

Schriften zu Kommunikationsfragen

Band 3

Presse und privater Rundfunk

Eine Auseinandersetzung insbesondere mit der verfassungsrechtlichen
Konzeption von Küblers „Medienverflechtung“

Rechtsgutachten

erstattet von

Prof. Dr. Peter Lerche



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

PETER LERCHE

Presse und privater Rundfunk

Schriften zu Kommunikationsfragen

Band 3

Presse und privater Rundfunk

Eine Auseinandersetzung insbesondere mit der verfassungsrechtlichen
Konzeption von Küblers „Medienverflechtung“

Rechtsgutachten
erstattet von
Prof. Dr. Peter Lerche



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Lerche, Peter:

Presse und privater Rundfunk: e. Auseinandersetzung insbesondere mit d. verfassungsrechtl. Konzeption von Küblers „Medienverflechtung“; Rechtsgutachten / erstattet von Peter Lerche. — Berlin: Duncker und Humblot, 1984.

(Schriften zu Kommunikationsfragen; Bd. 3)

ISBN 3-428-05583-7

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1984 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1984 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-05583-7

Vorbemerkung

Seit geraumer Zeit wird der Frage Aufmerksamkeit zudedacht, ob bzw. unter welchen Bedingungen der Presse Zugang zum Rundfunkbereich gewährt werden darf, muß, soll oder nicht gewährt werden sollte oder dürfte. Die Vorschläge namentlich der Monopolkommission¹ wie angesehener Autoren, etwa Mestmäckers², weisen vor allem auf erhebliche wettbewerbsrechtliche Beschränkungen. Unter Einbezug künftig möglicher struktureller Veränderungen betrachtet kürzlich Bullinger³ in umfassender Weise elektronische Medien als „Marktplatz der Meinungen“ und widmet sich insbesondere den verfassungsrechtlichen Grundfragen eines freien Zugangs der Presse und anderer privater Anbieter zu den elektronischen Medien. Mit wesentlich anderen Konsequenzen erörtert Kübler in seiner 1982 erschienenen hervorstechenden Arbeit „Medienverflechtung — Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Marktstrukturprobleme privaten Rundfunks“ die rechtliche Lage der Dinge. Sie erschöpft sich nicht in rechtsvergleichenden Darlegungen, die auch von anderen bekannten Autoren vorgelegt wurden⁴, plädiert letztlich für einen generellen Ausschluß der Presse vom privaten Rundfunk, erwägt aber auch weniger weitgehende Einschränkungen unterschiedlicher Art. In dieser Arbeit Küblers, die selbstverständlich große Beachtung gefunden hat, spielt infolgedessen der verfassungsrechtliche Aspekt eine maßgebliche Rolle.

Die vorliegende Untersuchung ist darauf beschränkt, sich mit diesem Aspekt im Grundsätzlichen auseinanderzusetzen. Weder werden rechtsvergleichende Erwägungen angestellt⁵ noch Fragen erörtert, die — wie

¹ Monopolkommission, Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen, Sondergutachten, 1981, abgedruckt in Hauptgutachten 1980/81, Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, 1982 (sowie etwa in Media Perspektiven 1981, 860). Aus dem früheren Material siehe etwa die sogen. Michel-Kommission, Bericht der Kommission zur Untersuchung der Wettbewerbsgleichheit von Presse, Funk/Fernsehen und Film, 1967 (BT-Drucks. V/2120).

² *Mestmäcker*, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, 1978, bes. S. 212 ff. Zur Begrenztheit des wettbewerbsrechtlichen Instrumentariums und der Gebotenheit marktstruktureller Vielfaltssicherungen (in der Linie Küblers) zuletzt *Brinkmann*, Media Perspektiven 1983, 677 ff.

³ *Bullinger* AÖR 108 (1983), 161 ff.

⁴ Siehe bes. etwa *Hoffmann-Riem*, Kommerzielles Fernsehen, 1981.

⁵ Zu Küblers rechtsvergleichenden Untersuchungen siehe etwa *Bullinger* aaO 163 mit Anm. 5.

z. B. die Probleme der Gesetzgebungskompetenz — als sekundär erscheinen oder ihrer Natur nach gesonderter umfassender Untersuchung bedürften. Verzichtet wird auch auf eine vorangehende Gesamt-Referierung der Arbeit Küblers. Nicht nur ist seine bedeutsame Arbeit schon in eingehenden Besprechungen gewürdigt worden⁶; eine — zwangsläufig verkürzende und damit u. U. vergrößernde — Wiedergabe der Küblerschen Argumente vermöchte nicht die genaue Lektüre zu ersparen. Diese wird daher vorausgesetzt.

Die Arbeit geht auf einen Gutachtensauftrag des Bundesverbandes der Deutschen Zeitungsverleger e. V. zurück.

⁶ Namentlich seien genannt die umfangreichen Rezensionen von *R. Scholz AfP 1983, 261 ff.* und von *Degenhart* (erscheint demnächst im AÖR).

Inhaltsübersicht

A. Das Petitum Küblers	11
1. Drei Stufen erwogener Maßnahmen	11
2. Als rechtspolitische Forderungen?	
Als verfassungsgebote Forderungen?	12
B. Verfassungsrechtliche Basis der Prüfung	14
1. Begrenzte Tragweite des Dritten Fernseh-Urteils	14
2. Grundsätzliche Organisationsweite des Gesetzgebers	15
3. Erstreckt sich diese Organisationsweite auch auf die Fülle denkbarer Kombinationen privatrechtlicher Lösungen mit Bindungen aus gesetzgeberisch definiertem (angeblichem) Gemeinwohl?	16
a) Die Verführungskraft der Bejahung dieser Frage	16
b) Mögliche Argumentationen	16
c) Konsequenzen	17
d) Als notwendige Grundlage der Küblerschen Konzeption	18
4. Kritik	19
a) Einräumung prinzipieller gesetzgeberischer Organisationsmacht als Ausfluß gesteigerter öffentlicher Verantwortung im Rundfunkbereich	19
b) Inwieweit erfaßt diese Organisationsmacht auch die Befugnis des Gesetzgebers, sich bei grundsätzlicher Privatisierung öffentlich-rechtlich orientierte Einwirkungen (Beschränkungen) vorzubehalten?	20
c) Notwendigkeit der Grenzziehung	21

d) Grenzen der Kombinationsmöglichkeiten zwischen Zulassung privaten Tätigwerdens und Bindungen aus öffentlich-rechtlich definiertem (angeblichem) Allgemeininteresse	21
e) Teilweiser Widerhall in Küblers eigenem Ansatz; aber mangelnde Konsequenz	23
f) Verbleibende Kombinationsmacht des Gesetzgebers wird nicht in Frage gestellt	24
g) Aber Notwendigkeit der Beachtung verfassungserzwungener Konsequenzen bei Privatisierung	25
h) Spiegelung dieses Sachverhalts in der judikativen Unterscheidung zwischen Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit und Grundrechtsbeschränkung	25
i) Wird der Weg zur Privatisierung beschritten, so verfügt der Gesetzgeber daher nicht mehr über eine grundsätzliche Optimierungskompetenz	26
j) Ausfluß des Prinzips der Verfassungskonsequenz aus organisatorisch gesetzten Grund-Vorgaben; gesetzgeberischer Zwang zur klarstellenden Entscheidung; „Unteilbarkeit“ der privaten Freiheit	27
5. Fazit	29
C. Konsequenzen für die Überprüfung der Einzelpostulate Küblers	30
1. Die rechtspolitischen Forderungen nach genereller Verwehrung der Verflechtung von Presseverlagen mit Rundfunkunternehmen	30
2. Kritik	30
a) Vorweg: Zurückweisung von Spezialargumenten	30
b) Die prinzipiell jedermann zustehende Zugänglichkeit zum Rundfunk im Falle seiner Privatisierung als Ausgangsprinzip	31
c) Grundsätzlich unabhängig von gesellschaftlichen, wirtschaftlichen u. a. privaten Einflußpositionen	32
d) Einfluß des Strukturwandels im Bereich elektronischer Medien?	33
e) Keine Rechtfertigung generellen Presseausschlusses in der gebotenen Abwehr von Meinungsmonopolen	34
f) Einklang mit dem Dritten Fernseh-Urteil; zu sonstigen Stimmen	34

3. Die Forderung nach einem sich auf jede räumliche Überschneidung von Presse- und Rundfunkmärkten erstreckenden Verflechtungsverbot	35
a) Inhalt und Konsequenzen dieser Forderung	36
b) Die behauptete Gefahrensituation aus entsprechenden „Verflechtungen“	36
4. Kritik	37
a) Konkrete Erforderlichkeit und Geeignetheit der Maßnahmen als Kriterium	37
b) Vorweg: Problematik einzelner Gefahrenbehauptungen	38
c) Bedeutung des Grundsatzes, daß die einzelnen großen Kommunikationsbereiche sowie der etwaige private Rundfunk je für sich in ihren verschiedenen Dimensionen dem Gebote hinreichenden Vielfaltsstandards entsprechen müssen	40
d) Insbesondere zu befürchteten Doppel-Effekten in Überschneidungsbereichen	42
e) Insbesondere zu Rundfunkgemeinschaftsunternehmen der Presse	43
f) Einfluß des Strukturwandels im Bereich elektronischer Medien?	44
g) Medienverflechtung als Medienkonzentration?	46
h) Zum Argument der Abschreckungswirkung gegenüber potentiellen anderen Anbietern; Verdrängungseffekte dieser Art als normale Struktur des privaten Marktes; einzubeziehen in die Grundentscheidung für oder gegen Privatisierung des Rundfunks	47
i) Verbleibende Regelungsmöglichkeiten geringer eingreifender Art, z. B. im Finanzierungsbereich; Bedeutung sachgerechter Reaktion auf neues Gefährdungspotential	49
5. Die Forderung, zumindest seien wettbewerbsrechtliche Fortbildungen — anknüpfend an das Instrumentarium der Presse-Fusionskontrolle — zu realisieren (wenn dies auch nicht ausreiche)	50
a) Die Postulate Küblers	51
b) Zur Einbettung in die allgemeinere Frage der medienpolitischen Instrumentalisierung des Wettbewerbsrechts	51

6. Kritik	52
a) Möglichkeiten und Grenzen dieser Instrumentalisierung	52
b) Allgemeine Folgerungen für die Frage gesetzgeberischer Regelungsbefugnisse im vorliegenden Gebiet; insbesondere zur Abweisung von Optimalitätsvorstellungen und zur Aktualisierung des Meinungs„marktes“	53
c) Konkretere Konsequenzen; insbesondere zur Legitimität einiger landesmedienrechtlicher Entwurfskonzepte	56
d) Fazit	58
D. Verbot der Presseprivilegierung	59
1. Allgemeines	59
2. Besonderheiten	60

A. Das Petitum Küblers

1. An den letztlich für die Formung seiner Postulate entscheidenden Stellen erwägt Kübler⁷ zunächst pressebezogene wettbewerbsrechtliche Fortbildungen, die über die Anknüpfung an örtlichen Alleinstellungen hinausgehen. Er beurteilt sie indes als unzureichend und überlegt daher in einer zweiten Stufe Regelungen, die ein Verflechtungsverbot auf jede räumliche Überschneidung von Presse- und Rundfunkmärkten erstrecken⁸. Auch in diesem Falle sollen sich jedoch Regelungsdefizite ergeben, so daß am Ende der Wunsch nach genereller Unterbindung der Verflechtung von Presseverlagen und Rundfunkunternehmen geäußert wird⁹.

Diese Erwägungen Küblers verstehen sich teils als rechtspolitische Forderungen, teils als verfassungsrechtliche (Mindest-) Gebotenheiten. Der präzise materiell-verfassungsrechtliche Gehalt der Aussagen Küblers erschließt sich allerdings nicht mühelos:

In der Zusammenfassung seiner Untersuchung beansprucht Kübler „Anhaltspunkte für den Verlauf der Grenze“ gegeben zu haben, „die das verfassungsrechtlich Gebotene von dem erheblich weiteren Kreis des rechtspolitisch Erwünschten trennt“¹⁰. Dieser Anspruch wird allerdings sofort relativiert durch den Hinweis, daß auch jene Anhaltspunkte nur vorläufig zu verstehen seien; definitive Beurteilungen ließen sich „nur auf der Basis der konkreten Bedingungen einzelner Vorhaben und Projekte abgeben“¹¹. Wie sehen aber diese also nur vorläufigen Anhaltspunkte aus? Sie werden ihrerseits nur sehr annähernd eingrenzend und negativ bestimmt.

Generell sei davon auszugehen, daß eine Inkompatibilitätslösung, die allein auf die lokale Alleinstellung abhebt, den verfassungsrechtlichen Mindestansprüchen nicht genüge; daher sei „das verfassungsgebotene Minimum“ im Umkreis einer Regelung zu suchen, die an die Voraussetzungen der (Presse-)Fusionskontrolle und damit an den Tatbestand der Marktbeherrschung anknüpft — dies indes genüge nur dann, wenn

⁷ aaO S. 103 f.

⁸ aaO S. 105.

⁹ aaO S. 105 f.

¹⁰ aaO S. 108 sub. 5.

¹¹ aaO S. 108 sub. 5.

damit dem von einem Verlegerkartell betriebenen Rundfunkgemeinschaftsunternehmen wirksam begegnet werden kann¹². An dieser Stelle scheint Kübler zugleich jene anvisierte Zäsur zwischen dem seiner Ansicht nach verfassungsrechtlich „Gebotenen“ und dem rechtspolitisch Erwünschten in etwa setzen zu wollen. Denn sowie er fortfährt, ist nunmehr nur noch von „gewichtigen publizistischen, medienstrukturellen und vor allem auch verfassungspolitischen Gründen“ die Rede, die für weitergehende Gestaltungen sprächen: nämlich für eine Regelung, „die den Verbund schon bei räumlicher Überschneidung der Märkte untersagt oder generell am Grundsatz strikter Trennung von Presse und Rundfunk festhält“¹³.

Sieht man ab von den damit freilich verbundenen Sonderproblemen der Werbefinanzierung und der Gesetzgebungszuständigkeiten, so ist mit diesen Bekundungen zugleich die Aufgabenstellung für die hiesige Untersuchung im Großen definiert; sie zielt auf die annähernde Erhellung des verfassungsrechtlich *Zulässigen*. Im Kreise des Zulässigen müßte sich nicht nur das verfassungsrechtlich Gebotene bewegen, sondern auch das rechtspolitisch angeblich Erwünschte, so es den Anspruch erhebt, ohne Verfassungsänderung realisiert werden zu können.

2. Im Einzelnen bleibt allerdings recht unklar, was zu dem verfassungsrechtlich Gebotenen und was zu dem rechtspolitisch Wünschenswerten in den Augen Küblers rechnen soll. Die Tugend vorsichtiger Beurteilungen komplexer Sachverhalte scheint hier gewisse notwendige Opfer an Präzision zu erzwingen. Dies nicht als Vorwurf gesagt, sondern als Analyse und Respekt vor Sachbedingtheiten.

Während z. B. der Grundsatz strikter Trennung von Presse und Rundfunk einerseits nur in die Reihe des verfassungspolitisch Wünschenswerten gerückt wird¹⁴, werden andererseits entsprechende Konsequenzen (keine Vereinigung des Potentials vor allem der Print- und der elektronischen Medien) im Zusammenhang eines für „unverzichtbar“ erklärten Regelungsansatzes genannt¹⁵; dies wird freilich wiederum dadurch abgeschwächt, daß Kübler gleichzeitig bemerkt, unerlässlich sei es zwar, bei der verfassungsgeborenen Zugangsregelung auf „cross-owner-ship“-Bestimmungen nicht zu verzichten, doch dürfte es im Augenblick kaum möglich sein, den Mindestinhalt dieser Bestimmungen definitiv von Regelungen abzugrenzen, die zwar rechtspolitisch zu empfehlen, aber deshalb noch nicht von der Verfassung zwin-

¹² aaO S. 108 sub. 4.

¹³ aaO S. 108.

¹⁴ aaO S. 108.

¹⁵ aaO S. 88.

gend vorgeschrieben sind¹⁶. Wer infolgedessen Küblers genaue Grenze zwischen verfassungsrechtlichem Minimalgebot und rechtlich Empfehlenswertem ausfindig machen wollte, dem verschleiert sich der Blick, und es entgleitet ihm das Handliche. Das darf indes unsere Anstrengung nicht lähmen, den von Kübler ungefähr abgesteckten Kreis des — nach seiner Ansicht — verfassungsrechtlich Zulässigen zu überprüfen; denn auch seine Darlegungen über das zumindest Empfehlenswerte haben implizit zur Voraussetzung, daß dieses verfassungsrechtlich beanstandungsfrei sei. Ist es dies?

¹⁶ aaO S. 89; anschließend schildert *Kübler* die Gründe für „diese Schwierigkeit, den Minimalumfang der für privaten Rundfunk unverzichtbaren Marktstruktur- und Wettbewerbsregelung zu bestimmen“.