

## Leitsätze:

1. Bei der Prüfung, ob durch eine Veränderung von Beteiligungsverhältnissen bei Fernsehveranstaltern vorherrschende Meinungsmacht entsteht, hat die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) die Wertung des Gesetzgebers in § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV zu beachten, dass ein Zuschaueranteil von weniger als 25 v.H. in der Regel als unbedenklich einzustufen ist. Ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV ist nur zulässig, wenn – erstens – dieser Schwellenwert nicht ganz erreicht wird und wenn – zweitens – besondere Umstände vorliegen, die die Beachtung des Schwellenwerts im Lichte der Ziele des Gesetzes offensichtlich unangemessen erscheinen lassen. Bei Ähnlichkeit mit einem der Regelbeispiele des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV darf die KEK die Wertung des Gesetzgebers, dass ein Zuschaueranteil von weniger als 25 v.H. in der Regel als unbedenklich einzustufen ist, nicht durch eigene Wertungen ersetzen.
2. Bonuspunkte für Fensterprogramme und Sendezeit für Dritte sind nach § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV vorab vom ermittelten tatsächlichen Zuschaueranteil abziehen und nicht erst im Rahmen der Gesamtbeurteilung der KEK zu berücksichtigen.

### Hinweis:

Zum Hintergrund: In dem vom BayVGH entschiedenen Fall ging es um die Frage, ob die Bayerische Landeszentrale für neue Medien (BLM) die Erteilung einer medienrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung wegen einer Veränderung der Beteiligungsverhältnisse der Axel Springer AG an der ProSiebenSat.1 Media AG zu Recht versagt hat. Eine medienrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung soll sicherstellen, dass keine vorherrschende Meinungsmacht eines Medienunternehmens entsteht. Der BayVGH gab der Klage statt, weil die für die BLM bindende Entscheidung der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), eine vorherrschende Meinungsmacht liege vor, rechtswidrig war.

Zu der Entscheidung ist eine Pressemitteilung auf der Homepage des BayVGH abrufbar: [http://www.vgh.bayern.de/BayVGH/documents/PM\\_Springer\\_20121502.pdf](http://www.vgh.bayern.de/BayVGH/documents/PM_Springer_20121502.pdf)



7 BV 11.285  
M 17 K 06.2675

*Großes Staats-  
wappen*

Verkündet am 15. Februar 2012  
Moras-Peschl  
als stellvertretende Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

## Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

\*\*\*\* \* \* \* \* \*

vertreten durch den Vorstand,

\*\*\*\*\* \* \* \* \* \*

- Klägerin -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte \*\*\*\*\* \* \* \* \* \*

\*\* \* \* \* \* \*

\*\*\*\*\* \* \* \* \* \*

gegen

**Bayerische Landeszentrale für neue Medien,**

\*\*\*\*\* \* \* \* \* \*

- Beklagte -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte \*\*\*\*\* \* \* \* \* \*

\*\*\*\*\* \* \* \* \* \*

beigeladen:

1. \*\*\*\*\* \* \* \* \* \*

vertreten durch den Geschäftsführer,

\*\*\*\*\* \* \* \* \* \*

2. \*\*\*\*\* \* \* \* \* \*

vertreten durch den Geschäftsführer,

3. \*\*\* \*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\* \*\*

\*\*\*\*\* \*\*

vertreten durch den Geschäftsführer,

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

bevollmächtigt zu 1 bis 3:

Rechtsanwälte \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

\*\* \*\* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

beteiligt:

**Landesanwaltschaft Bayern**

als Vertreter des öffentlichen Interesses,

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

wegen

Veränderung von Beteiligungsverhältnissen;

hier: Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 8. November 2007,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 7. Senat,  
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Häring,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Borgmann,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Schmeichel

aufgrund mündlicher Verhandlung vom 7. Februar 2012

**am 15. Februar 2012**

folgendes

**Urteil:**

- I. Das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 8. November 2007 wird abgeändert. Die Versagung der Genehmigung der Fortsetzung der Anbietertätigkeit der Beigeladenen durch den Bescheid der Be-

klagten vom 15. Mai 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. Juli 2006 war rechtswidrig.

- II. Die Kosten des Verfahrens im ersten Rechtszug und die im zweiten Rechtszug bis zur teilweisen Rücknahme der Berufung angefallenen Kosten werden gegeneinander aufgehoben.

Die nach der teilweisen Rücknahme der Berufung angefallenen Kosten trägt die Beklagte einschließlich der im zweiten Rechtszug angefallenen außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1 und der im dritten Rechtszug angefallenen außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1 und 2.

Im Übrigen tragen die Beigeladenen ihre außergerichtlichen Kosten jeweils selbst.

- III. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages abwenden, sofern nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand:**

- 1 Die Klägerin ist ein europaweit agierendes Medienunternehmen. Mit Schreiben vom 8. August 2005 meldete sie gemeinsam mit den Fernsehveranstaltern Sat.1 SatellitenFernsehen GmbH (Sat.1), ProSieben Television GmbH (ProSieben), Kabel eins K1 Fernsehen GmbH (Kabel 1), die Beigeladene zu 1, 9Live Fernsehen GmbH & Co. KG (9Live), die Beigeladene zu 2 und N24 Gesellschaft für Nachrichten und Zeitgeschehen mbH (N24), die Beigeladene zu 3 – allesamt direkte oder mittelbare Tochtergesellschaften der ProSiebenSat.1 (P7S1) Media AG – bei der beklagten Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM), der Medienanstalt Berlin-Brandenburg (MABB), der Landeszentrale für Medien und Kommunikation Rheinland-Pfalz (LMK) und der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) eine geplante Beteiligungsveränderung an und beantragte, deren medienrechtliche Unbedenklichkeit zu bestätigen. Mit der Übernahme von P7S1 verfolge sie das Ziel, das

Fernsehgeschäft als zweite strategische Säule des Unternehmens zu etablieren. Im Laufe des Verfahrens änderte die Klägerin die Anmeldung mehrfach ab (Schreiben vom 6.12.2005 und vom 5.1.2006).

- 2 Mit Beschluss vom 10. Januar 2006 stellte die KEK fest, die Klägerin würde nach dem Zusammenschluss unter Berücksichtigung ihrer Stellung auf den medienrelevanten verwandten Märkten, insbesondere im Pressebereich, über eine vorherrschende Meinungsmacht verfügen, die derjenigen eines Fernsehveranstalters mit einem Zuschaueranteil von 42 v.H. entspräche. Den Verzicht auf einen Sender mit hohen Zuschaueranteilen oder die binnenplurale Ausgestaltung eines großen Senders zur Vermeidung vorherrschender Meinungsmacht habe die Klägerin abgelehnt. Die geplanten Beteiligungsveränderungen könnten daher nicht als unbedenklich bestätigt werden.
- 3 Nachdem auch das Bundeskartellamt den Zusammenschluss mit Beschluss vom 19. Januar 2006 untersagt hatte, erklärte die Klägerin in einer Pressemitteilung vom 1. Februar 2006, die Pläne zur Übernahme nicht weiterzuverfolgen. Die ursprünglich von der Klägerin zur Übernahme vorgesehenen Anteile an P7S1 wurden Ende 2006 anderweitig veräußert. Die hierzu aufgrund eines Beschlusses der KEK ergangenen Genehmigungsbescheide der Beklagten vom 22. und 29. März 2007 sind bestandskräftig.
- 4 Die von der Beklagten angerufene Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) kam am 7. März 2006 mehrheitlich zu der Auffassung, der Antrag der Beklagten auf Aufhebung des KEK-Beschlusses habe sich durch die Aufgabe der Übernahmepläne in der Sache erledigt. Ihren Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des KEK-Beschlusses habe die Beklagte zurückgezogen. Ungeachtet dessen sei die KDLM der Auffassung, die von der KEK angewandte Bewertung sei in sich nicht schlüssig und halte einer rechtlichen Bewertung nicht stand.
- 5 Mit Schreiben vom 6. März 2006 zog die Beklagte die Klägerin als Beteiligte zum Verfahren hinzu und lehnte mit Bescheid vom 15. Mai 2006 die Genehmigung der Fortsetzung der Anbietertätigkeit der Beigeladenen nach Erwerb der von der P7S1-Media AG gehaltenen Anteile durch die Klägerin ab. Die Beklagte sei an den Beschluss der KEK gebunden. Den hiergegen von der Klägerin eingelegten Widerspruch wies die Beklagte nach Einholung einer Stellungnahme der KEK mit Widerspruchsbescheid vom 4. Juli 2006 zurück.

- 6 Mit Schreiben vom 14. Juli 2006 hat die Klägerin Klage beim Verwaltungsgericht München erhoben und beantragt, die Beklagte zu verpflichten, ihr eine medienrechtliche Unbedenklichkeitsbestätigung zu erteilen, hilfsweise die Beklagte zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten und weiter hilfsweise festzustellen, dass die Versagung der medienrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung rechtswidrig gewesen sei. Mit Urteil vom 8. November 2007 hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen. Die Verpflichtungsklage sei nach Erledigung der Hauptsache durch die anderweitige Veräußerung und die Bestandskraft der insoweit erlassenen Genehmigungsbescheide der Beklagten unstatthaft geworden. Die hilfsweise erhobene Fortsetzungsfeststellungsklage sei zwar wegen eines konkreten Weiterverfolgungsinteresses zulässig, aber unbegründet. Die Entscheidung der Beklagten, dass die geplante Beteiligungsveränderung zu vorherrschender Meinungsmacht der Klägerin führen könne, sei vom Beurteilungsspielraum der KEK gedeckt und nicht zu beanstanden.
  
- 7 Die vom Verwaltungsgericht zugelassene und von der Klägerin eingelegte, zuletzt auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheids und des Widerspruchsbescheids der Beklagten beschränkte Berufung hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 7. Juli 2009 zurückgewiesen. Die Klägerin habe weder unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr oder der Präjudizierung eines erneuten Übernahmehabens noch zur Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Bescheide. Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse sei auch nicht zur Rehabilitierung der Klägerin oder im Hinblick auf eine schwere Grundrechtsverletzung zu bejahen.
  
- 8 Mit Urteil vom 24. November 2010 hat das Bundesverwaltungsgericht die Sache unter Aufhebung des Beschlusses vom 7. Juli 2009 zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen. Die Klage sei als Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig. Der Klägerin, deren ursprüngliches Begehren auf Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung sich durch Aufgabe des Vorhabens und Rücknahme der Anmeldung erledigt habe, könne das erforderliche besondere Feststellungsinteresse an einer Sachentscheidung nicht abgesprochen werden. Die Entscheidung der Beklagten behindere die Klägerin beträchtlich in ihrer künftigen unternehmerischen Entfaltung. Sie habe nachvollziehbar dargelegt, dass das einstweilen gescheiterte Vorhaben für sie weiterhin von Interesse sei, müsse aber wegen der für sie ungünstigen Entscheidung der Beklagten damit rechnen, von

einem potentiellen Veräußerer schon gar nicht als ernsthafter Verhandlungspartner in Betracht gezogen zu werden. Daher habe sie ein berechtigtes Interesse daran, den in der Verweigerung der Unbedenklichkeitsbescheinigung liegenden Makel für zukünftige Fälle zu beseitigen. Das Bundesverwaltungsgericht könne allerdings auf der Grundlage der bisherigen tatsächlichen Feststellungen nicht zu Gunsten der Klägerin in der Sache entscheiden. Nach dem insoweit zwischen den Beteiligten nicht streitigen Sachverhalt hätte die Klägerin nach der beabsichtigten Übernahme die Zuschaueranteile des § 26 Abs. 2 Satz 1 und 2 des Rundfunkstaatsvertrags (RStV) nicht erreicht. § 26 Abs. 2 RStV sei zwar nicht als abschließende Regelung zu verstehen, enthalte jedoch Regelbeispiele mit Leitbildcharakter für die Auslegung der Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV. Der KEK komme bei der Feststellung, ob eine vorherrschende Meinungsmacht eintrete, ein Beurteilungsspielraum zu. Ob die KEK die Grenzen des Beurteilungsspielraums eingehalten oder überschritten habe, unterliege verwaltungsgerichtlicher Kontrolle. Zum insoweit nachzuprüfenden richtigen Gesetzesverständnis gehöre, dass die Regelbeispiele des § 26 Abs. 2 RStV es nur bei Vorliegen gewichtiger Gründe ermöglichen würden, vorherrschende Meinungsmacht auch dann anzunehmen, wenn die Zuschaueranteile des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV nicht ganz erreicht seien. Die indizielle Bedeutung der Regelbeispiele könne im Rahmen der Gesamtabwägung nur kompensiert werden, wenn sich der Einzelfall aufgrund individueller Besonderheiten vom Normalfall so deutlich abhebe, dass ein Festhalten an der regelmäßig vorgesehenen Rechtsfolge unangemessen erscheine. Bestehe eine Ähnlichkeit mit einem Regelbeispiel, sei es der KEK nicht erlaubt, eigene Wertungen an die Stelle der Wertungen des Gesetzgebers zu setzen. Die KEK sei zu einer freien Gesamtabwägung erst dann aufgerufen, wenn der Einzelfall Besonderheiten aufweise, die sich durch kodifizierte Regelbeispiele nicht angemessen erfassen ließen. Nur wenn die vom Gesetzgeber vorgegebene Eingriffsschwelle im Lichte der Ziele des Gesetzes offensichtlich unangemessen sei, könne § 26 Abs. 1 RStV im Rahmen einer Gesamtabwägung auch bei Unterschreitung der Schwellenwerte Anwendung finden.

- 9 Im daraufhin fortgesetzten Berufungsverfahren hat die Klägerin ausführen lassen, das Normverständnis der KEK sei beurteilungsfehlerhaft. Die KEK habe § 26 Abs. 1 RStV als eigenständigen und von § 26 Abs. 2 RStV unabhängigen Grundtatbestand verstanden und damit das Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 26 Abs. 1 und Abs. 2 RStV verkannt. Nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts sei ein Rückgriff auf § 26 Abs. 1 RStV nur möglich, wenn der Zuschaueranteil sehr dicht an den Schwellenwerten des § 26 Abs. 2 RStV liege. Außerdem müsse die KEK das

Vorliegen eines atypischen Falles konkret begründen. Beide Voraussetzungen seien vorliegend nicht erfüllt. Der Schwellenwert des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV sei mit einem Zuschaueranteil von 22,06 v.H. nicht nur geringfügig unterschritten. Außerdem hätte die KEK von ihrem berechneten Zuschaueranteil gemäß § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV bereits in einem ersten Schritt und nicht erst bei der späteren Gesamtbetrachtung fünf Prozentpunkte für Fensterprogramme und für Sendezeiten für Dritte in Abzug bringen müssen. Mit einem danach zugrundezulegenden Zuschaueranteil von 17,06 v.H. sei § 26 Abs. 1 RStV von vornherein nicht anwendbar. Unabhängig davon habe die KEK auch nicht ausreichend dargelegt, aufgrund welcher besonderen Umstände das Festhalten an den Schwellenwerten des § 26 Abs. 2 RStV offensichtlich unangemessen sei. Die von der KEK angeführten Gründe, namentlich der signifikante Zuschaueranteil von P7S1, die Aktivitäten der Klägerin in anderen Medienmärkten und die crossmediale Verflechtung, seien von den Regelbeispielen des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV erfasst und rechtfertigten daher keinen Rückgriff auf § 26 Abs. 1 RStV. Auch die nach Auffassung der KEK bestehende Marktbeherrschung der Klägerin auf mehr als einem medienrelevanten verwandten Markt lasse die Ähnlichkeit mit dem Regelbeispiel nicht entfallen und den Sachverhalt nicht als atypisch erscheinen. Allein die Beteiligung eines Fernsehveranstalters an einem konzentrationsrechtlichen Sachverhalt reiche nicht aus, um den Anwendungsbereich des § 26 Abs. 1 RStV zu eröffnen. Aufgrund der Ähnlichkeit mit den Regelbeispielen des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV dürfe die KEK die in den festgesetzten Schwellenwerten zum Ausdruck kommenden Wertungen nicht durch eigene Wertungen ersetzen. Auch das fehlerhafte und gegen Denkgesetze verstoßende Rechenmodell der KEK sei kein Ersatz für die erforderliche Darlegung solcher Umstände. Die KEK habe die Presse Märkte zu hoch gewichtet und andere fernsehnähe Märkte, auf denen die Klägerin nicht tätig sei, nicht berücksichtigt. Nur ein Prozent des Zuschaueranteils von P7S1 entfalle auf Spartenprogramme mit dem Schwerpunkt Information. Besonders meinungsrelevante Presseobjekte würden nicht zum Verlagsprogramm der Klägerin gehören. Abgesehen davon würde die Klägerin unter Berücksichtigung des Zuschaueranteils von P7S1 wegen der jeweils höheren Zuschaueranteile der öffentlich-rechtlichen Sender und der RTL-Gruppe keine vorherrschende Meinungsmacht erreichen. Die Gesamtabwägung der KEK ziele nicht auf die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht im Fernsehen ab, sondern auf die Verhinderung von vorherrschendem Einfluss in den Medien insgesamt oder in der Öffentlichkeit. Hierzu sei die KEK jedoch nicht berufen. Ihre Aufgabe beschränke sich auf eine rundfunkrechtliche Konzentrationskontrolle im bundesweiten Fernsehen. Im Übrigen verstoße die Versagung der medienrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, weil die

KEK das von der Klägerin zur Sicherung der Meinungsvielfalt angebotene Beiratsmodell unzureichend gewürdigt habe.

10 Die Klägerin beantragt,

11 das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 8. November 2007 abzuändern und festzustellen, dass die Versagung der Genehmigung der Fortsetzung der Anbietertätigkeit der Beigeladenen nach Erwerb der an der ProSiebenSat.1 Media AG gehaltenen Anteile durch die Klägerin durch Bescheid der Beklagten vom 15. Mai 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. Juli 2006 rechtswidrig war.

12 Die Beigeladene zu 1 schließt sich dem Antrag der Klägerin an.

13 Die Beklagte beantragt,

14 die Berufung zurückzuweisen.

15 Sie hat unter Bezugnahme auf zwei Stellungnahmen der KEK vorgetragen, diese habe sich mit ihrem Beschluss vom 10. Januar 2006 im Rahmen der Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts gehalten. Ziel von § 26 Abs. 1 RStV als Generalklausel und „Kernvorschrift“ sei es, zu verhindern, dass eine Gruppe in hohem Maß einseitig auf die öffentliche Meinung Einfluss nehmen könne. § 26 Abs. 2 RStV enthalte Regelbeispiele, sei aber nicht abschließend. Auch ein unterhalb der Schwellenwerte des § 26 Abs. 2 RStV liegender Zuschaueranteil könne zusammen mit anderen Faktoren zur Entstehung vorherrschender Meinungsmacht führen. Die KEK habe die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums eingehalten. Sie sei zur Berücksichtigung meinungsbildender Faktoren auf medienrelevanten verwandten Märkten bei der Konzentrationskontrolle berufen, wenn ein Fernsehveranstalter involviert sei. Ihr Beurteilungsspielraum umfasse auch die Frage, ob sich der Einzelfall aufgrund individueller Besonderheiten vom Normalfall so deutlich abhebe, dass die vom Gesetzgeber vorgegebenen Eingriffsschwellen offensichtlich unangemessen seien. Abgesehen davon, dass die Annahme eines atypischen Falles keineswegs zwingend voraussetze, dass ein Zuschaueranteil von 25 v.H. „nicht ganz erreicht“ werde, sei der Zuschaueranteil von P7S1 mit 22,06 v.H. nur geringfügig unter diesem Schwellenwert gelegen. Die vielfaltverstärkende Wirkung von Regional- und Drittfenstern gemäß § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV sei insoweit erst im Rahmen der Gesamtbetrachtung zu berücksichti-

gen. Die Besonderheit des vorliegenden Falls, die eine Gesamtabwägung ermögliche, liege in der Kombination von Einflüssen in Presse und Rundfunk. Die Klägerin verfüge im Bereich der überregionalen Straßenverkaufs- und Sonntagszeitungen und damit auf zwei medienrelevanten verwandten Märkten, die für die Meinungsbildung von zentraler Bedeutung seien, über eine überragende, marktbeherrschende und dominierende Stellung. Hierdurch sei sie in der Lage, bundesweite Tagesthemen zu setzen (Agenda-Setting) und Kampagnen durchzuführen (Kampagnenfähigkeit). Hinzu käme eine durchgehend beachtliche Stellung der Klägerin auf weiteren medienrelevanten Märkten wie Programmzeitschriften, Publikumszeitschriften und Online-Diensten. Durch den Zusammenschluss wäre somit erhebliches crossmediales Meinungsbildungspotential entstanden, das durch das Angebot der öffentlich-rechtlichen Anstalten nicht ausgeglichen werden könne. Die Meinungsmacht der Klägerin hätte nach der beabsichtigten Übernahme von P7S1 unter Berücksichtigung vielfaltverstärkender Umstände derjenigen eines Fernsehsenders mit einem Zuschaueranteil von 42 v.H. entsprochen. Damit wären die Schwellenwerte des § 26 Abs. 2 RStV weit überschritten und deren strikte Anwendung im Lichte des Normziels offensichtlich unangemessen gewesen. Allein die Einrichtung des von der Klägerin angebotenen Programmbeirats hätte die Entstehung vorherrschender Meinungsmacht nicht verhindert.

- 16 Die Landesadvokatur Bayern als Vertreterin des öffentlichen Interesses hat in Abstimmung mit der Bayerischen Staatskanzlei ausgeführt, erst in Kombination mit einer dominanten Stellung auf dem bundesweiten Fernsehmarkt sei eine Gesamtbeurteilung nach § 26 RStV möglich. § 26 Abs. 1 RStV werde durch Absatz 2 der Vorschrift abschließend konkretisiert. Der Gesetzgeber habe zur Schaffung von Rechtssicherheit mit dem Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag einen Wert von 25 v.H. als Schwellenwert festgelegt. § 26 Abs. 2 RStV umschreibe die Varianten, die der Gesetzgeber als Fälle vorherrschender Meinungsmacht ansehe. Eine enge Auslegung werde der Tatsache gerecht, dass mittelbar Grundrechte eingeschränkt würden.
- 17 Ergänzend wird auf die Akten der Beklagten und der KEK sowie auf die Gerichtsakten Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe:

- 18 Die zulässige, nach teilweiser Rücknahme (Schriftsatz vom 26.3.2009) nur noch hinsichtlich des Feststellungsantrags aufrechterhaltene Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 8. November 2007 ist begründet.
- 19 1. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist zulässig. Insbesondere hat die Klägerin ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheids der Beklagten vom 15. Mai 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. Juli 2006 (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO). Insoweit legt der Verwaltungsgerichtshof gemäß § 144 Abs. 6 VwGO seiner Entscheidung die rechtliche Beurteilung des Bundesverwaltungsgerichts im Revisionsurteil vom 24. November 2010 (BVerwGE 138, 186/190 ff.) zugrunde.
- 20 2. Die Versagung der Genehmigung der Fortsetzung der Anbietertätigkeit der Beigeladenen erweist sich auch unter Berücksichtigung der Ausführungen der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) im Berufungsverfahren als rechtswidrig. Der KEK kommt zwar bei ihrer für die Beklagte bindenden Einschätzung, ob durch die seinerzeit beabsichtigte Beteiligungsveränderung vorherrschende Meinungsmacht im Fernsehen entstanden wäre, grundsätzlich ein Beurteilungsspielraum zu. Sie ist jedoch bei ihrer Entscheidung vom 10. Januar 2006 nicht von einem richtigen Gesetzesverständnis ausgegangen und hat dadurch die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschritten.
- 21 a) Für die Prüfung, ob der Versagungsbescheid vom 15. Mai 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. Juli 2006 rechtswidrig war, ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Entscheidung der Beklagten zugrunde zu legen. Maßgeblich sind somit der Rundfunkstaatsvertrag (RStV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Juli 2001 (GVBl S. 502, BayRS 2251-6-S), der vor Bescheiderlass zuletzt durch den zwischen dem 8. und dem 15. Oktober 2004 unterzeichneten und zum 1. April 2005 in Kraft getretenen Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag (GVBl 2005 S. 27, 245) geändert wurde (im Folgenden RStV 2005), sowie die Satzung der Beklagten über die Nutzung von Fernsehkanälen nach dem Bayerischen Mediengesetz (Fernsehsatzung – FSS) vom 18. Dezember 2003 (StAnz Nr. 1/2004), vor Bescheiderlass zuletzt geändert durch Satzungen vom 15. Dezember 2005 (StAnz Nr. 51) und vom 1. Juni 2006 (StAnz Nr. 23).

- 22 Im bundesweit verbreiteten Fernsehen darf ein Unternehmen (natürliche oder juristische Person oder Personenvereinigung) in der Bundesrepublik Deutschland selbst oder durch ihm zurechenbare Unternehmen eine unbegrenzte Anzahl von Programmen veranstalten, es sei denn, es erlangt dadurch vorherrschende Meinungsmacht (§ 26 Abs. 1, § 39 Satz 1 RStV 2005). Haben die einem Unternehmen zurechenbaren Programme (§ 28 RStV 2005) nach den Ermittlungen der KEK (§ 27, § 36 Abs. 1 Satz 4 RStV 2005) bei Einleitung des Verfahrens im Durchschnitt der letzten zwölf Monate einen Zuschaueranteil von 30 v.H. erreicht, so wird vermutet, dass vorherrschende Meinungsmacht gegeben ist (§ 26 Abs. 2 Satz 1 RStV 2005). Gleiches gilt bei Erreichen eines Zuschaueranteils von 25 v.H., sofern das Unternehmen auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat oder eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 v.H. im Fernsehen entspricht (§ 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005). Bei der Berechnung des nach § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005 maßgeblichen Zuschaueranteils kommen vom tatsächlichen Zuschaueranteil zwei Prozentpunkte in Abzug, wenn in dem dem Unternehmen zurechenbaren Vollprogramm mit dem höchsten Zuschaueranteil Fensterprogramme gemäß § 25 Abs. 4 RStV 2005 aufgenommen sind; bei gleichzeitiger Aufnahme von Sendezeit für Dritte nach Maßgabe von § 26 Abs. 5 RStV 2005 kommen vom tatsächlichen Zuschaueranteil weitere drei Prozentpunkte in Abzug (§ 26 Abs. 2 Satz 3 RStV 2005).
- 23 Nach § 29 Satz 1 und 2 RStV 2005 haben der Veranstalter und die an ihm unmittelbar oder mittelbar Beteiligten jede geplante Veränderung von Beteiligungsverhältnissen oder sonstigen Einflüssen vor ihrem Vollzug bei der zuständigen Landesmedienanstalt schriftlich anzumelden. Diese darf die Veränderungen nur dann als unbedenklich bestätigen, wenn unter den veränderten Voraussetzungen eine Zulassung erteilt werden könnte (§ 29 Satz 3 RStV 2005).

- 24 Nach außen hin überprüft zwar die als Landesmedienanstalt im Sinne des Rundfunkstaatsvertrags (Art. 10 Abs. 1 Satz 3 des Bayerischen Mediengesetzes – BayMG) für die Beigeladenen zuständige Beklagte gemäß § 35 Abs. 1 RStV 2005 vor und nach der Zulassung die Einhaltung der für die privaten Veranstalter geltenden Bestimmungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt und trifft die jeweiligen Entscheidungen. Auch die Fortsetzung der Anbietertätigkeit nach Veränderung der beteiligten Anbieter bedarf gemäß § 24 Abs. 1 FSS der Genehmigung der Beklagten. Für die abschließende Beurteilung von Fragestellungen der Sicherung von Meinungsvielfalt im Zusammenhang mit der bundesweiten Veranstaltung von Fernsehprogrammen, insbesondere für die Prüfung solcher Fragen bei der Entscheidung über eine Zulassung oder Änderung einer Zulassung und bei der Bestätigung von Veränderungen von Beteiligungsverhältnissen als unbedenklich, sind jedoch die KEK und nach Maßgabe des § 37 Abs. 2 RStV 2005 die (inzwischen aufgelöste) Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) zuständig (§ 36 Abs. 1 RStV 2005). Die Beschlüsse der KEK sind gegenüber den anderen Organen der zuständigen Landesmedienanstalt bindend und deren Entscheidungen zu Grunde zu legen (§ 37 Abs. 1 Sätze 5 und 6 RStV 2005).
- 25 b) Zur Auslegung des § 26 RStV, insbesondere zum bis dahin umstrittenen Verhältnis der Absätze 1 und 2 (vgl. Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Rundfunkstaatsvertrag, Stand Dezember 2011, RdNr. 8 zu § 26; Holznagel/Grünwald in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Auflage 2011, RdNr. 6 zu § 26 RStV), hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, § 26 Abs. 2 RStV sei nicht als abschließende Regelung dahin zu verstehen, dass vorherrschende Meinungsmacht im Sinne des § 26 Abs. 1 RStV nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 RStV angenommen werden dürfe. Auch unterhalb des Schwellenwerts von 25 v.H. könne ein Bedürfnis bestehen, zum Schutz der publizistischen Vielfalt bzw. zur Vermeidung eines dominierenden Einflusses auf die freie Meinungsbildung in dem nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besonders sensiblen Bereich der Rundfunkordnung einzuschreiten. Allerdings würden die Regelbeispiele des § 26 Abs. 2 RStV für die Auslegung der sonst allzu vagen Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV für den Normalfall eine bestimmte Entscheidung des Normanwenders intendieren. Zum richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs gehöre, dass § 26 Abs. 2 RStV zwar nicht zwingend erfordere, dass die dort genannten Schwellenwerte für den Zuschaueranteil erreicht würden, aber Regelbeispiele enthalte, die es nur bei Vorliegen gewichtiger Gründe ermöglichten, eine vorherrschende Meinungsmacht im Sinne des § 26 Abs. 1 RStV auch dann anzunehmen, wenn die

Schwellenwerte nicht ganz erreicht würden. Diese indizielle Bedeutung der Regelbeispiele könne im Rahmen einer Gesamtabwägung nur kompensiert werden, wenn sich der Einzelfall aufgrund individueller Besonderheiten vom Normalfall so deutlich abhebe, dass ein Festhalten an der regelmäßig vorgesehenen Rechtsfolge unangemessen erscheine. Bestehe eine Ähnlichkeit mit einem Regelbeispiel, sei es dem Rechtsanwender nicht erlaubt, eigene Wertungen an die Stelle der Wertungen des Gesetzgebers zu setzen. Die KEK sei zu einer freien Gesamtabwägung erst dann aufgerufen, wenn der Einzelfall Besonderheiten aufweise, die sich durch kodifizierte Regelbeispiele nicht angemessen erfassen ließen. Die KEK habe danach die vom Gesetzgeber getroffene Wertung, dass ein Zuschaueranteil von weniger als 25 v.H. in der Regel als unbedenklich einzustufen sei, zu beachten. Nur wenn die vom Gesetzgeber vorgegebene Eingriffsschwelle im Lichte der Ziele des Gesetzes offensichtlich unangemessen sei, könne § 26 Abs. 1 RStV im Rahmen einer Gesamtabwägung auch bei Unterschreitung der Schwellenwerte Anwendung finden (BVerwG vom 24.11.2010, a.a.O., S. 193, 194, 196, 200).

- 26 c) Danach ist bei Unterschreitung der Schwellenwerte des § 26 Abs. 2 RStV 2005 ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV 2005 und damit eine Gesamtabwägung zur Verhinderung des Entstehens vorherrschender Meinungsmacht im bundesweiten Fernsehen nur in Ausnahmefällen unter folgenden kumulativen Voraussetzungen zulässig:
- 27 Erstens dürfen die von der KEK für den fraglichen Zeitraum ermittelten tatsächlichen Zuschaueranteile (§ 27, § 36 Abs. 1 Satz 4 RStV 2005) den Schwellenwert von 25 v.H. (§ 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005) nur knapp verfehlen. Nur wenn der Schwellenwert – wie das Bundesverwaltungsgericht mehrfach hervorhebt – „nicht ganz erreicht“ ist, kann eine Gesamtbeurteilung nach § 26 Abs. 1 RStV 2005 überhaupt in Betracht kommen. Zweitens muss die KEK besondere Umstände darlegen, die die Beachtung des gesetzlichen Schwellenwerts im Lichte der Ziele des Gesetzes offensichtlich unangemessen erscheinen lassen, die ihrem Gewicht nach den Regelbeispielen des § 26 Abs. 2 RStV entsprechen und die sich durch kodifizierte Regelbeispiele nicht angemessen erfassen lassen. Bei Ähnlichkeit mit einem Regelbeispiel darf die KEK die Wertung des Gesetzgebers, dass ein Zuschaueranteil von weniger als 25 v.H. in der Regel als unbedenklich einzustufen ist, nicht durch eigene Wertungen ersetzen.

- 28 Nur wenn beide Voraussetzungen (Schwellenwert lediglich knapp unterschritten und besondere, vom Gewicht her mit den Regelbeispielen vergleichbare, diesen aber nicht ähnliche Umstände) erfüllt sind, kann die Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV 2005 zur Anwendung kommen.
- 29 d) Ein anderes Normverständnis ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht geboten.
- 30 aa) Zwar ist die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht im Rundfunk nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgendes objektives Gebot und ein wichtiger Gemeinwohlbelang (z.B. BVerfG vom 16.6.1981 BVerfGE 57, 295/319, vom 4.11.1986 BVerfGE 73, 118/152, vom 18.12.1996 BVerfGE 95, 163/172 und vom 12.3.2008 BVerfGE 121, 30/63 f.). Der Gesetzgeber muss daher angesichts der Bedeutung der Meinungsvielfalt im öffentlichen und privaten Rundfunk für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung und der wegen seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft besonderen Bedeutung des Rundfunks unter den Medien dafür Sorge tragen, dass einseitiger, in hohem Maße ungleichgewichtiger Einfluss einzelner Veranstalter oder Programme auf die öffentliche Meinungsbildung durch Zusammenballung publizistischer Macht vermieden wird und dass eine gleichgewichtige Meinungsvielfalt im Gesamtangebot aller Rundfunkveranstalter gewährleistet ist. Vor dem Hintergrund der fortgeschrittenen und weiter fortschreitenden horizontalen und vertikalen Verflechtung auf den Medienmärkten betont das Bundesverfassungsgericht die Notwendigkeit einer rechtzeitigen und möglichst wirksamen präventiven Konzentrationskontrolle, weil eine nachträgliche Korrektur einmal eingetretener Fehlentwicklungen gerade gegenüber konzentrierter Meinungsmacht in ihren Erfolgsaussichten stark gemindert wäre (BVerfG vom 16.6.1981, a.a.O., S. 323, vom 4.11.1986, a.a.O., S. 160 und vom 18.12.1996, a.a.O., S. 172). Der Rundfunkgesetzgeber muss demnach auch Vorkehrungen dagegen treffen, dass sich vorherrschende Meinungsmacht aus einer Kombination der Einflüsse in Rundfunk und Presse ergibt.
- 31 Allerdings stehen der Aufgabe des Gesetzgebers zur Ausgestaltung der Rundfunkordnung und zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Rundfunk die unternehmerische Freiheit der Medienunternehmen (Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und 2 GG) und deren Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) gegenüber (vgl. BVerfG vom 12.3.2008, a.a.O., S. 55). Presseunternehmen ist der Zugang zum Rundfunk verfassungsrechtlich nicht verwehrt (BVerfG vom 4.11.1986, a.a.O., S. 175). Dem Gesetzgeber kommt

bei der Bestimmung und Gewichtung von Gefahren für die Verwirklichung der Rundfunkfreiheit und der Festlegung der für ihre Herstellung und Erhaltung zu wählenden Mittel ein weiter Gestaltungsspielraum zu (BVerfG vom 17.2.1998 BVerfGE 97, 228/267, vom 26.10.2005 BVerfGE 114, 371/387 und vom 12.3.2008, a.a.O., S. 50, 59 und 64). Diese Gestaltungsfreiheit endet erst dort, wo der Gesetzgeber zwingende Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG außer Acht lässt. Eine Verpflichtung des Landesgesetzgebers zu Vorkehrungen im Rahmen seiner Rundfunkgesetzgebung kann nur bestehen, soweit die Entstehung multimedialer Meinungsmacht zu Gefahren für die Meinungsvielfalt im Rundfunk zu führen droht. Solange neben dem oder den Programmen eines Presseunternehmens zumindest die Programme der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bestehen und im überregionalen Rahmen noch keine Pressemonopole entstanden sind, sondern auch hier noch Meinungsvielfalt besteht, kann dem Landesrundfunkgesetzgeber eine weitergehende Regelung verfassungsrechtlich nicht geboten sein (BVerfG vom 4.11.1986, a.a.O., S. 176).

32 bb) Zwar mögen zum Schutz der Meinungsvielfalt grundsätzlich auch andere Regelungsmodelle als das derzeit geltende in Betracht kommen. Dass die Staatsvertragsparteien und Landesgesetzgeber durch die getroffenen Regelungen, insbesondere durch das mit Erlass des Dritten Rundfunkänderungsstaatsvertrags eingeführte und mit dem Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag modifizierte Zuschaueranteilsmodell in § 26 Abs. 2 RStV ihren Auftrag zur Ausgestaltung der Rundfunkordnung und zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen nur unzureichend erfüllt hätten mit der Folge, dass eine verfassungskonforme Auslegung des § 26 Abs. 1 RStV 2005 im Sinne eines weiten, von den Regelbeispielen des § 26 Abs. 2 RStV 2005 weitgehend unabhängigen Anwendungsbereichs geboten wäre, ist jedoch nicht ersichtlich. Deshalb ist § 26 Abs. 2 RStV 2005 zwar nicht als abschließend zu verstehen, gibt jedoch über die dort geregelte Vermutung hinaus durch die Regelbeispiele mit Leitbildcharakter zu erkennen, dass das Zuschaueranteilsmodell mit den festgelegten Schwellenwerten auch aus Gründen der Rechtssicherheit und Planbarkeit für die Regelungsadressaten keinen weiten Anwendungsbereich der Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV 2005 zulässt.

33 cc) Auch aus der Revisionsentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich kein hiervon abweichendes Normverständnis. Zwar betont das Bundesverwaltungsgericht, auch unterhalb des Schwellenwerts von 25 v.H. könne ein letztlich aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG abzuleitendes Bedürfnis bestehen, zum Schutz der publizistischen Vielfalt bzw. zur Vermeidung eines dominierenden Einflusses auf die freie Meinungs-

bildung im Bereich der Rundfunkordnung einzuschreiten. Insoweit sei das Zuschaueranteilsmodell des § 26 Abs. 2 RStV 2005 nicht ausreichend, um eine von Verfassungs wegen gebotene effektive Medienkonzentrationskontrolle sicherzustellen (BVerwG vom 24.11.2010, a.a.O., S. 196). Diese Ausführungen dürfen jedoch nicht isoliert betrachtet werden. Vielmehr hebt das Bundesverwaltungsgericht – wie bereits ausgeführt – mehrfach hervor, der Normanwender müsse die indizielle Bedeutung der Regelbeispiele des § 26 Abs. 2 RStV 2005 beachten und dürfe bei Ähnlichkeit mit einem Regelbeispiel nicht eigene Wertungen an die Stelle der Wertung des Gesetzgebers setzen, wonach ein Zuschaueranteil von weniger als 25 v.H. in der Regel als unbedenklich einzustufen sei. Zum richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs, das den Beurteilungsspielraum der KEK begrenze, gehöre, dass § 26 Abs. 2 RStV 2005 zwar nicht zwingend erfordere, dass die dort genannten Schwellenwerte für den Zuschaueranteil erreicht würden, aber Regelbeispiele enthalte, die es nur bei Vorliegen gewichtiger Gründe ermöglichen würden, eine vorherrschende Meinungsmacht auch dann anzunehmen, wenn die Schwellenwerte „nicht ganz erreicht“ würden.

- 34 dd) Damit ist ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV 2005 nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zulässig. Denkbar ist ein solcher Rückgriff etwa dann, wenn der Zuschaueranteil im maßgeblichen Zeitraum (§ 27 Abs. 1 Satz 2 RStV 2005) zwar knapp unterhalb von 25 v.H. bleibt, es sich dabei aber erkennbar um einen Ausreißer nach unten handelt oder wenn absehbar ist, dass der Schwellenwert aufgrund einer kontinuierlichen Aufwärtsentwicklung in naher Zukunft überschritten wird. Dann erschiene es im Lichte der Ziele des Gesetzes in der Tat unangemessen, sehenden Auges die medienrechtliche Unbedenklichkeit einer Beteiligungsveränderung zu bestätigen, obwohl alsbald Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt gemäß § 26 Abs. 4 RStV ergriffen werden müssten. Vom Vorliegen solcher Fallgestaltungen abgesehen muss es aber bei den in § 26 Abs. 2 RStV festgelegten Eingriffsschwellen verbleiben, zumal die Regelungen primär dem Schutz der Meinungsvielfalt im bundesweiten Fernsehen dienen und nicht die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht in den Medien insgesamt bezwecken.
- 35 e) Gemessen daran erweist sich die Entscheidung der KEK in mehrfacher Hinsicht als beurteilungsfehlerhaft und damit rechtswidrig. Mit einem Gesamtzuschaueranteil der Programme von Sat.1, ProSieben, Kabel 1, N24 und 9Live von 22,06 v.H. in den letzten zwölf Monaten vor der Einleitung des Verfahrens war der in § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005 festgelegte Schwellenwert von 25 v.H. nicht nur geringfügig unter-

schritten (aa). Außerdem hätte die KEK für regionale Fensterprogramme und Sendezeiten für Dritte im Programm von Sat.1 nicht erst im Rahmen der Gesamtbeurteilung der Medienaktivitäten des Unternehmens nach der zu prüfenden Beteiligungsveränderung, sondern vorab einen Bonus durch Abzug vom tatsächlichen Zuschaueranteil gewähren müssen (bb). Unabhängig davon war die Gesamtbeurteilung auch deshalb beurteilungsfehlerhaft, weil die KEK keine besonderen Umstände dargelegt hat, die bei einem (knappen) Unterschreiten eines Zuschaueranteils von 25 v.H. ausnahmsweise die Annahme vorherrschender Meinungsmacht gerechtfertigt hätten (cc). Schließlich erscheint die Gesamtabwägung beurteilungsfehlerhaft, weil die KEK die Aktivitäten der Klägerin auf medienrelevanten verwandten Märkten zwar in fiktive prozentuale Zuschaueranteile umgerechnet, diese aber nicht in Relation zu einer aus den tatsächlichen Zuschaueranteilen im Fernsehen und den sonstigen medienrelevanten verwandten Märkten zu bildenden Bezugsgröße gesetzt hat (dd).

- 36 aa) Das Revisionsurteil des Bundesverwaltungsgerichts enthält keine näheren Ausführungen dazu, wann der Schwellenwert des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005 so weit unterschritten ist, dass ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV 2005 ausscheidet.
- 37 (1) Hinsichtlich dieser Frage kommt der KEK kein Beurteilungsspielraum zu. Die insoweit zu treffende Einschätzung ist nicht der eigentlichen medienkonzentrationsrechtlichen Bewertung im Rahmen der Prüfung zuzuordnen, ob vorherrschende Meinungsmacht anzunehmen ist. Vielmehr handelt es sich um eine im Vorfeld dieser Einschätzung vorzunehmende Prüfung, die gemäß Art. 19 Abs. 4 GG der uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die KEK aufgrund ihres Sachverstands und ihrer besonderen fachlichen Legitimation bei der komplexen Bewertung, ob vorherrschende Meinungsmacht vorliegt, über einen Beurteilungsspielraum verfügt (BVerwG vom 24.11.2010, a.a.O. S. 199), gelten für die hiervon zu unterscheidende Frage, ob ein festgestellter Zuschaueranteil den Schwellenwert von 25 v.H. „nicht ganz erreicht“, nicht in gleicher Weise. Es handelt sich dabei um eine Abgrenzungsentscheidung, die zwar ebenfalls eine Wertung enthält, die aber insoweit keine besondere fachliche Legitimation erfordert und bei der die gerichtliche Kontrolle keineswegs an ihre Funktionsgrenzen stößt. Die von den Gerichten ohne Weiteres nachzuvollziehende Einschätzung, ob der Schwellenwert von 25 v.H. nur knapp unterschritten ist, gehört damit nicht zum Beurteilungsspielraum der KEK.

- 38 (2) Nach den unstreitigen Feststellungen der KEK haben Sat.1, ProSieben und die Beigeladenen im maßgeblichen Zeitraum einen Gesamtzuschaueranteil von 22,06 v.H. erreicht. Das entspricht einem Anteil von weniger als neun Zehnteln (88,24 v.H.) des in § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005 festgelegten Schwellenwerts von 25 v.H. Dieser ist damit nicht nur knapp unterschritten.
- 39 Für die Frage, wann der Schwellenwert als „nicht ganz erreicht“ angesehen werden kann, ist auch von Bedeutung, dass das mit dem Dritten Rundfunkänderungsstaatsvertrag eingeführte Zuschaueranteilsmodell für eine Berücksichtigung von Aktivitäten auf medienrelevanten verwandten Märkten unterhalb der in § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV 2005 festgelegten Vermutungsgrenze von 30 v.H. zunächst keinen festen Schwellenwert vorsah, sondern die Möglichkeit einer solchen Berücksichtigung bei einer „geringfügigen Unterschreitung“ eröffnete (§ 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 1996, GVBl S. 480). Die Frage, ab wann von einer solchen geringfügigen Unterschreitung ausgegangen werden konnte, war in der Literatur höchst umstritten (vgl. dazu Trute in: Hahn/Vesting [Hrsg.], Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Auflage 2008, RdNr. 46 zu § 26 RStV, Holznapel/Krone, MMR 2005, 666/671 bei Fn. 44 und Holznapel/Grünwald in: Spindler/Schuster, a.a.O., RdNr. 13 zu § 26 RStV m.w.N.). Die KEK selbst hat insoweit in ihrem Beschluss vom 16. Februar 1998 (Az. KEK 008 – 012, S. 12 f., <http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek008bis012cltufa.pdf>) die Auffassung vertreten, eine Unterschreitung der Schwelle um zehn Prozent oder mehr könne nicht als geringfügig eingestuft werden. Ein Zuschaueranteil von ca. 27,0 v.H. bleibe deshalb nicht nur geringfügig hinter der Vermutungsschwelle von 30 v.H. in § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV zurück.
- 40 Mit der Ersetzung der geringfügigen Unterschreitung als Aufgreifensvoraussetzung durch den 25 v.H.-Schwellenwert in § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV im Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag wollte der Gesetzgeber einerseits eine „Untergrenze“ (LT-Drs. 14/8628, S. 12) für die Einbeziehung der Stellung eines Unternehmens auf medienrelevanten verwandten Märkten festlegen, zugleich aber auch die mit der Auslegung des Begriffs der geringfügigen Unterschreitung verbundene Rechtsunsicherheit für die Normanwender und -adressaten beseitigen (vgl. Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, a.a.O., RdNr. 1 zu § 26). Zu dieser Intention stünde ein Verständnis des § 26 Abs. 1 RStV, das einen Rückgriff auf die Generalklausel auch bei einer erheblichen Unterschreitung des 25 v.H.-Schwellenwerts ermöglichen würde, in Widerspruch. Eine Einbeziehung unternehmerischer Aktivitäten auf medienrelevanten verwandten Märkten außerhalb des Fernsehens deutlich unterhalb der in § 26 Abs. 2

Satz 2 RStV festgelegten Vermutungsgrenze geriete damit in Konflikt mit dem Regelungsgegenstand der §§ 25 ff. RStV 2005, die sich – wie ausgeführt – ausdrücklich auf die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht im bundesweiten Fernsehen beschränken (§ 26 Abs. 1, § 36 Abs. 1 Satz 1, § 39 Satz 1 RStV 2005; vgl. auch Art. 4 Satz 3, Art. 25 Abs. 11 BayMG). Das schließt zwar eine in § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005 vorgesehene Einbeziehung von Aktivitäten auf medienrelevanten verwandten Märkten nicht völlig aus, begrenzt aber andererseits den Anwendungsbereich der Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV 2005 auf Fälle, in denen der Zuschaueranteil zumindest in der Nähe des Schwellenwerts des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005 liegt.

- 41 Davon kann bei einer Unterschreitung des Schwellenwerts des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV um mehr als zehn Prozent nicht mehr ausgegangen werden. Dies gilt auch dann, wenn die Aktivitäten der Klägerin auf medienrelevanten verwandten Märkten, insbesondere im Pressebereich, nach Einschätzung der KEK einem vergleichsweise hohen Zuschaueranteil im bundesweiten Fernsehen entsprechen. Dieser Umstand ändert nichts daran, dass der Zuschaueranteil des zur Übernahme anstehenden Unternehmens mit 22,06 v.H. nicht mehr in der Nähe des Schwellenwerts des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005 liegt. Auch aus Gründen der Rechtssicherheit kann das Maß des Unterschreitens des Schwellenwerts für einen möglichen Rückgriff auf die Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV 2005 nicht vom Umfang der sonstigen Aktivitäten des Unternehmens abhängen.
- 42 Da vorliegend der Schwellenwert des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005 nicht nur geringfügig unterschritten war, hätten die Aktivitäten der Klägerin auf medienrelevanten verwandten Märkten bei der Prüfung, ob durch den Zusammenschluss vorherrschende Meinungsmacht entstanden wäre, von vornherein außer Betracht bleiben müssen.
- 43 bb) Es kommt hinzu, dass die KEK entsprechend § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV 2005 einen Bonus für Fensterprogramme und Sendezeit für Dritte auf den tatsächlichen Zuschaueranteil hätte einräumen müssen.
- 44 (1) Eine direkte Anwendung des § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV 2005 scheidet vorliegend zwar aus, da der Zuschaueranteil den Schwellenwert von 25 v.H. nicht erreicht hat und daher der Anwendungsbereich des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005, an den die Bonusregelung anknüpft, nicht eröffnet war. Wenn jedoch bei einem Zuschaueranteil

zwischen 25 und 30 v.H. ein Bonus für Fensterprogramme und Sendezeit für Dritte durch Abzug vom tatsächlichen Zuschaueranteil zu gewähren ist, dann muss dies erst recht bei einer Unterschreitung des Schwellenwerts im Rahmen der Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV gelten (so auch Groh, Die Bonusregelung des § 26 Abs. 2 S. 3 des Rundfunkstaatsvertrags, Diss. Mainz 2005, S. 198). Das entspricht auch der grundsätzlichen Auffassung der KEK im vorliegenden Fall (Nr. IV 3.4. des Beschlusses vom 10.1.2006) und ihrer Spruchpraxis in anderen Prüffällen (z.B. Beschluss vom 11.1.2011 Az. KEK 643, S. 10, <http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek6439live.pdf>).

- 45 (2) Die von der KEK vertretene Ansicht, die gemäß § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV 2005 zu gewährenden Bonuspunkte seien nicht vorab, sondern erst im Rahmen der Gesamtabwägung zu berücksichtigen, ist mit dem Wortlaut der Regelung nicht vereinbar und stünde auch mit dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG nicht in Einklang.
- 46 Nach § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV 2005 kommen bei der Berechnung des nach Satz 2 maßgeblichen Zuschaueranteils „vom tatsächlichen Zuschaueranteil“ zwei Prozentpunkte in Abzug, wenn in dem dem Unternehmen zurechenbaren Vollprogramm mit dem höchsten Zuschaueranteil Fensterprogramme gemäß § 25 Abs. 4 RStV aufgenommen sind; bei gleichzeitiger Aufnahme von Sendezeit für Dritte nach Maßgabe des § 26 Abs. 5 RStV kommen „vom tatsächlichen Zuschaueranteil“ weitere drei Prozentpunkte in Abzug. Der „tatsächliche“ Zuschaueranteil ist derjenige, den die KEK gemäß § 27, § 36 Abs. 1 Satz 4 RStV 2005 durch beauftragte Unternehmen aufgrund repräsentativer Erhebungen ermittelt und nicht derjenige, den sie gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 2. Alt. RStV 2005 unter Einbeziehung der Aktivitäten des Unternehmens im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ihrer Gesamtbeurteilung zugrundelegt. Für diese Sichtweise spricht auch, dass § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV 2005 auf Satz 2 verweist, ohne zwischen den dort geregelten Alternativen zu unterscheiden. Bei der ersten Alternative des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005 (marktbeherrschende Stellung des Unternehmens auf einem medienrelevanten verwandten Markt) kann dem Unternehmen der Bonus jedoch nur durch Vorabzug zugute kommen. Von einer erst nachträglichen Berücksichtigung würde nur ein unter die zweite Alternative fallendes Unternehmen profitieren, bei dem die Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 v.H. im Fernsehen entspricht. Ein sachlicher Grund, einem von

der ersten Alternative erfassten Medienunternehmen im Unterschied zu einem unter die zweite Alternative des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005 fallenden Unternehmen einen rechnerischen Bonus vorzuenthalten, ist jedoch nicht ersichtlich. Die in der mündlichen Verhandlung erläuterte Vorgehensweise der KEK, auch bei Medienunternehmen mit einem Zuschaueranteil von 25 v.H. und marktbeherrschender Stellung auf einem medienrelevanten verwandten Markt (§ 26 Abs. 2 Satz 2 1. Alt. RStV 2005) im Rahmen der Gesamtbetrachtung Fensterprogramme und Sendezeiten für Dritte als vielfaltverstärkende Maßnahme zu berücksichtigen, wird dem nach dem Wortlaut des § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV 2005 gebotenen Abzug „vom tatsächlichen Zuschaueranteil“ nicht gerecht und entspricht im Übrigen auch nicht der Vorgehensweise der KEK in vergleichbaren Fällen (z.B. Beschluss vom 18.2.2005 Az. 216, S. 12 f., <http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek216super-rtl.pdf>; ferner den Zweiten Konzentrationsbericht der KEK, 2003, S. 47 und S. 368 bei Fn. 1008, <http://www.kek-online.de/kek/information/publikation/mk-bericht/index2.html#01>).

- 47 Somit ist der Bonus für Fensterprogramme und Sendezeit für Dritte gemäß § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV 2005 durch Vorwegabzug vom tatsächlichen Zuschaueranteil einzuräumen (ebenso Bornemann/von Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz [Hrsg.], Bayerisches Mediengesetz, Stand Oktober 2011, RdNr. 104 zu Art. 25; Hepach, ZUM 2003, 112/120).
- 48 (3) Vorliegend waren die Drittsendezeiten bei Sat.1 auch nach Auffassung der KEK grundsätzlich berücksichtigungsfähig und mit 3 v.H. zuschaueranteilmindernd anzusetzen. Allerdings ist die Bonusregelung insoweit nach dem Wortlaut des § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV 2005 einseitig kumulativ an den Bonus für Fensterprogramme gemäß § 25 Abs. 4 RStV gekoppelt mit der Folge, dass die Bonuspunkte für Drittsendezeit nicht für sich allein, sondern nur dann gewährt werden können, wenn das Unternehmen auch die Voraussetzungen der Bonuspunkte für die Fensterprogramme erfüllt (so auch Holznagel/Grünwald in: Spindler/Schuster, a.a.O., RdNr. 24 zu § 26 RStV).
- 49 Es kann jedoch dahinstehen, ob der Gesetzgeber eine solche Reihenfolge der Bonusregelungen, deren Sinn sich nicht ohne Weiteres erschließt und der sich auch nicht aus den Gesetzesmaterialien (LT-Drs. 14/8628, S. 12) ergibt, überhaupt verbindlich festlegen wollte (zweifelnd auch Groh, a.a.O., S. 149). Die Anwendung des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005 scheidet vorliegend jedenfalls nicht daran, dass die

Fensterprogramme von Sat.1 nach der von der Auffassung der Beklagten abweichenden Ansicht der KEK nicht berücksichtigungsfähig waren.

- 50 Zur Begründung hatte die KEK in ihrem Beschluss vom 10. Januar 2006 (IV 3.4) ausgeführt, die Regionalfenster entsprächen „gegenwärtig (noch) nicht“ den Anforderungen des § 25 Abs. 4 RStV 2005. Sie würden „zur Zeit nicht“ die Voraussetzungen des § 25 Abs. 4 Satz 2 bis 5 RStV 2005, nämlich eigene Zulassung, redaktionelle Unabhängigkeit und nicht mit dem Hauptveranstalter verbunden zu sein, erfüllen, die am 1. April 2005 mit dem Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag in Kraft getreten seien.
- 51 Die zuvor von Sat.1 erfüllten Anforderungen an die Regionalfensterprogramme (vgl. Zweiter Konzentrationsbericht der KEK, 2003, S. 48; Groh, a.a.O., S. 127, 151), die insbesondere keine rechtliche Unabhängigkeit des Fenster- vom Hauptveranstalter verlangt hatten, waren erst wenige Monate vor der Entscheidung der KEK verschärft worden. Von einer Übergangsregelung hatte der Gesetzgeber zunächst abgesehen, jedoch später durch die aus Gründen des Vertrauensschutzes eingeführten Regelungen des § 53b Abs. 1 Satz 2 RStV (Zehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) zum 1. September 2008 (GVBl S. 161) und des § 25 Abs. 4 Sätze 4 bis 6 RStV (Dreizehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) zum 1. April 2010 (GVBl S. 145) zu erkennen gegeben, dass die zum 1. April 2005 erhöhten Anforderungen einer Verlängerung und Bonifizierung bereits erteilter Zulassungen unter den bisherigen Voraussetzungen nicht entgegenstehen sollten (vgl. LT-Drs. 15/9667, S. 26 und LT-Drs. 16/2736, S. 12 f.; Paschke/Tacke in: Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 2. Auflage 2012, RdNrn. 150 - 156 zu § 25 RStV und RdNr. 207 zu § 26 RStV).
- 53 Es liegt auf der Hand, dass die Erfüllung der ohne Übergangsregelung verschärften Anforderungen bereits kurz nach Inkrafttreten der Regelung nicht oder nur schwer möglich war. Im Hinblick darauf, dass die Nichterfüllung der Anforderungen durch die Sat.1-Regionalfenster im Zeitpunkt der Beschlussfassung am 10. Januar 2006 wohl auch nach Auffassung der KEK nur vorübergehender Natur und der fehlenden Übergangsregelung geschuldet war, geriete eine Nichtberücksichtigung im Rahmen der Bonusregelung des § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV 2005 mit dem Gedanken des Vertrauensschutzes in Konflikt. Die Anpassung an die erhöhten Anforderungen für Regionalfenster waren durch Sat.1 bereits auf den Weg gebracht und teilweise umgesetzt worden. Die Erfüllung der Voraussetzungen des § 25 Abs. 4 Satz 1 RStV 2005 hatte die Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten (DLM) dem KEK-Beschluss zu-

folge (IV 3.4) mit Beschluss vom 25. Oktober 2005 festgestellt. Die KEK selbst hat die Berücksichtigungsfähigkeit sämtlicher Regionalfenster im Programm von Sat.1 in späteren Entscheidungen ausdrücklich bestätigt und bei der Prüfung des § 26 Abs. 1 RStV „in Anlehnung an § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV 5 % von dem Gesamtzuschaueranteil von ProSiebenSat.1 in Abzug“ gebracht. (Beschluss vom 19.8.2008 Az. KEK 505, S. 11, [www.kek-online.de/kek/verfahren/kek505sat1-satelliten-fernsehen-gmbh.pdf](http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek505sat1-satelliten-fernsehen-gmbh.pdf)). Insofern stünde es mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht in Einklang, wegen der im Zeitpunkt des Beschlusses vom 10. Januar 2006 noch nicht vollständig umgesetzten Anpassung an die Neuregelung für Regionalfenster sowohl den hierfür vorgesehenen Bonus in Höhe von 2 v.H. Zuschaueranteil als auch den daran gekoppelten Bonus für Drittsendezeiten in Höhe von 3 v.H. in vollem Umfang abzulehnen.

- 53 Selbst im Falle einer nur anteiligen Berücksichtigung wegen der noch nicht voll erfüllten Voraussetzungen der Bonusregelung des § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV 2005 hätte die KEK demnach vom tatsächlichen Zuschaueranteil in Höhe von 22,06 v.H. weitere Prozentpunkte abziehen müssen. Dies hätte zur Folge gehabt, dass der Schwellenwert von 25 v.H. noch weiter unterschritten worden wäre. Auch deshalb war der Rückgriff auf die Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV 2005 unzulässig.
- 54 cc) Unabhängig davon war die Gesamtbeurteilung der KEK auch deshalb beurteilungsfehlerhaft, weil die KEK keine besonderen Umstände dargelegt hat, die bei einem (knappen) Unterschreiten eines Zuschaueranteils von 25 v.H. ausnahmsweise die Annahme vorherrschender Meinungsmacht hätten rechtfertigen können.
- 55 Der Anwendungsbereich der Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV 2005 ist – wie bereits ausgeführt – erst eröffnet, wenn der Einzelfall Besonderheiten aufweist, die sich durch kodifizierte Regelbeispiele nicht angemessen erfassen lassen (BVerwG vom 24.11.2010, a.a.O., S. 200). Für die Annahme vorherrschender Meinungsmacht bei einem Zuschaueranteil zwischen 25 und 30 v.H. enthält § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005 Regelbeispiele, deren Wertung die KEK grundsätzlich zu beachten und die sie bei Ähnlichkeit mit einem Regelbeispiel nicht durch eigene Wertungen ersetzen darf. Nach § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005 können entweder die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens auf einem medienrelevanten verwandten Markt oder die Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten zur Annahme vorherrschender Meinungsmacht führen. Sowohl bei der von der KEK zur Darlegung eines atypischen Falles angenommenen marktbeherrschenden Stellung der Klägerin im Bereich der Straßenverkaufs- und Sonntags-

zeitungen und der sich hieraus ergebenden Wechselwirkung mit dem Einflusspotential privater Fernsehprogramme als auch bei den sonstigen Aktivitäten der Klägerin auf medienrelevanten verwandten Märkten handelt es sich um Umstände, die der Gesetzgeber in § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005 durch Regelbeispiele berücksichtigt hat. Das gilt auch, soweit die KEK die Besonderheit vorliegend im Abstand der Klägerin zu ihren nächsten Konkurrenten auf dem für die Meinungsbildung besonders bedeutsamen Pressemarkt sieht. Auch dieser Umstand ist durch das Regelbeispiel der Aktivitäten auf medienrelevanten verwandten Märkten erfasst und bei der Prüfung zu berücksichtigen, ob der Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 v.H. im Fernsehen entspricht.

- 56 Damit stellen die von der KEK angeführte Kombination von Einflüssen in Presse und Rundfunk und die starke Stellung der Klägerin auf medienrelevanten verwandten Märkten keine besonderen, vom Gesetzgeber nicht berücksichtigten Umstände dar, die den beabsichtigten Zusammenschluss trotz Unterschreitens der erforderlichen Zuschaueranteile im Lichte der Ziele des Gesetzes als offensichtlich unangemessen erscheinen ließen. Vielmehr wäre den Aktivitäten der Klägerin auf medienrelevanten verwandten Märkten erst bei Überschreitung des Schwellenwerts des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005 durch Umrechnung in (fiktive) Zuschaueranteile Rechnung zu tragen. Es entspricht insoweit keinem richtigen Gesetzesverständnis und ist damit nicht mehr vom Beurteilungsspielraum der KEK gedeckt, daraus – wie hier geschehen – besondere Umstände, individuelle Besonderheiten und gewichtige Gründe herzuleiten, die einen Rückgriff auf die Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV 2005 rechtfertigen.
- 57 dd) Auch die Gesamtabwägung der KEK ist nicht frei von Beurteilungsfehlern.
- 58 Soweit die Klägerin gegen die gemäß § 26 Abs. 1 RStV 2005 getroffene Gesamtabwägung der KEK eingewandt hat, vorherrschende Meinungsmacht im Falle der Beteiligungsveränderung sei schon deshalb zu verneinen, weil die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ebenso wie ein anderer privater Fernsehveranstalter über höhere Zuschaueranteile verfügen würden, kann dem allerdings nicht gefolgt werden. Vorherrschende Meinungsmacht bedeutet nicht zwingend, dass der Fernsehveranstalter den höchsten Zuschaueranteil erreichen muss. Vielmehr können grundsätzlich auch mehrere Anbieter (vgl. BVerfG vom 16.6.1981, a.a.O., S. 322, und vom 12.3.2008, a.a.O., S. 52: „einzelne gesellschaftliche Gruppen“) die Schwellenwerte des § 26

Abs. 2 RStV 2005 knapp erreichen oder überschreiten und damit vorherrschende Meinungsmacht im bundesweiten Fernsehen erlangen.

- 59 Ebensovienig vermag sich der Senat dem Einwand der Klägerin anzuschließen, das Berechnungs- und Gewichtungsmo­dell der KEK verstoße gegen Denkgesetze, weil rechnerisch ein höherer Zuschaueranteil als 100 v.H. herauskommen könne. Die wertende Umrechnung von Aktivitäten auf medienrelevanten verwandten Märkten in Fernseh­zuschaueranteile ist in der Regelung des § 26 Abs. 2 Satz 2 2. Alt. RStV 2005 angelegt, wonach vorherrschende Meinungsmacht vermutet wird, sofern eine Gesamtbeurteilung der Aktivitäten des Unternehmens im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 v.H. im Fernsehen entspricht. Da bereits die nach § 27 RStV 2005 zu ermittelnden Zuschaueranteile der deutschsprachigen Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und des bundesweit empfangbaren privaten Rundfunks in der Summe 100 v.H. ergeben, wird diese Quote durch zusätzlich zu berücksichtigende und in (fiktive) Zuschaueranteile umzurechnende Aktivitäten auf medienrelevanten verwandten Märkten zwangsläufig überschritten (ebenso Hain, K & R 2008, 160/164; Renck-Laufke, ZUM 2006, 907/913).
- 60 Nicht mehr vom Beurteilungsspielraum gedeckt ist die Gesamtabwägung der KEK aber deshalb, weil die KEK die Aktivitäten der Klägerin auf medienrelevanten verwandten Märkten zwar in fiktive prozentuale Zuschaueranteile umgerechnet, diese aber nicht in Relation zu einer Bezugsgröße gesetzt hat, die aus den tatsächlichen Zuschaueranteilen im Fernsehen und den sonstigen medienrelevanten verwandten Märkten zu bilden ist. Insoweit fehlt es an der zur Vermeidung von Beurteilungsfehlern erforderlichen Ermittlung bzw. Angabe des vollständigen Sachverhalts durch die KEK. Für die im Rahmen der Gesamtabwägung vorzunehmende Wertung, ob ein Unternehmen unter Einbeziehung seiner Aktivitäten auf medienrelevanten verwandten Märkten vorherrschende Meinungsmacht im bundesweiten Fernsehen erlangen würde, kann auf die Angabe aller in die Berechnung einzubeziehenden meinungsbildenden Medien einschließlich derer, auf denen das Unternehmen nicht tätig ist, nicht verzichtet werden. Ob dies auch im Rahmen der Vermutungsregelung des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV 2005 gilt, kann dahinstehen. Im Anwendungsbereich der Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV 2005 ist jedenfalls die Einordnung der Aktivitäten des Unternehmens in die Gesamtheit der meinungsbildenden Medien auch bei einem angenommenen Zuschaueranteil oberhalb von 30 v.H. unentbehrlich. Errechnet

die KEK – wie hier – aus dem tatsächlichen Zuschaueranteil im Fernsehen und aus den Aktivitäten auf anderen Medienmärkten einen Gesamtzuschaueranteil von 47 bzw. 42 v.H., muss sie daher eine Gesamtgröße angeben, zu der sie diese Zahl in Bezug setzt. Ansonsten kann die Einschätzung, wie bedeutsam die Aktivitäten des Unternehmens im gesamten relevanten Medienbereich sind, nicht nachvollzogen werden.

- 61 Eine solche Gesamtgröße wird aber weder aus der Begründung des KEK-Beschlusses vom 10. Januar 2006 noch aus den eingereichten Schriftsätzen hinreichend deutlich. Angegeben werden zwar die Aktivitäten und Marktanteile der Klägerin und einiger ihrer Wettbewerber im Fernseh-, Presse-, Online- und Hörfunkbereich sowie in weiteren Medienbereichen. Es ist auch sicher zutreffend und jedenfalls vom Beurteilungsspielraum der KEK gedeckt, dass sowohl dem Pressebereich wie auch zunehmend dem Online-Bereich für die öffentliche Meinungsbildung neben dem Fernsehen erhebliche Bedeutung zukommt. Gleichwohl entbindet dies nicht davon, weitere medienrelevante verwandte Märkte, auf denen die Klägerin tätig ist (dazu Nr. IV 3.2.7 des KEK-Beschlusses vom 10.1.2006), wie auch solche, auf denen sie nicht aktiv ist, in die Betrachtung einzubeziehen und die in Zuschaueranteile umgerechneten Aktivitäten der Klägerin zu der aus dem Fernsehbereich und den sonstigen Medienmärkten zu bildenden Gesamtgröße in Bezug zu setzen. Daran fehlt es hier. Auch die mit Schriftsatz der Beklagten vom 25. August 2011 als Anlage 3 vorgelegte Tabelle zeigt außer den Bereichen Fernsehen, Radio, Tageszeitungen, Zeitschriften und Internet weder andere Medienbereiche auf noch lässt sie erkennen, wie die Gesamtaktivitäten der Klägerin nach der Beteiligungsveränderung in diese Tabelle einzuordnen wären.
- 62 3. Daher war antragsgemäß festzustellen, dass die Versagung der Genehmigung der Fortsetzung der Anbietertätigkeit der Beigeladenen, die die Beklagte aufgrund des gemäß § 37 Abs. 1 Satz 5 und 6 RStV 2005 bindenden KEK-Beschlusses ausgesprochen hat, rechtswidrig war.
- 63 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1, Abs. 3, § 155 Abs. 1 Satz 1, Satz 2, Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO. Soweit die Beigeladenen keine Anträge gestellt und sich damit auch keinem Prozesskostenrisiko ausgesetzt haben, tragen sie ihre außergerichtlichen Kosten billigerweise selbst.

- 64 5. Die Revision war nicht zuzulassen, da keiner der Gründe des § 132 Abs. 2 VwGO vorliegt. Die im Verfahren aufgeworfenen Fragen im Zusammenhang mit der Auslegung des § 26 Abs. 1 und Abs. 2 RStV sind durch das im Revisionsverfahren ergangene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts geklärt.

### **Rechtsmittelbelehrung**

- 65 Nach § 133 VwGO kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht in Leipzig angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. In der Beschwerdebegründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.
- 66 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen) sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

67 Häring

Dr. Borgmann

Schmeichel

68

**Beschluss:**

69 In Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts München vom 8. November 2007 wird der Streitwert bis zur teilweisen Rücknahme der Berufung auf 2.100.000 Euro und danach auf 1.050.000 Euro festgesetzt.

**Gründe:**

70

71 Bei der auf § 52 Abs. 1 GKG beruhenden Streitwertfestsetzung hat der Senat sich an Nr. 37.2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (NVwZ 2004, 1327) orientiert. Abweichend vom Ansatz des Verwaltungsgerichts hält der Senat jedoch im Hinblick darauf, dass die von den Beigeladenen gesendeten Vollprogramme bundesweit ausgestrahlt werden und die begehrte medienrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung im Unterschied zur Fernsehkonzession zeitlich nicht begrenzt gewesen wäre, bis zur teilweisen Rücknahme der Berufung eine Verdoppelung des Ansatzes von 350.000 Euro und damit bei drei Anbietern einen Streitwert in Höhe von insgesamt 2.100.000 Euro für angemessen. Die Befugnis des Berufungsgerichts zur Abänderung des Streitwerts ergibt sich aus § 63 Abs. 3 Satz 1 GKG. Ab der mit Schreiben vom 26. März 2009 erklärten teilweisen Rücknahme der Berufung geht der Senat von einer Halbierung des Streitwerts aus.

72 Häring

Dr. Borgmann

Schmeichel