerspreche auch gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen wie dem Rücksichtnahmegebot, dem Subsidiaritäts- und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, da es einen europäischen Pluralismus oder Vielfaltsgedanken nicht gebe. Der somit allein zu schützende mitgliedstaatliche Pluralismus ließe sich unmittelbarer und unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten auch sachgerechter durch die einzelstaatlichen Rundfunkordnungen schützen.

Um eine Verklammerung und Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Prüfungsmaßstäbe zu erreichen, sei der Gedanke eines dezentral organisierten Kooperations- und Konsultationssystems aufzugreifen und auch umzusetzen. Die Koordination zwischen den mitgliedstaatlichen Medienkonzentrationsbehörden und der Europäischen Kommission sei auch im Hinblick auf die Beteiligung ausländischer Investoren an den jeweiligen nationalen Fernsehveranstaltern, insbesondere bei der Prüfung der Beteiligungsverhältnisse, durch eine – auch formalisierte – gegenseitige Unterrichtung und Akteneinsicht auszubauen.

## 2. Länderübersicht

Das Medienkonzentrationsrecht wichtiger europäischer Staaten sowie die Praxis der europäischen Fusionskontrolle sind bereits ausführlich an anderer Stelle dargestellt worden, so dass hierauf verwiesen werden kann.<sup>34</sup> In der Diskussion der Teilnehmer um die Fortentwicklung des Konzentrationsrechts hat die Situation in der Schweiz eine besondere Beachtung erfahren, weshalb diese nachfolgend betrachtet werden soll.<sup>35</sup>

### Schweiz

Die Schweiz kennt derzeit keine sektorspezifische Medienkonzentrations-Regelung. Das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse ist in Art. 4 Abs. 3 (Definition), Art. 9 - 11 (Aufgreifkriterien) und Art. 32 - 38 (Prüfungsverfahren vor der Wettbewerbskommission) des Kartellgesetzes<sup>36</sup> sowie in der Verordnung über die Kontrolle von Unter-

nehmenszusammenschlüssen (VKU) geregelt.<sup>37</sup> Dem Missbrauchsprinzip entsprechend ist nur eine Meldepflicht bei Fusionen, jedoch nicht eine Bewilligungspflicht im eigentlichen Sinn vorgesehen. Die Wettbewerbskommission kann nach Eingang der Meldung das eigentliche Prüfungsverfahren einleiten und durchführen. Für Medienunternehmen sind die Werte der allgemeinen Kriterien (Art. 9 Abs. 1 KG), die eine Meldepflicht begründen, nach Art. 9 Abs. 2 KG auf ein Zwanzigstel herabgesetzt. Im Rahmen der Revision des KG ist in der Botschaft des Schweizerischen Bundesrates an das Parlament vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes dieser Passus des Art. 9 Abs. 2 KG jedoch gestrichen.<sup>38</sup> Die Wettbewerbskommission tendiert in ihrer Beurteilung von Zusammenschlüssen im Hinblick auf eine marktbeherrschende Stellung (Art. 10 Abs. 2 KG) dazu, den sachlich relevanten Markt aus Sicht der Nachfrager zu bestimmen (Art. 11 Abs. 1 VKU, Substituierbarkeit der Angebote). Im Bereich der Presse, die bislang vornehmlich Gegenstand von Prüfverfahren in der Schweiz war, hat die Wettbewerbskommission den sachlichen Markt eng gefasst und auf Printmedien oder gar Tageszeitungen beschränkt. Informations-sendungen des Rundfunks und des Internets wurden dabei nicht als substituierende Dienstleistungen erachtet. Die Wettbewerbskommission bezieht im Einzelfall neben den klassischen Elementen auch das Kriterium der Finanzkraft der beteiligten Unternehmen und den Aspekt des potentiellen Wettbewerbs ein.

Der am 20. Dezember 2000 vorgestellte Entwurf für ein revidiertes Radio- und Fernsehgesetz (RTVG-E)<sup>39</sup> sieht mit Art. 67 RTVG-E nun erstmals eine detaillierte sektorspezifische Vorschrift zur Medienkonzentration vor. Grund hierfür sind die in der Schweiz gegenwärtig auftretenden Konzentrationstendenzen<sup>40</sup> und eine Annäherung an das Recht der Mitgliedstaaten der EG. Eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt liegt danach insbesondere vor, wenn a) ein Programmveranstalter im relevanten Markt eine beherrschende Stellung oder b) ein Programmveranstalter oder eine andere im Radio- und Fernsehmarkt tätige Unternehmung eine beherrschende Stellung in einem oder mehreren medienrelevanten Märkten innehat. Bei Gefährdung der Meinungs- oder Angebotsvielfalt durch einen Programmveranstalter oder eine Unternehmung im o.g. Sinn können nach Art. 68 RTVG-E besondere Maßnahmen wie Einräumung von Sendezeit für Dritte, Anpassung von unternehmerischen und organisatorischen Strukturen des Unternehmens oder die Auslösung einzelner Unternehmensbereiche oder Beteiligungen aus dem Unternehmen ergriffen werden. Diese von der neu zu schaffenden Medienkommission auszuübenden (ordnungspolitischen) Maßnahmen gehen damit über die der Wettbewerbskommission nach allgemeinem Kartellrecht zustehenden Befugnisse hinaus.

## III. Fazit

Während für die konvergierenden Sektoren Medien, Telekommunikation und neue Dienste eine stärkere Vorgabe und Akzentuierung der Regulierungsziele durch die europäische Ebene festzustellen ist, die es erforderlich macht, nationale Interessen bereits bei der europäischen Rahmengesetzgebung einzubringen, stellt die Verlagerung der mit hohen materiellen Anforderungen versehenen Anliegen an die Medienkonzentrationskontrolle auf diese Ebene perspektivisch keine adäquate Lösung dar.

Folgerungen für die Struktur von Aufsichtsbehörden ergeben sich zuerst aus den mit der Medienregulierung und -kontrolle verfolgten Zielen. Hierbei wird der stärkeren Verzahnung sektorspezifischer Verfahren der Regulierung untereinander und mit solchen der allgemeinen Aufsicht der Vorrang vor einer inhaltlich umfassenden Zusammenführung der Aufgaben und Prozesse „unter einem Dach“ eingeräumt. Selbst bei den etablierten und jüngst neu eingerichteten konvergierenden Behörden zeigt sich eine grundsätzliche Trennung von Regulierungsaufgaben. Bei der Wahl der Regulierungsinstrumente ist ein breit gefächertes Spektrum an möglichen Maßnahmen, die dem Prinzip der Rechtssicherheit für die Beteiligten ebenso gerecht werden wie dem Anliegen einer effizienten und flexiblen Handhabung der Regelungsformen, von wesentlicher Bedeutung. Diesbezüglich erscheinen unterstützende und anleitende Maßnahmen der europäischen Institutionen wünschenswert. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Koordinierung und Kooperation zwischen nationalen Behörden, aber ebenso auf europäischer Ebene als Chance zur Bewältigung einzelmarktübergreifender Probleme.

- 1) Als Beispiele seien die Unternehmen Vivendi und AOL/Time-Warner genannt. Eine nähere Erläuterung der genannten Tendenzen findet sich im Grünbuch „Auf dem Weg zu einer dynamischen europäischen Volkswirtschaft – Grünbuch über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Kommunikationsgeräte“, KOM (87) 290, S. 19. Eine Erläuterung des Begriffs der „Konvergenz“ gibt das „Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie und ihren ordnungspolitischen Auswirkungen – Ein Schritt in Richtung Informationsgesellschaft“, KOM (97) 623, S. 1 ff.
- 2) Palzer/Hilger „Medienaufsicht an der Schwelle des 21. Jahrhunderts: Gestaltung und Kompetenzen der Aufsichtsbehörden im Zeichen der Konvergenz“, in: IRIS plus als Beilage zur IRIS 2001-8.
- 3) Siehe Lehofer „Die Regulierung der Infrastruktur im Lichte der Konvergenz“, Journal für Rechtspolitik 2000, S. 206.
- 4) So auch Schulz/Held „Regulierte Selbst-Regulierung als Form modernen Regierens“, Zwischenbericht Oktober 2001, S. C 2, abrufbar unter: <http://www.humanrights.coe.int/media/documents/Zwischenbericht.PDF>
- 5) Palzer/Hilger, a.a.O. (Fn. 2), S. 4 f.
- 6) Siehe hierzu instruktiv Palzer/Hilger, a.a.O. (Fn. 2), S. 5.
- 7) Ausführlich zu dieser Problematik McGonagle „Ist der für das Fernsehen geltende Rechtsrahmen auf die neuen Medien anwendbar?“, in: IRIS plus als Beilage zur IRIS 2001-6.
- 8) Das Weißbuch ist abrufbar unter <http://www.communications-whitepaper.gov.uk>. Dem Weißbuch gingen zahlreiche Stellungnahmen und Vorschläge der Beteiligten (Medienunternehmen, Regulierungsinstanzen, Interessensverbände etc) voraus, die unter [http://www.culture.gov.uk/creative/dti-dcms\\_comms-reform\\_submissions.html](http://www.culture.gov.uk/creative/dti-dcms_comms-reform_submissions.html) ebenfalls abrufbar sind.
- 9) Freund/Ruhle „Neuorganisation der Regulierung für Telekommunikation und Medien in Österreich“, MultiMedia und Recht 2001, S. 804.
- 10) Siehe Protokoll des Beirats für Internet und neue Medien beim Bundeskanzleramt vom 30. Oktober 2000, abrufbar unter: <http://www.bka.gv.at/bka/medien/binprotokoll20001030.htm>
- 11) Bundesgesetz betreffend die Telekommunikation (Telekommunikationsgesetz - TKG) vom 1. August 1997, zuletzt geändert durch Gesetz BGBl. I Nr. 32/2001 (Änderung in Kraft getreten am 1. April 2001).
- 12) Kritisch zu dieser Konstruktion Freund/Ruhle, a.a.O. (Fn. 8), S. 804, die eine Einschränkung der Integrität der Regulierungsbehörde fürchten, da diese die im Inhalt unterschiedlichen Regelungen des Kartellgesetzes und des TKG auf die Frage der marktbeherrschenden Stellung hätte anwenden sollen. Die Autoren legen zudem dar, dass durch die weiterhin vorgesehene Anwendung des Kartellrechts durch die Wettbewerbsbehörden widersprüchliche Entscheidungen zu befürchten gewesen wären. Möschel, „Ist das Verhältnis von TKG und GWB neu zu durchdenken?“, Kommunikation und Recht 2001, S. 619, hingegen fordert für das deutsche Recht eine Parallelität in der Rechtsanwendung von allgemeinem Wettbewerbsrecht und Telekommunikationsrecht.
- 13) Bundesgesetz über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria („KommAustria“) und eines Bundeskommunikationssenates (KommAustria-Gesetz – KOG), BGBl. v. 30. März 2001, Teil I S. 599.
- 14) Punkt 8.8, S. 80 des Weißbuches.
- 15) Das Weißbuch nennt hier beispielhaft u.a. den Verbraucherschutz, Zugang und Zusammenschaltung, Punkt 2.5.1, S. 19.
- 16) Darunter fielen z.B. Auflagen für vertikal integrierte Unternehmen, Regeln gegen unfaire Quer-Subventionen und Regeln, die die unzulässige Diskriminierung oder Bevorzugung eigener Unternehmensteile gegenüber Drittfirmen verbieten, Punkt 2.5.1, S. 19 des Weißbuches.
- 17) So sollen nach einem 3-Ebenen-Modell auf der ersten Ebene Basisbedingungen für alle Dienste aufzustellen sein (Werberegeln, Quotenregelungen und Festlegung des inhaltlichen Mindeststandards). Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk sollen in weiteren Ebenen das BAKOM die quantifizier- und messbaren Anforderungen (Sendung von Regionalproduktionen, Nachrichtenzeiten etc.) und Selbstregulierungsorgane die inhaltlich orientierten Ebenen (festgelegt in Charta und Statuten der Sender) desselben festlegen. Vgl. im Detail Punkte 5.5 - 5.11, S. 52 - 57 des Weißbuches.
- 18) Punkt 8.11, S. 82 Weißbuch.
- 19) P. Mailänder „Konzentrationskontrolle zur Sicherung von Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk“, Baden-Baden 2000, S. 45 ff.
- 20) Paetow „Die Anwendung der Fusionskontrolle des GWB im Bereich der elektronischen Medien“, in: „Konzentrationskontrolle im Rundfunk und wettbewerbliche Fusionskontrolle“, Berlin 2001, S. 20.
- 21) Ausführlich zu dieser Doktrin Weber/Dörr, „Digitale Verbreitung von Rundfunkprogrammen und Meinungsvielfalt“, Zürich 2001, S. 76 ff.
- 22) EuGH, C-7/97, Bronner./Mediaprint, Urteil vom 26. November 1998, Slg. 1998, I - 7791.
- 23) Scherer „Das Bronner-Urteil des EuGH und die essential facilities-Doktrin im TK-Sektor“, MultiMedia und Recht 1999, S. 318.
- 24) Zu dem Problem des Zugangs zu sog. *bottlenecks* siehe Hege, „Anforderungen des Wettbewerbs- und Medienrechts“, in: Roßnagel (Hrsg.) „Allianz von Medienrecht und Informationstechnik?“, Baden-Baden 2001, S. 45 ff; Helberger/Scheuer/Strothmann „Diskriminierungsfreier Zugang zu digitalen Zugangskontrolldiensten“, in: IRIS plus als Beilage zur IRIS 2001-2.
- 25) So auch Henle „Die Position der Landesmedienanstalten zum Verhältnis von Medienrecht und Kartellrecht“, in: „Konzentrationskontrolle im Rundfunk und Wettbewerbliche Fusionskontrolle“, a.a.O. (Fn. 20.), S. 66.
- 26) Paetow a.a.O. (Fn. 20), S. 13.
- 27) K. P. Mailänder, in: „Konzentrationskontrolle im Rundfunk und wettbewerbliche Fusionskontrolle“, a.a.O. (Fn. 20), S. 31.
- 28) Weber/Dörr a.a.O. (Fn. 21) weisen dem Kartellrecht nur in Bereichen, in denen keine speziellen medienkonzentrationsrechtliche Sicherungen existieren (wie bei der von ihnen angeführten vertikalen Integration), einen Beitrag zur Sicherung der Meinungsvielfalt zu.
- 29) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Januar 1988, BVerfGE 77, S. 346.
- 30) Zu den einzelnen Regelungen einer Reihe von Mitgliedstaaten siehe IRIS Spezial „Fernsehen und Medienkonzentration – Regulierungsmodelle auf nationaler und europäischer Ebene“, Straßburg 2001.
- 31) Eine ausführliche Erläuterung der Modelle findet sich in IRIS Spezial a.a.O. (Fn. 30), S. 2 f.
- 32) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1998, BGBl. I Nr. 59 vom 2. September 1998 S. 2546; zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. Juni 2001, BGBl. 2001 I Nr. 28 vom 25. Juni 2001, S.1149.
- 33) Auf die Kompetenzabgrenzung ausführlich eingehend Palzer/Hilger, a.a.O. (Fn. 2), S. 6 ff.
- 34) IRIS Spezial a.a.O. (Fn. 30).
- 35) Zur aktuellen Diskussion z.B. im Vereinigten Königreich siehe „Consultation on Media Ownership Rules“, abrufbar unter: [http://www.culture.gov.uk/PDF/media\\_ownership\\_2001.pdf](http://www.culture.gov.uk/PDF/media_ownership_2001.pdf)
- 36) Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995, zuletzt geändert am 1. April 1996.
- 37) Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996.
- 38) Botschaft des Schweizerischen Bundesrates an die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001; abrufbar unter: [http://www.evd.admin.ch/dynamic/dm/LOI\\_SUR\\_LES\\_CARTELS/D/MESSAGE/Botschaft\\_ueber\\_die\\_Aenderung\\_des\\_Kartellgesetzes\\_D.pdf](http://www.evd.admin.ch/dynamic/dm/LOI_SUR_LES_CARTELS/D/MESSAGE/Botschaft_ueber_die_Aenderung_des_Kartellgesetzes_D.pdf)
- 39) Der Entwurf ist abrufbar unter: <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/deutsch/aktuel/2.pdf>
- 40) Sidler „Übernahme der Belcom-Gruppe durch die Tamedia AG behördlich genehmigt“, IRIS 2001-10: 14.