

GUTACHTEN

Noerr

Noerr LLP
Brienner Str. 28
80333 München
Deutschland
T +49 89 286280
F +49 89 280110
www.noerr.com

zu

**Fragen der Sicherung der Meinungsvielfalt im Zusammenhang
mit einem möglichen Erwerb der Mehrheitsanteile der egoFM
Radio Next Generation GmbH & Co. KG durch Antenne Bayern**

erstellt durch

**Prof. Dr. Johannes Kreile
Rechtsanwalt**

am

21.11.2018

Alicante
Berlin
Bratislava
Brüssel
Budapest
Bukarest
Dresden
Düsseldorf
Frankfurt/M.
Hamburg
London
Moskau
München
New York
Prag
Warschau

I. Sachverhalt

Die Radio Next Generation GmbH & Co. KG verfügt über zwei Genehmigungen der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien zur Verbreitung des Hörfunkprogrammes egoFM. Die erste Lizenz betrifft die Genehmigung zur bundesweiten Verbreitung als Satellitenhörfunk und wird ergänzt um befristet zugewiesene UKW-Stützfrequenzen in München, Augsburg, Nürnberg, Regensburg, Würzburg, Fürth und Erlangen. Sie ist damit als ein privates UKW-Hörfunkprogramm in den genannten Regionen empfangbar und tritt in Konkurrenz zu den Sendern des Bayerischen Rundfunks, der Programme von Antenne Bayern und der zahlreichen Lokalradios in Bayern in den jeweiligen Verbreitungsgebieten.

Zum Zweiten verfügt die Radio Next Generation GmbH & Co. KG über eine landesweite Genehmigung zur Ausstrahlung ihres Programms in DAB.

An der Radio Next Generation GmbH & Co. KG ist mit 50,75 % der Gesellschaftsanteile die Radioblut GmbH & Co. Studiobetriebs KG, deren Gesellschaftsanteile wiederum von der Studio Gong GmbH & Co. Studiobetriebs KG in Höhe von 90,87 % und der Radio Gong 2000 Programmanbieter GmbH & Co. Hörfunk für München KG in Höhe von 9,13 % gehalten werden.

Die Radioblut GmbH & Co. Studiobetriebs KG beabsichtigt, ihre Gesellschaftsanteile an der Radio Next Generation GmbH & Co. KG auf Antenne Bayern GmbH & Co. KG zu übertragen. Die Antenne Bayern GmbH & Co. KG ist die Anbieterin des landesweiten Programms Antenne Bayern, welches über ihre Hörfunksender, die als landesweite UKW-Hörfunksenderkette ausgestaltet sind, ganz Bayern erreicht und der einzige landesweite UKW-Hörfunksender in Bayern ist. Antenne Bayern wird auch über DAB verbreitet. Sie tritt in Konkurrenz zu den bayerischen Lokalradios sowie den Programmen des Bayerischen Rundfunks.

Daneben betreibt Antenne Bayern auch das Programm Rockantenne, welches über UKW-Stützfrequenzen in den Verbreitungsgebieten München und Augsburg verfügt und darüber hinaus in Bayern über DAB empfangbar ist.

Der VBL Verband Bayerischer Lokalrundfunk e.V. hat uns mit der Prüfung der Frage beauftragt, ob sich negative Auswirkungen auf die Meinungsvielfalt und die Ausgewogenheit der Programmangebote in Bayern ergeben, die es angezeigt lassen, die Bestätigung der medienrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung durch die Bayerische Landeszentrale für neue Medien nicht zu erteilen.

II. Medienrechtlicher Ausgangspunkt

Maßgebliche Bestimmungen des Bayerischen Mediengesetzes für die Sicherung der Meinungsvielfalt sind die Regelung des Art. 25 im Rahmen des Organisationsverfahrens sowie Art. 26 zu Fragen der Genehmigungsfähigkeit eines Angebotes.

1. Die Regelung des Art. 25 Abs. 5 BayMG

Nach Art. 25 Abs. 5 BayMG soll ein in hohem Maße ungleichgewichtiger Einfluss auf die Bildung der öffentlichen Meinung im Versorgungsgebiet ausgeschlossen werden, Art. 25 Abs. 5 Satz 2 beinhaltet eine entsprechende Vermutensregelung. Die Formulierung des Gesetzes lautet wie folgt:

„Niemand darf durch seine Beteiligung an Rundfunkprogrammen in einem in hohem Maße ungleichgewichtigen Einfluss auf die Bildung der öffentlichen Meinung im Versorgungsgebiet (vorherrschende Meinungsmacht) erhalten. Die vorherrschende Meinungsmacht wird vermutet, wenn neben den Rundfunkprogrammen, an denen ein Anbieter beteiligt ist, nicht mindestens ein weiteres, vergleichbar meinungsrelevantes Rundfunkprogramm eines anderen Anbieters im überwiegenden Teil des Versorgungsgebietes zu empfangen ist.“

Art. 25 Abs. 5 Satz 3 regelt Vorkehrungen, die vorherrschende Meinungsmacht verhindern können, dazu zählen u. a. eine gesellschaftsrechtliche Zusammensetzung, die keinem Gesellschafter einen beherrschenden Einfluss auf die Organe der Gesellschaft ermöglicht – was bei der Radioblut GmbH & Co. Studiobetriebs KG mit 50,75 % der Anteile und den Regelungen des Gesellschaftsvertrages nicht gegeben ist – oder Stimmrechtsbeschränkungen in Programmfragen oder die Einrichtung eines Programmbeirates, der vorliegend nicht vorgesehen ist.

2. Die Regelung des Art. 25 Abs. 2 BayMG zur Programmvielfalt

Nach Art. 25 Abs. 2 BayMG ist die Bayerische Landeszentrale für neue Medien bei der Organisation lokaler und regionaler Rundfunkprogramme verpflichtet, darauf zu achten, dass die Programmvielfalt gewährleistet ist. Sie hat weiterhin auf tragfähige wirtschaftliche Rahmenbedingungen zu achten.

Sowohl die Regelung zur Programmvielfalt wie auch die Beachtung tragfähiger wirtschaftlicher Rahmenbedingungen durch die BLM haben den Sinn, Meinungsvielfalt zu gewährleisten.

3. Art. 26 BayMG Genehmigungsfähigkeit von Hörfunkprogrammen

Nach Art. 26 Abs. 1 Ziff. 3 genehmigt die Bayerische Landeszentrale für neue Medien die Verbreitung eines Hörfunkangebotes nur dann, wenn zu erwarten

ist, dass die Gesamtheit der im jeweiligen Versorgungsgebiet empfangbaren Rundfunkprogramme bei Einbeziehung der erwarteten Beiträge des Anbieters den Erfordernissen der Ausgewogenheit und Meinungsvielfalt nach Art. 4 BayMG genügen wird.

4. Art. 4 BayMG Ausgewogenheit des Gesamtangebots

Art. 4 BayMG¹ definiert die Ausgewogenheit und die programmbezogenen Anforderungen an die Meinungsvielfalt wie folgt:

„Die nach diesem Gesetz in Bayern verbreiteten Rundfunkprogramme in ihrer Gesamtheit tragen zur Unterrichtung, Bildung, Kultur und Unterhaltung bei und müssen die bedeutsamen politischen, weltanschaulichen und gesellschaftsrechtlichen Gruppen angemessen zu Wort kommen lassen. Die Gesamtheit der Rundfunkprogramme eines Versorgungsgebietes darf nicht einseitig eine Partei, eine Interessengruppe oder eine Weltanschauung begünstigen.“

Adressatin der Verpflichtungen aus Art. 4 BayMG ist die BLM.

5. Widerruf der Genehmigung gemäß Art. 26 Abs. 4 Satz 2 BayMG

Nach Art. 26 Abs. 4 Satz 2 BayMG kann die Genehmigung auch widerrufen werden, wenn sich die Inhaber und Beteiligungsverhältnisse eines Anbieters seit Erteilung der Genehmigung maßgeblich verändert haben und nachteilige Auswirkungen auf die Ausgewogenheit und Meinungsvielfalt zu besorgen sind.

III. Nachteilige Auswirkungen auf die Ausgewogenheit und Meinungsvielfalt

Die Sicherung der Meinungsvielfalt gehört zu den tragenden Säulen einer pluralen Rundfunkordnung und findet ihren Kern in der Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Gefährdungen der Meinungsvielfalt sind frühzeitig entgegenzuwirken, da – so das Bundesverfassungsgericht – eine einmal erfolgte Fehlentwicklung nicht mehr korrigiert werden kann². Um zu überprüfen, ob der beabsichtigte Anteilserwerb von egoFM durch Antenne Bayern negative Auswirkungen auf die Vielfalt und Ausgewogenheit hat, also ob unter medienkonzentrationsrechtlichen und sonstigen Gesichtspunkten eine Gefährdung der Meinungsvielfalt zu besorgen ist, werden zunächst die Grundzüge des Gebots zur Vielfaltssicherung dargestellt.

¹ Art. 4 Satz 3 betrifft die Sicherung der Meinungsvielfalt in bundesweit verbreiteten Fernsehprogrammen und ist insoweit hier nicht von Relevanz.

² Vgl. BVerfGE 95, 163, 172.

1. Die Definition der Meinungsvielfalt

Die Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG garantiert, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet und der private Rundfunk auf diese Weise umfassende Informationen liefert.³ Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ist nicht nur ein subjektives Abwehrrecht, sondern beinhaltet den Gewährleistungsauftrag des Staates für die Vielfalt der individuellen und kollektiven Meinungsbildung zu sorgen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG muss der Staat eine positive Ordnung schaffen, welche sicherstellt, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet.⁴

Der Rundfunk darf als dienende Freiheit⁵ und als Instrument der Meinungsbildung weder dem Staat noch einer gesellschaftlichen Gruppe ausgeliefert sein.⁶ Die Natur des Rundfunks macht ihn mit seiner Breitenwirkung, Suggestivkraft und Aktualität besonders relevant für die Meinungsbildung. Er übermittelt Informationen und Meinungen anderer und ist mithin ein Medium des gesellschaftlichen Kommunikationsprozesses. Andererseits ist der Rundfunk Faktor der öffentlichen Meinungsbildung, indem er eigene Auffassungen vertritt und dem Einzelnen oder gesellschaftlichen Gruppen Gelegenheit zu einer meinungsbildenden Einflussnahme gibt.

Die Rundfunkfreiheit ist kein Grundrecht, das seinem Träger zum Zweck der Persönlichkeitsentfaltung und Interessenverfolgung eingeräumt ist, sondern dient primär der freien und öffentlichen Meinungsbildung. Dies kann nur gelingen, wenn der Rundfunk frei, umfassend und wahrheitsgemäß informiert. Der Staat ist dabei Garant für eine umfassende Rundfunkfreiheit,⁷ indem er positiv dafür sorgen muss, dass sich innerhalb der Gesellschaft eine freie öffentliche Aussprache entwickeln kann. Erforderlich ist nicht die Herstellung einer arithmetischen Gleichheit von Meinungsrichtungen und bei marginalen Ungleichheiten von geringer Bedeutung ist ein Einschreiten des Staates noch nicht geboten. Konkrete und ernsthafte Gefährdungen der Meinungsvielfalt müssen dagegen durch materielle, organisatorische und Verfahrensregelun-

³ Vgl. BVerfGE 73, 118, 164 – Niedersachsen.

⁴ Vgl. BVerfGE 73, 118, 164 – Niedersachsen.

⁵ Vgl. BVerfGE 87, 181, 197.

⁶ Vgl. BVerfGE 12, 205, 262

⁷ Vgl. BVerfGE 87, 181, 191.

gen behoben werden, sodass die Grundstandards der Meinungsvielfalt nicht unterlaufen werden.⁸

Die Meinungsvielfalt zu erhalten und zu sichern ist primäre Aufgabe des Rundfunkrechts. Meinungsvielfalt (oder auch Meinungspluralismus) beschreibt einen Zustand, in dem keine Meinung vorherrschend ist und somit keine vorherrschende Meinungsmacht besteht. Dafür müssen alle Meinungsrichtungen, auch die Meinungen von Minderheiten, im (privaten) Rundfunk Anklang finden und widerspiegelt werden. Darüber hinaus dürfen einzelne Veranstalter oder Programme keinen ungleichgewichtigen Einfluss auf die Bildung der öffentlichen Meinung nehmen. Ansonsten kann sich eine vorherrschende Meinungsmacht herausbilden und die verfassungsrechtlich gewährleistete Meinungsvielfalt gefährden. Eine vorherrschende Meinungsmacht kann unter anderem auch dann entstehen, wenn nur wenige Anbieter vorhanden sind. Wenn beispielsweise die anfängliche Vielzahl von Anbietern durch das Ausscheiden kleiner Veranstalter sich auf wenige große Veranstalter reduziert, private Anbieter sich zusammenschließen oder wenn ein Anbieter mehrere im Geltungsbereich eines Rundfunkgebietes empfangene Programme anbietet. Dabei ist nicht ausschließlich maßgebend, wer formell als Veranstalter auftritt. Ein ungleichgewichtiger Einfluss auf den Rundfunk kann auch gegeben sein, wenn ein Unternehmen einen oder mehrere Veranstalter rechtlich oder wirtschaftlich beherrscht oder erheblichen Einfluss auf die Programmgestaltung nimmt.⁹ Diese Grundsätze sind somit bei der geplanten Übernahme der Anteile durch Antenne Bayern bei einer Genehmigungsentscheidung der BLM zu berücksichtigen.

2. Verhinderung von Meinungsmonopolen

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verdeutlicht damit, dass die Rundfunkaufsicht eine plurale Rundfunkordnung zu gewährleisten hat, in der keine Situation eintreten darf, in der der Rundfunk einer oder einer einzelnen gesellschaftlichen Gruppe ausgeliefert wird während andere Gruppen möglicherweise vom Meinungsbildungsprozess ausgeschlossen werden oder ihre Teilnahme an diesem Meinungsbildungsprozess dadurch behindert oder erschwert wird, dass ihr Zugang zum Meinungsmarkt eingeschränkt wird.

Durch Entstehung von vorherrschender Meinungsmacht ist die Meinungsvielfalt gefährdet.¹⁰ Der Staat darf nicht erst Meinungsmonopole abwarten, sondern muss geeignete Vorkehrungen treffen, dass das Gesamtangebot der in-

⁸ BVerfGE 73, 118, 158 – Niedersachsen

⁹ BVerfGE 73, 118, 185 – Niedersachsen.

¹⁰ BVerfGE 73, 118, 185 – Niedersachsen

ländischen Programme der bestehenden Meinungsvielfalt im Wesentlichen entspricht und die Vielfalt der bestehenden Meinungen in größtmöglicher Breite, Vollständigkeit und möglichst ungekürzt abgebildet werden. Dabei obliegt es dem Gesetzgeber Tendenzen der Konzentration von Meinungen rechtzeitig zu erkennen und so wirksam wie möglich entgegenzutreten, da – so die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - Fehlentwicklungen in diesem Bereich nur schwer rückgängig gemacht werden können.

Für die Sicherung der Meinungsvielfalt ist es nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht ausreichend, nur die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in die Pflicht zu nehmen. Solange und soweit allerdings die Meinungsvielfalt durch den öffentlichen Rundfunk wirksam gesichert werden kann, müssen an die Breite des Programmangebotes und die Sicherung gleichgewichtiger Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk nicht gleich hohe Anforderungen wie an den öffentlich rechtlichen Rundfunk gestellt werden. Das liegt daran, dass der öffentliche Rundfunk über einen Beitrag finanziert wird, wohingegen die privaten Rundfunkanbieter sich hauptsächlich durch Werbung finanzieren und daher ihr Angebot nach der Popularität ausrichten müssen und gezwungen sind massenattraktive Angebote zu schaffen.¹¹ Allerdings genügt ein ausgewogenes und vielfältiges Angebot der öffentlich rechtlichen Rundfunkanstalten allein nicht um die verfassungsrechtlich gebotene Meinungsvielfalt zu gewährleisten. Erforderlich ist nach der Rechtsprechung des BVerfG auch die Vielfalt an privaten Anbietern damit der objektiv rechtlichen Ausprägung von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG genüge getan werden kann. Deutlich wird dies in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im fünften Rundfunkurteil (BVerfGE 74, 297). Hier führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass auch im lokalen und regionalen Bereich die Vertretung der dort bestehenden Meinungsrichtungen zu sichern sei – und zwar unabhängig davon, ob der öffentlich-rechtliche Rundfunk in diesem Bereich zur Grundversorgung¹² beiträgt. Noch deutlicher wird die Verpflichtung zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Bayerischen Teilnehmerentgelt.¹³ Wenn der Gesetzgeber – wie durch das Teilnehmerentgelt oder mittels einer Programmförderung Erlöse für den lokalen und regional/ landesweiten Rundfunk vorsieht, so muss er darauf achten, beziehungsweise sogar gesetzlich sicherstellen, dass bei den unterstützten Programmen auch die bestehende Vielfalt der Meinungen in gleichgewichtiger Weise zum Ausdruck kommt.

¹¹ BVerfGE 73, 118, 155 – Niedersachsen

¹² Vgl. BVerfGE 74, 297, 300 ff, wonach auch jenseits der Grundversorgung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk der Gesetzgeber grundsätzlich die freie Veranstaltung von Rundfunkprogrammen „zu gleichen Bedingungen“ zur Stärkung und Erweiterung des publizistischen Wettbewerbs und der Meinungsvielfalt zuzulassen hat.

¹³ Vgl. BVerfGE 114, 371.

3. Außenplurales Vielfaltsmodell

Ein hohes Maß an gleichgewichtiger Vielfalt kann zum einen dadurch geschehen, dass selbst ein Rundfunkangebot umfassend ist und die Möglichkeit bietet, verschiedenste Meinungsrichtungen (auch diejenigen von Minderheiten) widerzuspiegeln. Dies ist das binnenplurale Vielfaltsmodell, wie es beispielsweise in Ländern mit nur einem landesweiten Hörfunkprogramm existiert. Bayern hat sich jedoch mit seinem Modell des landesweiten und lokalen Rundfunks für ein außenplurales Vielfaltsmodell entschieden, indem die Meinungsvielfalt im Gesamtangebot aller lokalen (und landesweiten Programmen) gewährleistet wird. Bereits in der Begründung zum Entwurf des BayMG vom 24.11.1992¹⁴ hat der Gesetzgeber auch privaten Programmanbietern eine Bestands- und Entwicklungschance eingeräumt, die dem Ziel dient, „Bayern als Medienstandort im deutschen und europäischen Raum“ zu stärken „und die Vielfalt und Qualität kultureller, informativer und unterhaltender Rundfunkprogramme in und aus Bayern“ zu fördern. In der Grenze des Art. 111 a BV sollte daher unter dem Dach der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien ein außenplurales Vielfaltsmodell entstehen und gefördert werden. Art. 4 BayMG statuiert daher, dass die in Bayern verbreiteten privaten Rundfunkangebote „in ihrer Gesamtheit“ zur Unterrichtung, Bildung, Kultur und Unterhaltung beitragen. Wie wichtig die Ausgewogenheit des Gesamtangebotes ist, zeigt die amtliche Begründung zu Art. 4 BayMG,¹⁵ wonach die BLM die Vielfalt der Meinungen nicht nur in der pluralen Zusammensetzung eines Anbieters bewerten darf, sondern auf die Gesamtheit aller Rundfunkprogramme und deren Vielfalt abstellen muss. Es obliegt daher der BLM, im Rahmen der Lizenzerteilung auf die Vielfaltssicherung des Gesamtangebotes zu achten. Die Außenpluralität ist dann gefährdet, wenn einem Anbieter in diesem System eine Marktdominanz ermöglicht wird, die andere Marktteilnehmer dadurch gefährdet, dass – auch aus wirtschaftlichen Sachzwängen – diese mit ihrem Meinungsvielfaltsbeitrag nachhaltig beeinträchtigt werden.

Darüber hinaus ist essentiell für die gleichgewichtige Meinungsvielfalt, dass es verschiedene Veranstalter gibt. Wenn mehrere Betreiber mit einem oder mehreren Programmen unabhängig voneinander ein breites Programm- und Meinungsspektrum absichern, kommen dadurch verschiedene Meinungen und Ansichten zu tage und es ist gleichzeitig gewährleistet, dass kein Einzelner einen einseitigen, in hohem Maße ungleichgewichtigen Einfluss auf die Bildung der öffentlichen Meinung hat. Ein funktionierender Außenpluralismus fördert die Meinungsvielfalt. Gesetzliche Vorkehrungen zur Erhaltung der

¹⁴ GVBL S. 584 – abgedruckt bei *Bornemann u.a.*, Bayerisches Mediengesetz, 2.0.

¹⁵ Abgedruckt bei *Bornemann u.a.*, Bayerisches Mediengesetz, 2.4.

Meinungsfreiheit müssen umso effektiver sein, je weiter der private Rundfunk von einer funktionierenden Außenpluralität entfernt ist bzw. entfernt wird.

4. Die Definition der Ausgewogenheit

Ausgewogenheit des Angebotes ist dann gegeben, wenn keine vorherrschende Meinungsmacht herrscht.

Die Ausgewogenheit des Rundfunkangebotes oder auch die gleichgewichtige Meinungsvielfalt kann unvermeidlichen Schwankungen ausgesetzt und teilweise sogar gestört sein. Das liegt daran, dass sich nicht exakt bestimmen lässt, wann eine gleichwertige Meinungsvielfalt besteht. Ein idealer Zielwert für die Ausgewogenheit von Meinungen lässt sich immer nur annäherungsweise erreichen. Das gewählte Rundfunksystem muss allerdings in seiner Gesamtheit dem verfassungsrechtlich Gebotenen entsprechen, auch und gerade unter medienkonzentrationsrechtlichen Gesichtspunkten. Wenn ein Anbieter im Verbreitungsgebiet eine vorherrschende Meinungsmacht innehat, ist die Ausgewogenheit der Meinungen gefährdet.¹⁶ Eine vorherrschende Meinungsmacht besteht, wenn ein ungleicher Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung in einem hohen Maße besteht. Für das Ausmaß der Einflussnahme ist entscheidend, von welcher inhaltlichen Bedeutung das Ungleichgewicht ist sowie, ob ein Einzelfall vorliegt oder eine systematische, lang andauernde Einflussnahme gegeben ist.¹⁷

Die notwendige Ausgewogenheit des Gesamtprogramms soll durch die Pluralität in der Zusammensetzung der Anbieter gefördert werden. Die BLM mit ihrem gruppenpluralistisch zusammengesetzten Medienrat ist „Hüterin“ der Meinungsvielfalt und der Ausgewogenheit.¹⁸ Die Vielzahl von Anbietern gewährleistet ein hinreichendes Maß an Meinungsvielfalt, Ausgewogenheit und inhaltlicher Vielfalt. Da lokale Anbieter und somit örtlich verwurzelte Anbieter eher in der Lage sind, Informationsbedürfnisse in dem entsprechenden Versorgungsgebiet zu erkennen, zu befriedigen und bestehenden kulturellen Besonderheiten Ausdruck zu verleihen,¹⁹ ist es für die Erzielung eines ausgewogenen Gesamtsystems geboten, im Verbreitungsgebiet auf die Vielfalt des Angebotes zu achten. Auch kann die objektive Ausgewogenheit eines einzelnen Programms gestört sein, wenn sich die Gesellschafter desjenigen Programms, bei dem die gesellschaftsrechtliche Veränderung vorgenommen werden soll, hierüber nicht einig sind, weil sie befürchten, dass die Veränderung zu einer

¹⁶ Bornemann u.a., Bayerisches Mediengesetz, 2.1.25, Rn. 67.

¹⁷ Neder, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 21. Edition 01.08.2018, Rn. 12.

¹⁸ Bornemann u.a., Bayerisches Mediengesetz, 2.1.25, Rn. 35.

¹⁹ Bornemann u.a., Bayerisches Mediengesetz, 2.1.25, Rn. 45.

Beeinträchtigung der programmlichen Ausgewogenheit führt, die bisher der Programminhalt gewesen ist.

5. Die Beachtung tragfähiger wirtschaftlicher Rahmenbedingungen

Gemäß Art. 25 Abs. 2 BayMG achtet die BLM bei der Organisation von lokalen und regionalen Rundfunkangeboten auf tragfähige wirtschaftliche Rahmenbedingungen. Die Erreichung wirtschaftlicher Tragfähigkeit ist eine Voraussetzung für ein kontinuierliches qualitativ hochwertiges Programmangebot. Die Finanzierung und die Vielfaltsgewährleistung hängen untrennbar zusammen und bedingen sich gegenseitig. Es muss daher vermieden werden, dass Anbieter den Programmbetrieb nicht dauerhaft wirtschaftlich führen können.²⁰ Wenn beispielsweise durch Ausdehnung der Marktanteile des landesweiten Hörfunkangebotes lokale Sender vergleichsweise viel weniger Werbeeinnahmen erzielen können, bedeutet das, dass sie ihr Angebot primär auf kosteneffiziente Massenattraktivität beschränken müssen, was dann unmittelbar negative Auswirkungen auf die Meinungsfreiheit hat. Deswegen ist es für die Meinungsvielfalt essentiell, dass tragfähige wirtschaftliche Rahmenbedingungen bestehen.

IV. Übertragung auf den konkreten Einzelfall

1. Meinungsvielfalt im landesweiten und lokalen Rundfunk

Ein zugelassener Anbieter wie Antenne Bayern kann sich an einem weiteren Hörfunkprogramm nur dann beteiligen, wenn unter anderem die Voraussetzungen des Art. 25 Abs. 5 S. 2 BayMG erfüllt sind. Die BLM hat sicherzustellen, dass ausreichende Vorkehrungen gegen das Entstehen vorherrschender Meinungsmacht getroffen sind.²¹

Die verfassungsrechtlich gebotene Sicherung der Vielfalt erfordert, wie vorstehend gezeigt, dass Entstehung vorherrschender Meinungsmacht verhindert wird. Dies bedeutet den Ausschluss einseitigen, in hohem Maße ungleichgewichtigen Einflusses einzelner Veranstalter oder Programme auf die Bildung der öffentlichen Meinung (vgl. BVerfGE 73, 118, 160).

Einfach gesetzlich ist die Meinungsvielfalt in Art. 4 BayMG geregelt. Nach Art. 4 Satz 1 BayMG tragen die nach den Bayerischen Mediengesetz in Bayern verbreiteten Rundfunkprogramme in ihrer Gesamtheit zur Unterrichtung, Bildung, Kultur und Unterhaltung bei und müssen die bedeutsamen politischen,

²⁰ Vgl. *Bornemann u.a.*, Bayerisches Mediengesetz, 2.1.25, Rn. 38 f.

²¹ Vgl. *Bornemann u.a.*, Bayerisches Mediengesetz, 2.1.25, Rn. 80.

weltanschaulichen und gesellschaftlichen Gruppen angemessen zu Wort kommen lassen. Nach Art. 4 Satz 2 BayMG darf die Gesamtheit der Rundfunkprogramme eines Verbreitungsgebietes nicht einseitig eine Partei, eine Interessengruppe oder eine Weltanschauung begünstigen.

Mit der Festlegung auf Ausgewogenheit und Meinungsvielfalt statuiert Art. 4 BayMG fundamentale Anforderungen an die Rundfunkprogramme, die auf der Grundlage des BayMG verbreitet werden (so Bornemann u. a., Bayerisches Mediengesetz, Kommentar, Art. 4 Rn. 1). Art. 4 BayMG ist – worauf Bornemann (a.a.O.) zu Recht hinweist – eine Grundregel, die sowohl bei Zulassungsentscheidungen als auch im laufenden Sendebetrieb zum Tragen kommt. Daher wird sie für einzelne Anwendungsbereiche, wie beispielsweise bei der gesellschaftsrechtlichen Veränderung in den Art. 25 Abs. 4 Satz 3 oder 26 Abs. 1 Satz 1 BayMG ergänzt und präzisiert.

Da Adressat der Verpflichtung aus Art. 4 die Bayerische Landeszentrale für neue Medien als Veranstalterin der Programme ist, ist sie auch für die Umsetzung der gesetzlichen Verpflichtung zur Ausgewogenheit und Vielfaltssicherung verpflichtet. Das Gesetz verlangt dabei Meinungsvielfalt und Ausgewogenheit nicht von jedem einzelnen Programm, sondern von der Gesamtheit der auf das BayMG gestützten Programme, die in Bayern bzw. in einem Verbreitungsgebiet ausgestrahlt werden (vgl. Bornemann, a.a.O., Art. 4 Rn. 12).

Da sich die Medienlandschaft verändert hat, ist die Meinungsmacht nicht isoliert zu betrachten. Vielmehr ist, worauf die amtliche Begründung zum Entwurf des Änderungsgesetzes des Bayerischen Mediengesetzes vom 12.07.2016, BayLT-Drs. 17/9548, deutlich hinweist, nicht nur der Einfluss durch ein einzelnes Rundfunkprogramm zu betrachten, sondern eine Gesamtbetrachtung aller Hörfunkprogramme erforderlich. Dabei ist auf das Verbreitungsgebiet abzustellen. Im konkreten Einzelfall bedeutet dies, dass bei der Gesamtbetrachtung die relevanten Hörfunkangebote des Medienbereiches in die Betrachtung miteinzubeziehen sind.

Dabei handelt es sich zunächst um die drei Säulen der bayerischen Hörfunklandschaft, nämlich den Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch die Programme des Bayerischen Rundfunks sowie des Deutschlandradios, der privaten landesweiten Programme wie Antenne Bayern und Rock Antenne sowie der bayerischen Lokalrundfunkangebote. Die öffentlich-rechtlichen Programme können aber Vielfaltsdefizite im privaten Rundfunk nicht ausglei-

chen²² und bleiben daher unter dem Meinungsvielfaltsgesichtspunkt außer Betracht.

Art. 25 Abs. 5 Satz 1 BayMG definiert vorherrschende Meinungsmacht dahingehend, dass diese vorherrschende Meinungsmacht als in hohem Maße ungleichgewichtiger Einfluss auf die Bildung der öffentlichen Meinung im Versorgungsgebiet definiert. Vorliegend ist das Versorgungsgebiet, welches im Falle eines Erwerbes der Mehrheit an egoFM ausgelöst würde, das gesamte Versorgungsgebiet Bayern mit seinen landesweiten und lokalen Programmen, da das Ziel der Pluralität die Ausgewogenheit in jedem Verbreitungsgebiet verlangt. Im Verbreitungsgebiet wäre diese Ausgewogenheit nicht mehr gegeben, wenn ein Programm wie egoFM mit seinen terrestrischen UKW-Stützfrequenzen und seiner DAB Verbreitung vom selben Anbieter verbreitet würde wie das einzige landesweite UKW-Programm Antenne Bayern und das mit Stützfrequenzen ausgestattete Programm Rockantenne mit seiner weitgehenden Abdeckung von Bayern.

Für den Begriff des „Einflusses in hohem Maße“ ist entscheidend, dass das mögliche Ungleichgewicht, durch das der einseitige Einfluss droht, nicht nur ein Einzelfall ist, sondern zu einer systematischen, langandauernden Einflussnahme führt (vgl. hierzu Bornemann, Bayerisches Mediengesetz, BayMG Art. 25, Rn. 68).

2. Programmlicher Wettbewerb

Systematische, langandauernde Einflussnahmen bestehen zunächst im Bereich des programmlichen Wettbewerbes. Der programmliche Wettbewerb wird dadurch beschränkt, dass nach einem Erwerb der Mehrheit von egoFM durch Antenne Bayern die Möglichkeit hat, eine unterschiedliche Programmstrategie mit drei Angeboten (Antenne Bayern, Rock Antenne, egoFM) zu fahren, die die Märkte weiter ausdifferenziert und damit Nischenangeboten des lokalen Rundfunks, die ihre Relevanz aus der Eigenständigkeit der jeweiligen Angebote beziehen können, angreift. Antenne Bayern hat im Juli 2018 voraussichtlich eine Tagesreichweite von 28,4%, die Rock Antenne eine Tagesreichweite von 3,6%. Mit dem derzeitigen Marktanteil von egoFM mit 5,3% würde der Marktanteil der Programmangebote von Antenne Bayern auf 37,3% steigen und würde darauf zum dominanten Player in Bayern aufsteigen und seine Marktposition weiter ausbauen. Im landesweiten Angebot würde sich eine Monopolsituation herausbilden. Dies hätte dann auch Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wettbewerb.

²² Vgl. Bornemann u.a., Bayerisches Mediengesetz, Art. 4, Rn. 17.

3. Wirtschaftlicher Wettbewerb

Ein weiterer Gesichtspunkt der systematischen, langandauernden Einflussnahme besteht in einer Beschränkung der Vermarktungsmöglichkeiten für das bayerische Lokalradioangebot. Während der Bayerische Rundfunk aufgrund des Bayerischen Rundfunkgesetzes in dem Umfang der Werbezeit beschränkt ist, ermöglicht ein Erwerb von egoFM Antenne Bayern eine weiter ausdifferenzierte Vermarktung der Programmangebote und damit einen langandauernden Wettbewerbsvorteil bei der Programmvermarktung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass derzeit egoFM nicht von Antenne Bayern vermarktet wird. Gerade Kombiangebote, nicht nur für marktstarke nationale Werbetreibende sondern insbesondere für den lokalen und regionalen Werbemarkt können bei einer Vermarktung über Antenne Bayern Potential von Werbung vom Lokalradio abziehen und damit die Finanzierungsquellen des lokalen Rundfunks beeinträchtigen.

Die Finanzierungsquellen des privaten lokalen Hörfunks sind aber wesentliche Grundlage, um im lokalen Bereich ein meinungsvielältiges Programmangebot zu schaffen. Nach Art. 25 Abs. 2 BayMG besteht für die Bayerische Landeszentrale für neue Medien die Verpflichtung, bei der Organisation der lokalen und regionalen Rundfunkangebote auf tragfähige wirtschaftliche Rahmenbedingungen zu achten. Wenn also durch eine Genehmigung des Erwerbs der Mehrheit an egoFM ein Eingriff in den bayerischen Rundfunkmarkt erfolgt, die zu einer Marktverschiebung führt, beeinträchtigt dies die Ausgewogenheit des Gesamtangebotes in Bayern. Die Genehmigung bedeutet für den landesweiten Hörfunk eine deutliche Verbesserung, für den lokalen Rundfunk eine deutliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen. Im Rahmen eines Organisationsverfahrens – und dazu zählt die Änderung der Beteiligungsverhältnisse bei egoFM – muss neben der Programmviefalt als abstrakten Aspekt der Meinungsviefalt auch auf die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und damit auf die wirtschaftlichen Auswirkungen im Rahmen der Ausgewogenheit geachtet werden. Verschlechterung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen führt regelmäßig zu einer Verschlechterung der Meinungsviefalt und Ausgewogenheit, da ein meinungsvielältiges Programm im Lokalrundfunk voraussetzt, dass die Angebote wirtschaftlich tragfähig sein können.

Weiterhin ist die Wettbewerbssituation auch gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk und hier den Programmen des Bayerischen Rundfunks zu beachten. Hinzuweisen ist hier auf die Entscheidung des Bayerischen Rundfunks, den ursprünglichen angestrebten Frequenzwechsel von „Puls“ auf UKW-Frequenzen und der Überführung von „Bayern 4 Klassik“ ausschließlich in den DAB-Bereich aufzugeben. Die Proteste des Lokalrundfunks und die auch wettbewerbsrechtlich geführten Prozesse gegen den Frequenzwechsel

haben deutlich gemacht, dass Puls ein unmittelbarer Angriff auf die wirtschaftliche Tragfähigkeit des Lokalrundfunks in Bayern darstellen würde und damit zu einer Verkürzung auch der Meinungsvielfalt führt, wohingegen von einem Programm wie „Bayern 4 Klassik“ keine Einschränkungen im Vermarktungsbereich des Lokalrundfunks zu erwarten war und ist. Es ist nicht auszuschließen, dass im Falle des Mehrheitserwerbs von egoFM durch Antenne Bayern der Bayerische Rundfunk zu dem Frequenzwechsel zurückkehrt, um den direkten programmlichen Wettbewerb mit Antenne Bayern auch für den inhaltlichen Bereich von egoFM aufzunehmen. Leidtragende wären in diesem Fall die bayerischen Lokalradios und damit die Ausgewogenheit der Angebote.

4. Binnenqualität von Antenne Bayern Art. 25 Abs. 6 BayMG

Nach Art. 25 Abs. 6 Satz 1 BayMG kann sich ein Anbieter eines Hörfunkprogrammes an weiteren entsprechenden Programmen, die im überwiegenden Teil des Versorgungsgebiets empfangbar sind, beteiligen, wenn mindestens ein Rundfunkprogramm eines anderen Anbieters für den überwiegenden Teil des Versorgungsgebietes genehmigt ist, es sei denn, es ist zu erwarten, dass er entgegen Abs. 5 vorherrschende Meinungsmacht erhalten würde.

Aufgrund der Stützfrequenzen können sowohl Rockantenne als auch egoFM im überwiegenden Teil des Versorgungsgebietes Bayern empfangen werden. Zur Sicherstellung der Meinungsvielfalt unter medienkonzentrationsrechtlichen Gesichtspunkten muss die BLM prüfen, ob durch die weitere Beteiligung – hier Antenne Bayern an egoFM – entgegen Art. 25 Abs. 5 BayMG keine vorherrschende Meinungsmacht entstehen würde. Die Regelung in Art. 25 Abs. 6 Satz 1 BayMG, wonach im Ergebnis sich ein Anbieter bei Vorhandensein auch eines anderen Rundfunkprogrammes grundsätzlich an allen weiteren Rundfunkprogrammen beteiligen darf, ist nach zutreffender Auffassung von Bornemann (Bornemann, a.a.O., Art. 25 Rn. 82) nur hinnehmbar, weil sie unter dem ausdrücklichen Vorbehalt steht, dass dadurch nicht zu erwarten ist, dass vorherrschende Meinungsmacht entsteht. Die Frage, ob vorherrschende Meinungsmacht entsteht, muss von der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien im Zulassungsverfahren im Einzelfall entschieden werden. Gelangt die Landeszentrale für neue Medien zu dem Ergebnis, dass Vorkehrungen keinen ausreichenden Erfolg versprechen, vorherrschende Meinungsmacht zu verhindern, muss die Zulassung des Anbieters zu jedem weiteren entsprechenden Rundfunkprogramm unterbleiben. Die Meinungsvielfalt wird nicht zuletzt dadurch bedroht, dass im Falle des Mehrheitserwerbs von egoFM, das aufgrund seiner Stützfrequenzen eine maßgebliche technische Verbreitung in Bayern besitzt, das Gesamtangebot von Antenne Bayern mit einer landesweiten UKW- und DAB-Verbreitung und mit der Rockantenne mit prägnanter

UKW-Verbreitung und komplett Bayern abdeckende DAB-Verbreitung Antenne Bayern marktbeherrschend ist.

Unter Berücksichtigung von wirtschaftlich tragfähigen Rahmenbedingungen für den Lokalrundfunk und einer Bedrohung der Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet Bayern spielt dann die Frage, ob Antenne Bayern selbst in sich ausgewogen ist, keine Rolle mehr. Es ist zutreffend, dass ein Aspekt zur Vorkehrung zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht die gesellschaftsrechtliche Zusammensetzung eines Anbieters ist, dies bedeutet aber nicht, dass die Meinungsvielfalt insgesamt im Versorgungsgebiet und die wirtschaftliche Tragfähigkeit aller Programmangebote keine Rolle mehr spielen müsste, wenn nur der Anbieter selbst in sich ausgewogen ist. Die Regelungen der Binnenpluralität eines Anbieters können nämlich nicht die Frage außer Kraft setzen, ob das Angebot im Versorgungsgebiet insgesamt unter Berücksichtigung einer gebotenen außenpluralen Meinungsvielfalt vorherrschende Meinungsmacht eines Anbieters verhindert. Je stärker die landesweit agierende Säule des privaten Rundfunks in Bayern ist, desto mehr Meinungsmacht entwickelt sie und schädigt daher im Gesamtmedienmeinungsmarkt Bayern die Wertigkeit des lokalen Rundfunks, die aber in einem außenpluralen Modell ebenso Berücksichtigung finden muss wie bei einem einzigen, landesweit agierenden Hörfunkprogramm deren binnenplural zusammengesetzte Gesellschafterstruktur.

V. Zusammenfassung

Bei einer im Zulassungsverfahren gebotenen Prüfung ist auf das Kriterium der Verhinderung vorherrschenden Meinungsmacht abzustellen. Sowohl unter medienkonzentrationsrechtlichen Gesichtspunkten gemäß Art. 25 Abs. 5 BayMG wie auch unter dem Gesichtspunkt der programmlichen Meinungsvielfalt nach Art. 4 BayMG und der Beachtung der wirtschaftlich tragfähigen Rahmenbedingungen für den privaten landesweiten und lokalen Hörfunk würde eine Genehmigung für den Anteils-erwerb des weiteren Angebots egoFM durch Antenne Bayern zu einer nachhaltigen Beeinträchtigung der Angebots- und Meinungsvielfalt sowie wirtschaftlichen Tragfähigkeit des Lokalradios führen. Die Möglichkeit eines abgestimmten Programm-mixes von drei Sendern mit hoher Gesamtreichweite im Versorgungsgebiet Bayern führt zur Verstärkung der Meinungsmacht von Antenne Bayern, die mit den Anforderungen an die Meinungsvielfalt nicht mehr in Einklang zu bringen wäre. Eine

nachhaltige Beeinträchtigung der verfassungs- und einfachgesetzlichen Vielfaltsge-
währleistung ist im Falle der Genehmigung des Mehrheitserwerbes bei egoFM
durch Antenne Bayern zu besorgen, sodass die Genehmigung zu versagen ist.

Noerr LLP



Prof. Dr. Johannes Kreile
Rechtsanwalt