

Spannungsverhältnis zwischen Recht und Ökonomie bei der Vermarktung von Radiowerbung – oder: ARD Media, RMS und die Medienfreiheit

*Andreas Walter und Luca Schramke**

I. Einleitung

„Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (un des droits les plus précieux de l'homme nach Art. II der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789). Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist (BVerfGE 5, 85 [205] = NJW 56, 1393). Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, „the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom“ (Cardozo).“¹

Zunehmend wird es schwieriger sich durch die Informationsvermittlung mittels Massenmedien möglichst breit zu informieren, um eine eigene Meinung immer wieder kritisch zu hinterfragen, zu entwickeln und/oder zu verändern.

Dies einerseits deswegen, weil das unüberschaubare Massenmedienangebot von verschiedenen Gatekeepern nach eigenem Belieben sortiert und individualisiert zugänglich gemacht wird – oder eben nicht. Ein solch primär reichweite- und damit einnahmenerhöhender personalisierter Programmzuschnitt führt letztlich dazu, dass Konsumenten möglichst eng in ihrem Interessen- und Meinungsspektrum bedient werden, also in ihrer sog. Bubble bleiben. Dem Medienanbieter als Meinungskurator kommt in

* Prof. Dr. *Andreas Walter*, LL.M. ist Rechtsanwalt u. Partner im Frankfurter Büro der Anwaltssozietät Schalast Law | Tax und Akademischer Direktor des Master of Banking & Capital Market Law-Studiengangs an der Frankfurt School of Finance & Management.

Luca Schramke ist Rechtsanwalt im Frankfurter Büro der Anwaltssozietät Schalast Law | Tax.

1 BVerfG, in: NJW 1958, 257 (Lüth), 258.

einer überschaubaren Informations- aber auch Medienflut eine wesentliche Rolle zu: er ist es, der Angebote zusammenstellt, also Inhalte so berücksichtigt und andere ausspart, dass die Rezipienten möglichst lange und häufig über sein Gate den Zugang zu Medieninhalten wählen.

Andererseits aber auch, weil es aufgrund mannigfaltiger Zugänglichkeit sowie moderner Technologien zu immer mehr Fragezeichen kommt, welche Inhalte eigentlich – zumindest im Kern – wahr sind und welche nicht. Auch insoweit kommt dem Gatekeeper eine entscheidende Rolle zu. Sein Gate zu Medien entwickelt sich nämlich über den Lauf der Zeit immer mehr zu einem vertrauten und vertrauenswürdigen Zugang zu medialen Inhalten.

Wenn die Entscheidungen des Gatekeepers derart wichtig für Bildung, Evaluierung und Unterhaltung von Meinung und damit der Meinungsfreiheit selbst sind, lohnt es sich, die Gatekeeper ein wenig mehr in den Blick zu nehmen. Wer Gatekeeper ist, ist teilweise offensichtlich, liegt aber häufig, gerade bei flüchtigem Blick, auch im Verborgenen.

Offensichtlich sind Rundfunkanstalten, Zeitungen- und Zeitschriften, Radiosender, Onlinemedien, wie TikTok, Instagram u.a., mediale Gatekeeper im vorstehenden Sinne. Bei einem Blick auf den italienischen Medienmarkt war auch jedem klar, dass die schillernde Person Silvio Berlusconi, der zahlreiche Fernseh- und Radiosender aber auch Printmedien über seine gesellschaftsrechtliche Position kontrollierte, Gatekeeper in diesem Sinne war.

Von den großen europäischen Medienvermarktern, wie beispielsweise die *ARD Media GmbH*² (nachstehend ARD Media) oder die *RMS Radio Marketing Service GmbH & Co. KG*³ (nachstehend RMS) werden aber die wenigsten Medienkonsumenten je gehört haben.

Menschen mit einem Mindestmaß an Medienkompetenz können das Verhalten vieler primärer Gatekeeper, so sie sie denn als solche erkennen, grob und unscharf immerhin einschätzen. Nutzern von TikTok ist es beispielsweise zumindest im Bewusstsein, dass ihr Medien von einem Gatekeeper gesteuert wird und, dass dieser Gatekeeper primär das Ziel verfolgt, sie möglichst lange und häufig an den Bildschirm „zu fesseln“.

2 Bis Januar 2022 firmierend als ARD-Werbung SALES & SERVICES GmbH. Zwischen Oktober 2006 und Januar 2021 war die Radiovermarktung auf die AS&S Radio GmbH ausgelagert. Im Folgenden insgesamt: „ARD Media“.

3 *Kolonko* in Paschke/Berlit/Meyer/Kröner, *Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht*, 4. Aufl., 2021, A. 54, Rnr. 26.

Problematischer ist es, wenn der Gatekeeper, wie vorstehend bereits beschrieben, im Verborgenen bleibt. Ja selbst mit viel Mühe nicht erkennbar ist. Abgesehen von seinem Vorhandensein haben Mediennutzer nicht den blassesten Schimmer von den Plänen, Zielen und Steuerungsmechanismen des Gatekeepers.

Aus der grundgesetzlich eingeräumten Medienfreiheit ergeben sich für das klassische Massenmedium Rundfunk besondere Anforderungen.⁴ Der Rundfunk gehört ebenso wie die Presse zu den unentbehrlichen modernen Massenkommunikationsmitteln durch die die öffentliche Meinung gebildet und beeinflusst wird.⁵ Er ist Medium und Faktor der öffentlichen Meinungsbildung.⁶ Der Konsument soll sich beim Rundfunk darauf verlassen können, dass eine gewisse Meinungspluralität innerhalb des Senders verhindert, dass sich ein Gatekeeper mit seinen Wünschen, was gesendet wird und was nicht, durchzusetzen vermag.⁷ Gerade dem Rundfunk wird insoweit also besonders viel Vertrauen entgegengebracht. Der Konsument lässt also beim Rundfunk – anders als bei quasi unkontrollierten internationalen Onlinemedien – weniger Vorsichtsmaßnahmen walten, er lässt quasi seine „Schutzmauern“ herunter.

Die großen Rundfunkvermarkter, von denen, wie gesagt, die meisten Konsumenten noch nie gehört haben, entscheiden auf einen Milliarden-Euro-Markt darüber, wer welche Werbung senden darf und wer nicht. Sie entscheiden also, welchen Sendern erhebliche finanzielle Mittel zufließen, welchen weniger und vor allem, welchen gar nichts. Angesichts des Umstandes, dass die Produktion hochwertiger und zeitgemäßer Programme teuer ist, haben die Rundfunkvermarkter es also letztlich in der Hand, welche Sender erfolgreich werden und welche in der sprichwörtlichen Versenkung verschwinden.

Der Bereich der Rundfunkvermarkter als wesentliche Meinungsgatekeeper und damit Meinungsbeeinflusser ist bislang – anders als die von Medienplattformen, Betreiber sog. Benutzeroberflächen und Medienintermediären⁸ – in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung wenig beachtet.

4 Zum Ganzen schon Gounalakis/Zagouras in: ZUM 2006, 716.

5 BVerfG, in: NJW 1961, 547 (Deutschland-Fernsehen-GmbH), 552.

6 BVerfG, in: NJW 1961, 547 (Deutschland-Fernsehen-GmbH), 552.

7 So auch die recht detaillierten Regelung in § 59 des Staatsvertrags zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland.

8 Zu diesen drei Kategorien sind im Staatsvertrags zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland bereits umfassende Verhaltensweisen zur Sicherung der Meinungspluralität vorgegeben.

Dieser Aufsatz soll ein wenig Licht auf diese bislang wenig erforschte Spezies lenken.

II. Marktüberblick Hörfunkwerbung – Kennzahlen und Funktionsweise

1. Marktüberblick

86% der 14- bis 69-jährigen Deutschen hörten 2023 wenigstens ab und zu Radio.⁹ Im Durchschnitt etwa 77 Minuten täglich¹⁰ Zum Vergleich: Die durchschnittliche Onlineaktivität betrug im selben Jahr 52 Minuten täglich.¹¹ Radiohören ist, nach Fernsehen und vor Kochen, die zweitbeliebteste Freizeitbeschäftigung in Deutschland lebender Menschen.¹² Obgleich die Hörerzahlen leicht rückläufig sind, ist die Anzahl neuer Radiosender zuletzt sprunghaft gestiegen. Damit ist das Radio auch aktuell das mit Abstand wichtigste Audiomedium in Deutschland. Die Werte des auf dem zweiten Platz folgenden Musikstreamings (Reichweite 68%; 46 Minuten täglicher Nutzungsdurchschnitt¹³) stagnieren seit mehreren Jahren. Es ist also davon auszugehen, dass das Radio auch in absehbarer Zukunft ein bedeutender Faktor in der deutschen Medienlandschaft bleiben wird.

2. Grundsätzliche Funktionsweise und Geschäftsmodell der Vermarkter

Im Gegensatz zum, jedenfalls in großen Teilen, beitragsfinanziertem öffentlichen-rechtlichen Rundfunk, finanziert sich der private Rundfunk fast

9 Forsa, Media Activity Guide 2023 S. 40, abrufbar unter: <https://www.seven.one/documents/20182/8471213/Media+Activity+Guide+2023.pdf/4c2f8efd-299d-8d5c-517b-1b7bccb08373?t=1697624287977>, zuletzt abgerufen am 1. April 2024.

10 Forsa, Media Activity Guide 2023, Fn. 9, S. 40.

11 Forsa, Media Activity Guide 2023, Fn. 9, S. 48.

12 Zahlen für 2018-2021; Statista, abrufbar unter <https://de-statista-com.eul.proxy.openathens.net/statistik/daten/studie/171601/umfrage/mehrmals-pro-monat-ausgeuebte-freizeitaktivitaeten/>, zuletzt abgerufen am 1. April 2024, mit Verweis auf Verbrauchs- und Medienanalyse - VuMA 2022.

13 Forsa, Media Activity Guide 2023, Fn. 9, S. 40.

ausschließlich durch Werbung.¹⁴ Die Bruttoumsätze für Radiowerbung betrugen im Jahr 2023 rund 1,97 Milliarden Euro.¹⁵

Angesichts dieser Summen wird es nicht verwundern, dass der Werbemarkt auch im Bereich des Hörfunks hochprofessionalisiert und spezialisiert ist.¹⁶ Wesentliche Akteure dieses Marktes sind Medienagenturen und Vermarktungsagenturen, die, jedenfalls im überregionalen Bereich, die Bindeglieder zwischen Werbetreibenden und Senderbetreiber sind.

Medienagenturen kreieren und planen die Werbekampagnen im Auftrag der Werbetreibenden. Sie haben die Aufgabe die Kampagnen, beispielsweise durch die Wahl des Mediums, der Werbezeiten und Frequenzen, so zu steuern, dass die Werbung möglichst effektiv bei der zuvor von ihnen bestimmten Zielgruppe ankommt. Die Medienagenturen bestimmen daher den Werbezeitenmarkt auf Nachfrageseite.¹⁷

Was für die Werbetreibenden die Medienagenturen sind, sind für die Senderbetreiber die Vermarktungsagenturen (nachstehend auch Vermarkter). Sie vermarkten deren Werbezeiten in der Regel als Kommissionäre im eigenen Namen für Rechnung der Auftraggeber. Auftraggeber sind Hörfunksender oder Kombinationen von Hörfunksendern, die sich mit dem Ziel der gemeinsamen Vermarktung ihrer Werbezeiten zusammengeschlossen haben. Die Vermarkter bilden aus den Werbezeiten der einzelnen Sender und Senderkombinationen weitere, größere Kombinationen, mit denen beispielsweise bestimmte Hörerzielgruppen oder bestimmte Regionen optimal erreicht werden können. Die Vermarkter übernehmen neben der Einzelvermarktung vor allem die Vermarktung der von ihnen gebildeten Kombinationen.

Für die national Werbetreibenden bzw. die von ihnen beauftragten Medienagenturen hat dies den entscheidenden Vorteil, dass sie nicht mit jedem Senderbetreiber einzeln verhandeln müssen, sondern über einen Ansprech-

14 Bericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk, Berlin, 2022 (KEK 2022), S. 107.

15 Nielsen. (21. Februar, 2024). Entwicklung der Bruttowerbeaufwendungen für Radiowerbung in Deutschland von Dezember 2020 bis Januar 2024 (in Millionen Euro) [Graph]. In Statista, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/182700/umfrage/bruttoumsaetze-mit-radiowerbung-monatszahlen/>, letzter Abruf am 1. April 2024.

16 Kuhlmann, Mediaagenturen und Werbevermarkter, München, 2020, S. 34.

17 Hierzu und zu den ebenfalls problematischen Einflüssen der Medienagenturen auf die Meinungspluralität im privaten Rundfunk eingehend: Kuhlmann, Fn. 16.

partner und zu einem einheitlichen Preis Werbung im gesamten Bundesgebiet schalten können. Zugleich können durch die größeren Volumen entsprechende Mengenrabatte ausgehandelt werden.¹⁸

3. Die Gatekeeperstellung der Vermarkter und die daraus folgenden Probleme

a) Gatekeeperstellung

Nahezu der gesamte Markt der nationalen Werbevermarktung befindet sich, das zweigliedrige Rundfunksystem widerspiegelnd, in der Hand zweier Vermarktungsagenturen, Dabei handelt es namentlich um die bereits angesprochenen großen Vermarkter ARD Media und RMS.

ARD Media steht im Eigentum der Vermarktungsgesellschaften der Landesrundfunkanstalten. Vermarktet werden nahezu ausschließlich Sender des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und lediglich einzelne, wenige Privatsender. Mit ihrer ARD Media Deutschland-Kombi werden aktuell an Wochentagen (Mo. – Fr.) durchschnittlich 3.467.000 Hörer im Alter zwischen 14 und 49 Jahren pro Stunde erreicht.¹⁹ Dies entspricht 35% der Hörer insgesamt.²⁰

Bei RMS handelt es sich nach eigenen Angaben um den führenden Vermarkter im deutschen Audiowerbemarkt.²¹ Vermarktet werden ausschließlich Privatsender. Nahezu alle der von RMS vermarkteten Sender gehören (zumindest mittelbar) den Gesellschaftern der RMS. Mit ihrem Premiumprodukt, der RMS SUPER KOMBI werden an Wochentagen (Mo. – Fr.) durchschnittlich 4.876.000 Hörer der genannten Zielgruppe pro Stunde erreicht, was einer Quote von rund 50% aller Hörer entspricht.²²

Der Gesellschafterkreis der RMS setzt sich im Wesentlichen aus den großen Radio-Rundfunkbetreibern zusammen. Hinter diesen stehen im Kern große Verlagshäuser. Die Print-Verleger wurden nämlich bei Einführung des privaten Rundfunks mit ihrem Argument, dass bei Verbreiterung des Rundfunkangebots (durch Zulassung von privatem Rundfunk) Printmedien über kurz oder lang sterben, jedenfalls einen signifikanten Bedeutungs-

18 Kuhlmann, Fn. 16, S. 117.

19 Ma 2024 Audio I.

20 Ma 2024 Audio I.

21 RMS Eigendarstellung, abrufbar unter <https://rms.de/daten-und-fakten>, zuletzt abgerufen am 1. April 2024.

22 Ma 2024 Audio I.

verlust erleiden würden, privilegiert. Wie wir heute positiv wissen, war diese Argumentation schlicht unzutreffend. Die Marktbeherrschung der RMS geht letztlich also auf eine staatliche Privilegierung bei der Senderzulassung zurück, die auf einem bekanntermaßen unzutreffenden Argument basiert.

4. Folgen für die Meinungspluralität im Hörfunk

a) Strukturelle Folgen

Überregionale Werbung wird nahezu ausschließlich über die beiden Vermarkter gebucht. Eine Direktvermarktung über die einzelnen Sender findet auf nationaler und überregionaler Ebene so gut wie nicht statt.²³ Der Zugang zum nationalen Werbemarkt hängt für die einzelnen Sender also im Ergebnis ausschließlich davon ab, ob sie Teil einer der großen Senderkombinationen der beiden Vermarktungsagenturen ist.

Ob die Sender in die Vermarkterkombinationen aufgenommen werden oder nicht ist für diese nicht selten eine, wenn nicht gar *die* Frage von existenzieller Bedeutung. Von hoher Relevanz für die jeweiligen Sender ist aber auch die Frage, ob eine Vermarktung durch ARD Media oder durch RMS erfolgt. Weil ARD Media weit überwiegend Sender des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vermarktet deren Werbezeiten rechtlich eng begrenzt sind, ist eine Vermarktung durch RMS für die Privatsender finanziell deutlich attraktiver. Für die Senderbetreiber ist eine Vermarktung durch ARD Media daher keine Alternative zu einer Vermarktung durch RMS.²⁴

Ob ein Sender in eine der Kombinationen aufgenommen wird, entscheiden alleine die Vermarkter. Hierbei verwenden sie mehr oder weniger transparente Kriterien, die sie – wie die wenige einschlägige Rechtsprechung zeigt – nicht immer einheitlich und diskriminierungsfrei anwenden.²⁵

23 Bericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk 2018 (KEK 2018), S. 86.

24 *BKartA*, Beschl. d. 6. BA, v. 15.8.2001, Az. B 6 – 92202 – TX – 127/99, zitiert nach BeckRS 2014, 11088 Rnr. 52.

25 *BGH*, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), Rnr. 44.

Öffentlich einsehbar scheint dabei nur der von RMS aufgestellte Kriterienkatalog²⁶ zu sein. Die von RMS aufgestellten Kriterien zielen dabei darauf ab, Sender mit kleinerer Reichweite von der Vermarktung auszuschließen. Voraussetzung für eine Vermarktung durch RMS sind unter anderem, dass die Sender als 24-Programm zulässig sind, und über eine landesweite Rundfunklizenz verfügen bzw. nachweislich von über 50% der Wohnbevölkerung eines Bundeslandes auf üblichen Wegen empfangen werden können. Außerdem müssen die Sender in den letzten zwei Jahren vor Antragsstellung in der von der Arbeitsgemeinschaft Media-Analyse e.V. herausgegeben *ma Radio* (mittlerweile *ma Audio*) ausgewiesen sein und dort bestimmte Mindestreichweiten in den werberelevanten Zielgruppen nachweisen.

Während der Zugang zum nationalen Werbemarkt somit Sendern mit kleinerer Reichweite verwehrt bleibt, wendet RMS diese Kriterien allerdings nicht in allen Fällen an. Kleinere Sender, die von den Gesellschaftern der RMS betrieben werden, werden dennoch und bleiben auch in die Kombinationen aufgenommen. Damit kann RMS einerseits Sender durch das Versagen der Vermarktung von dringend benötigten Geldern ausschließen und andererseits ansonsten möglicherweise unbedeutenden Sendern erhebliche finanzielle Mittel zuspielen.

Diese Effekte werden dadurch verstärkt, dass die Gesellschafter der RMS selbst Sender betreiben. Die Sockelbeträge und Provisionen, die die Sender für die Vermarktung an RMS zahlen müssen, fließen also, soweit diese über die Deckung der Vermarktungskosten hinausgehen, im Ergebnis den Konkurrenzsendern zu. RMS ist darauf bedacht, Einzelheiten über die Vergütungsstruktur möglichst geheim zu halten, sodass hierzu keine näheren Informationen vorliegen. Sollte der in der Vergangenheit bereits hinter vorgehaltener Hand geäußerte Verdacht, Drittsender müssten sich durch die Aufnahme in die Vermarktung durch das Bestellen vergütungspflichtiger Scheinleistungen bei RMS erkaufen zutreffen, würde dies den genannten Effekt noch weiter erhöhen.

26 Abrufbar unter https://rms.de/RMS_Deutschland/Downloads/Weitere/RMS_Kriterienkatalog.pdf, zuletzt abgerufen am 1. April 2024.

b) Folgen für die Programmgestaltung

Die Duopolstellung der Werbevermarkter hat aber nicht nur Auswirkungen auf die Struktur des Hörfunkmarktes, sondern auch (potentiellen)²⁷ Einfluss auf die Programmgestaltung selbst. Diese Gefahr sieht auch das *Bundesverfassungsgericht*, wenn es gerade aufgrund der Abhängigkeit des privaten Rundfunks diesen nicht für geeignet hält, eine verfassungsmäßige Grundversorgung herzustellen, weswegen der öffentlich-rechtliche Rundfunk auch (zumindest derzeit) unverzichtbar sei. Abgesehen davon, dass Werbung selbst Teil des Rundfunkprogramms ist, ist ihr Einfluss auf das restliche Programm vielfältig, sodass hier nur einige, im Hinblick auf die Machtkonzentration besonders bedeutsame Aspekte eingegangen wird.

Dabei ist zunächst hervorzuheben, dass auch das *Bundesverfassungsgericht* explizit Werbung selbst als von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützt sieht.²⁸ Durch die Zusammenstellung von deutschlandweit erreichbarer Kombinationen, wird diese nahezu im gesamten Markt vereinheitlicht.

Weiteren (potentiellen) Einfluss nehmen die Vermarkter durch ihre Vergütungssysteme.²⁹ So ist die Reichweite der einzelnen Sender bei der für die Werbetreibenden mit Abstand bedeutendste Hörergruppe der 14-49- bzw. 59-jährigen nicht nur für die Aufnahme in die Kombinationen selbst entscheidend. Auch die von den Vermarktern an die Sender zu zahlende Vergütung berechnet sich hauptsächlich nach den Hörerkontakten dieser Zielgruppe. Es ist also naheliegend, dass die Sender ihr Programm möglichst mit Themen besetzen, die diese Zielgruppen bedienen. Die Vermarktung in Kombinationen erfordert oftmals auch selbst eine Anpassung der Programmgestaltung an die der anderen in der jeweiligen Kombination vermarkteten Sender.³⁰ Mediale Meinungsbildung soll aber gerade nicht nur die Zielgruppe der 14-49-jährigen ansprechen.

27 Den tatsächlichen Einfluss auf die Programmgestaltung wird man in aller Regel nicht wissenschaftlich nachweisen können. Für die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Ausgestaltungen der Rundfunkfreiheit dürfte es aber ohnehin auch auf potentielle Beeinträchtigungen der Meinungsbildung ankommen.

28 *BVerfG*, in: NJW 1967, 976 (*Veröffentlichung von Auslands-Stellenangeboten in der Presse*), 976; *BVerfG*, in: NJW 1971, 1555 (*Verfassungswidrigkeit des Generalverbots der Werbung durch Bilder für Nacktkultur*), 1558; *BVerfG*, in: NJW 2001, 591 (*Benetton I*), 591; *BVerfG*, in: NJW 2005, 3201 (*Trennung von Werbung und Beiträgen*), 3201.

29 KEK 2018, Fn. 23, S. 87; *Kuhlmann*, Fn. 16, S. 127.

30 KEK, 2018, Fn. 23, S. 20.

Auch ist die Produktion des Programms für die Sender kostenaufwendig. Haben diese weniger finanzielle Mittel zur Verfügung, so müssen sie die Sendezeit auf möglichst günstige Weise füllen und können keine Mittel für hochwertige Programminhalte aufwenden, etwa indem sie hierfür notwendige Lizenzgebühren zahlen. Dies führt nicht nur generell zu weniger tiefgründigen und ähnlicheren Formaten, sondern hat auch für die einzelnen Sender negative Folgen. Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, dass hochwertigere Inhalte zu einer gesteigerten Attraktivität bei den Hörern und damit zu einer größeren Reichweite führt, die dann wiederum zu besseren Vermarktungskonditionen und eine höhere Reichweite ermöglichen (*Werbeeinnahmen-Reichweiten-Spirale*)³¹.

Schließlich liegt auf der Hand, dass das Betreiben von „Gefälligkeitsjournalismus“³² zugunsten der Werbetreibenden, also das positivere bzw. weniger kritische Berichten über Werbetreibende dort eine deutliche größere gesellschaftliche Gefahr darstellt, wo dieses senderübergreifend geschieht. Durch die ebenfalls starke Konzentration der auf Nachfrageseite handelnden Mediaagenturen steigt die Gefahr von redaktioneller Einflussnahme zusätzlich.³³

III. Verfassungsrechtlicher Rahmen

1. Rundfunkfreiheit

Die Rundfunk- bzw. Medienfreiheit nimmt unter den Grundrechten eine Sonderstellung ein.³⁴ Ihr Wirkungsbereich wird maßgeblich durch die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* geprägt. Einerseits schützt sie als klassisches Abwehrrecht die Beschaffung, redaktionelle Bearbeitung

31 KEK 2022, Fn. 14, S. 187.

32 Hierzu: *Kuhlmann*, Fn. 16, S.134 f. – mwN.

33 Bericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk 2018 (KEK 2015 (KEK 2015), S. 432 f., Problematisch ist insbesondere das (ausschließlich von RMS betriebene) „Trading“, bei dem Die Medienagenturen Werbezeitenpakete in großem Umfang und mit entsprechenden Rabatten einkaufen, ohne dass sie schon einen konkreten Abnehmer hierfür haben.

34 *Grabenwarter* in: Dürig/Herzog/Scholz, 102. EL August 2023, GG Art. 5 Abs. 1 Rnr. 517.

und Verbreitung von Meinungen und Tatsachenmitteilungen vor staatlichen Eingriffen.³⁵

Andererseits handelt es sich um eine „dienende Freiheit“ deren primäre Aufgabe es ist, die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung zu gewährleisten.³⁶ Sie bildet unter den Bedingungen der modernen Massenkommunikation eine notwendige Ergänzung und Verstärkung der Meinungsfreiheit.³⁷ Insbesondere sind staatlicherseits Vorkehrungen zu treffen, die verhindern, dass der Rundfunk nicht einer oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird. Diese Vorkehrungen sollen es vielmehr ermöglichen, die in Betracht kommenden gesellschaftlichen Kräfte im Gesamtprogramm zu Wort kommen zu lassen und die Freiheit der Berichterstattung zu gewährleisten.³⁸ Um diesem gerecht zu werden bedarf es mehr als nur der Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht. Der Gesetzgeber ist vielmehr dazu verpflichtet eine „positive Ordnung“ zu schaffen die eine umfassende und wahrheitsgemäße Informationsmöglichkeit sicherstellt.³⁹ Das hierin liegende Pluralismusgebot ist die Strukturmaxime des Rundfunks.⁴⁰ Ob der Gesetzgeber dies durch eine binnenpluralistische, oder eine außenpluralistische Struktur oder auf sonstige Weise regelt, bleibt ihm überlassen.⁴¹ Dabei kommt ihm grundsätzlich ein weiterer Gestaltungsspielraum zu.

Insbesondere hat der Gesetzgeber aber die vor dem Hintergrund der Pluralismusmaxime ein möglichst hohes Maß gleichgewichtiger Vielfalt im privaten Rundfunk zu erreichen und zu sichern und Konzentrationstendenzen, da sich diese nur schwer rückgängig machen lassen, rechtzeitig und so wirksam wie möglich entgegenzutreten.⁴²

Ob dazu auch die Einzelheiten der Finanzierung des privaten Rundfunks gehören, hat das *Bundesverfassungsgericht* dabei bislang ausdrücklich offengelassen und hierzu nur festgestellt, dass eine Ausgestaltung, die

35 Siehe statt aller nur *Fechner*, Medienrecht, 22. Aufl. 2023, Kap. 10 Rnr. 35 f.

36 St. Rspr, siehe nur *BVerfG*, in: NJW 1981, 1774 (*FRAG*), 1775; *BVerfG*, in: 1987, 2987 (*Baden-Württemberg*), 2987/2988; *BVerfG*, in: NJW 1991, 899 (*WDR*), 899; *BVerfG*, in: NJW 1992, 3285 (*Hessen*), 3285.

37 *BVerfG*, in: NJW 1981, 1774 (*FRAG*), 1775.

38 *BVerfG*, in: NJW 1981, 1774 (*FRAG*), 1776 - mwN.

39 *BVerfG*, in: NJW 1981, 1774 (*FRAG*), 1976; *BVerfG*, in: NJW 1987, 239 (*Niedersachsen*), 249.

40 *Dörr*, in: ZUM 2015, 89, 91.

41 *BVerfG*, in: NJW 1981, 1774 (*FRAG*), 1977; *BVerfG*, in: NJW 1987, 239 (*Niedersachsen*), 240.

42 *BVerfG*, in: NJW 1981, 1774 (*FRAG*), 1976.

den Betrieb privater Rundfunksender zur Unwirtschaftlichkeit verurteilen würde und damit die Ausübung der Rundfunkfreiheit nur mit Verlusten ermöglichen würde, mit der Rundfunkfreiheit nicht vereinbar sei.⁴³ Der Gesetzgeber darf private Rundfunkveranstalter nicht mit Voraussetzungen belasten, die ihre Tätigkeit erheblich behindern oder unmöglich machen.⁴⁴ Die Verfassung verpflichtet dazu, den privaten Rundfunkveranstaltern eine realistische Chance zur Verwirklichung des dualen Rundfunksystems zu schaffen.⁴⁵

Richtigerweise ist von einer näheren Ausgestaltungspflicht immer dann auszugehen, wenn sie zur Wahrung der Medienfreiheit im vorstehend skizzierten Sinne erforderlich ist. Denn dadurch, dass der Gesetzgeber den privaten Rundfunk zugelassen hat, hat er „Grundrechtssubstanz“ geschaffen und muss damit konsequenterweise auch gewährleisten, dass die faktische Möglichkeit besteht, das Grundrecht auszuüben.⁴⁶ Und zwar nicht nur für bestehende, derzeit besonders erfolgreiche Radioveranstalter sondern letztlich für alle heute und zukünftig zugelassenen Senderbetreiber.

Eine solche Regelung ist mittlerweile schon aus Gründen der Konzentrationsverhinderung erforderlich. Auch für den privaten Rundfunk hat das *Bundesverfassungsgericht* klargestellt, dass der Gesetzgeber Regelungen treffen muss, um eine ausreichende Pluralität bei den Senderbetreibern zu gewährleisten. Das aktuell vorherrschende Regelungsregime läuft im Hinblick auf den hier besprochenen Problemkreis weitgehend ins Leere und wird durch die Duopolstellung der Vermarkter und deren Einfluss auf die Sendelandschaft sowie die Programmgestaltung weitgehend ausgehöhlt.

Für eine Regelungspflicht spricht auch das duale System selbst und die daraus resultierende Beziehung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk. Denn einerseits stellen die gesetzlichen Regelungen zur Rundfunkbeitragsfinanzierung einen Eingriff in die subjektive Rundfunkfreiheit der privaten Senderbetreiber dar, der eine gesetzliche Grundlage benötigt.⁴⁷ Spiegelbildlich stehen die privaten Sender mit den öffentlich-

43 *BVerfG*, in: NJW 1991, 899 (WDR), 899, 908.

44 *Klein*, Die Rundfunkfreiheit, München, 1978, S. 60f.; *Kuhlmann*, Fn. 16, S. 163.

45 *Neft*, Rundfunkwerbung und Rundfunkfreiheit, München, 1994, S. 63; *Klein*, Fn. 44, S. 73.

46 *Kuhlmann*, Fn. 16, S. 154.

47 *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, 102. EL August 2023, GG Art. 5 Abs. 1 Rnr. 822.

rechtlichen Sendern in einem einheitlichen Markt⁴⁸ im Wettbewerb um Werbekunden, sodass die Finanzierung der privaten Sender zwangsläufig Auswirkungen auf die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Sender hat. Diese ist jedoch zwingend als Teil der positiven Ausgestaltung durch den Gesetzgeber zu regeln.

Schließlich gilt es auch die tatsächlichen Entwicklungen zu beachten. Sowohl im Fernsehen als auch im Radio hat sich die Verteilung der Rezipienten seit der Zulassung des privaten Rundfunks stark zu dessen Gunsten verschoben. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk verliert zudem in Teilen der Bevölkerung mehr und mehr an Glaubwürdigkeit. Es wird heftiger nach dessen Auflösung oder wenigstens starker Beschneidung gerufen, als in den vergangenen Jahren. Insgesamt werden Onlinemedien – in all ihren Ausgestaltungen und mitsamt den eingangs beschriebenen Gefahren – gerade bei den jüngeren Generationen immer wichtiger.⁴⁹

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk mag daher zwar noch dazu geeignet sein, eine Grundversorgung mit unabhängigen, umfassenden und vielfältigen Leistungen anzubieten, seine Bedeutung für die gesellschaftliche Willensbildung wird aber zunehmend weniger relevant. Daran wird auf lange Sicht auch die vom *Bundesverfassungsgericht* erteilte Finanzierungs- und Entwicklungsgarantie nichts ändern können. Der Beitragszahler wird mittelfristig einen öffentlich-rechtlichen Rundfunk, der im Kampf um die Meinungshoheit mit sämtlichen Staaten, Medienhäusern, Einzelpersonen und KI-Bots der Welt mit seiner bisherigen Stellung auf nationaler Ebene vergleichbar ist, immer weniger finanzieren können und wollen.

Im Hinblick auf den privaten Rundfunk nicht davon erfasst wird allerdings die staatliche Gewährung einer bestimmten Finanzierungsart bzw. eines bestimmten Refinanzierungsmodells, bspw. Vermarktung von Werbezeit und -raum. Die Entfaltung eines bestimmten Geschäftsmodells wird ebenfalls nicht geschützt.⁵⁰ Der Schutz der Finanzierungsgrundlage basiert allein auf der Bedingung, dass ein vielfältiger, finanziell unabhängiger und Chancengleichheit fördernder Rundfunk gewährleistet wird. Dies bedeutet,

48 *Hans. OLG HH*, in: GRUR-RS 2023, 164, Rnr. 43 f.; von *LG Hamburg*, Urt. V. 16.07.2013, Az. 312 O 202/12, zitiert nach: GRUR-RS 2013, 19515 (*AS&S vs. RMS*) zwanglos vorausgesetzt.

49 Dörr ging daher schon in ZUM 2015, 6, 13; davon aus, der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Grundversorgung der 14–49-Jährigen nicht mehr hinreichend gewährleistet.

50 *Kuhlmann*, Fn. 16, S. 163.

dass sich der Schutz auf die Werbeeinnahmen beschränkt, die realistisch-weise die erforderlichen finanziellen Mittel erwirtschaften können.⁵¹

Gleichwohl kann sich aus dem Schutz von Art. 5 Abs. 1 S. 1 S. 2 GG auch die Finanzierungsfreiheit eines bestimmten Modells ergeben. Dies ist der Fall, wenn eine bestimmte Finanzierungsart unter dem Postulat der faktischen Funktionsgewährleistung die einzig realistische Chance auf ausreichende wirtschaftliche Entfaltung bietet.⁵² Dies stellt eine Modifikation des Schutzes für private Veranstalter auf Gewähr einer realistischen Chance auf Refinanzierung zur Gewährleistung der Eröffnung einer bestimmten Finanzierungsoption.⁵³

2. Wettbewerbsfreiheit

Art. 12 Abs. 1 GG gewährt den Sendebetreibern neben dem Schutz ihrer publizistischen Arbeit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) den Schutz wirtschaftlich veranlassten Tätigkeiten nachzugehen, d.h. die Möglichkeit der Rundfunkveranstalter mit ihren Sendern Gewinn zu machen.⁵⁴ Im Rahmen der Wettbewerbsfreiheit wird den privaten Sendebetreibern die Möglichkeit eingeräumt, aktiv am Wettbewerb teilzunehmen und Wettbewerbschancen zu erhalten.⁵⁵ Dahinter steht die Entfaltung der Persönlichkeit der Sendebetreiber nicht nur zur Meinungsbildung sondern auch zum rein kommerziellen Zweck.⁵⁶

Kern der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit privater Sendebetreiber ist neben der Programmdienstleistung die Vermarktung von Werbezeit und -raum, einschließlich aller damit zusammenhängenden Tätigkeiten.⁵⁷ Die Gewährleistung des Schutzbereichs zur wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit durch den Staat erfolgt, indem er die privaten Sendebetreiber vor anderen Privaten vor Beschneidungen administrativ und legislativ schützt. Eine

51 Kuhlmann, Fn. 16, S. 164.

52 Kuhlmann, Fn. 16, S. 164.

53 BayVGH, in: NVwZ-RR 1996, 267, 268 (Teleshopping); ebs. Dörr/Wagner, in: ZUM 2013, 525.

54 Klein, Fn. 44, S. 120.

55 Klein, Fn. 44, S. 120; Kuhlmann, Fn. 16, S. 162.

56 Kuhlmann, Fn. 16, S. 161 f., Müller-Rüster, Product Placement im Fernsehen, Tübingen, 2010, S. 394.

57 Müller-Rüster, Fn. 56, S. 394; Kuhlmann, Fn. 16 S. 254.

solche Schutzpflicht hat der Staat insbesondere, wenn eine Beschneidung durch andere missbräuchlich erfolgt.⁵⁸

Bei Aktivitäten mit kommunikativen Elementen und grundlegenden Fragen zur Finanzierung des Rundfunks tritt die Berufsfreiheit wohl im Rahmen einer Spezialität hinter der Medien- bzw. Rundfunkfreiheit zurück, denn die wirtschaftliche Entfaltung, welche grundsätzlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist, umfasst die Finanzierung der privaten Rundfunkanbieter nicht. Dies begründet sich damit, dass die Finanzierung der privaten Rundfunkanbieter Ausfluss des Meinungsbildungsprozesses ist und daher unter Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützt wird.⁵⁹

IV. Bisherige Umsetzung durch den Gesetzgeber

1. Vielfaltssicherung durch die Landesmediengesetze

Als Teil der Kulturhoheit liegt die Pflicht zur Ausgestaltung bei den Ländern. Maßgeblich für den lokalen und regionalen Hörfunk sind die jeweiligen Landesmediengesetze. Im Hinblick auf die hier besprochenen Probleme schweigen die Landesmediengesetze ebenso wie der Medienstaatsvertrag.

2. Kartellrecht

Die medienrechtlichen Regeln werden von den allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts, im Hinblick auf das Verhindern von Machtkonzentration namentlich denen des Kartellrechts flankiert. Nach § 33 Abs. 1 GWB ist derjenige, der gegen die Vorschriften des ersten Teils des GWB verstößt, gegenüber dem Betroffenen zum Unterlassen verpflichtet. Aus diesem Unterlassungsanspruch kann sich, wenn der Verstoß in der Nichtvermarktung besteht, ein Anspruch auf Vermarktung ergeben. Außerdem stehen dem Betroffenen bei einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der genannten Bestimmungen Schadensersatzansprüche aus § 33a Abs. 1 GWB zu. Im Einzelfall kommt insbesondere ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 19 GWB in Betracht.

⁵⁸ Kuhlmann, Fn. 16, S. 162.

⁵⁹ Kuhlmann, Fn. 16, S. 162 u. S. 254.

a) Marktbeherrschende Stellung

Nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist ein Unternehmen marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Die marktbeherrschende Stellung wird gemäß § 18 Abs. 4 GWB bei einem Marktanteil von mindestens 40% vermutet. Für die Frage, ob dieser Wert erreicht ist, kommt es maßgeblich auf die Bestimmung des zugrunde zulegenden Marktes an. Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht dabei, da für die Werbekunden überregionale Werbung nicht mit regional bzw. lokal geschalteter Werbung austauschbar ist, zu Recht von einem in sachlicher Hinsicht für beide Vermarkter einheitlichen, auf die Vermarktung an national Werbetreibende beschränkten Markt aus.⁶⁰ In räumlicher Hinsicht umfasst er das Bundesgebiet.⁶¹ Während die marktbeherrschende Stellung im Falle von RMS mit einem Marktanteil von regelmäßig über 60% in allen bekanntgewordenen Fällen bejaht wurde⁶², dürfte jedenfalls die Vermutungsregel des § 18 Abs. 4 GWB für ARD Media (Anteil an Bruttowerbeumsätzen ca. 35%⁶³) nicht zwanglos greifen.

b) Marktmissbrauch der Vermarkter

Die Geschäftspraxis der Vermarkter kann im Einzelfall als missbräuchliches Ausnutzen im Sinne des § 19 GWB zu sehen sein.

In Fällen, in denen der Vermarkter die Aufnahme dessen Senderkombination verweigert wird regelmäßig der Tatbestand des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB zu prüfen sein, wonach ein Missbrauch insbesondere dann vorliegt,

60 BGH, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), 631, Rnr. 21; Hans. OLG HH, Urt. v. 28.02.2019, Az 3 U 232/16 Kart, zitiert nach: GRUR-RS 2019, 53050, Rnr. 172 f.; Rnr. 47 f.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.01.2003 - Kart 38/01, zitiert nach: BeckRS 2011, 3010; BKartA, zitiert nach: BeckRS 2014, 11088.

61 Wie vor.

62 Wie vor.

63 RMS. (23. Januar, 2024). Bruttowerbeumsätze der Radiovermarkter RMS, AS&S, und Euro Klassik in Deutschland in den Jahren 2022 und 2023 (in Millionen Euro) [Graph]. In Statista. Zugriff am 30. März 2024, von <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/255227/umfrage/bruttowerbeumsaetze-der-vermarkter-von-radiowerbung/>.

wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter von gewerblichen Leistungen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen. Dabei ist im Rahmen einer zweistufigen Prüfung jeweils zunächst festzustellen, ob objektiv eine Behinderung oder Ungleichbehandlung vorliegt und sodann, ob diese unbillig oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgt ist.⁶⁴

Verweigern die Vermarkter die Aufnahme eines Senders/einer Senderkombination wird darin regelmäßig eine Ungleichbehandlung gleichartiger Unternehmen liegen. Diese ist darin zu sehen, dass die Vermarkter andere Sender vermarkten.⁶⁵

Ob für eine unterschiedliche Behandlung eine sachliche Rechtfertigung besteht, ist aufgrund einer Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Kartellrechts zu beantworten.⁶⁶ Danach steht es den Vermarktern grundsätzlich frei, für eine Aufnahme in ihr Vertriebssystem sachlich angemessene Anforderungen zu stellen, sofern sie diese einheitlich und diskriminierungsfrei anwenden.⁶⁷ Dies gilt für die Vermarkter schon bei der Entscheidung darüber, welche Sender sie in die Kombination aufnehmen.⁶⁸

Bezüglich des Aufnahmekriterien der RMS hat das *Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg*⁶⁹ nach Hinweis durch den *Bundesgerichtshof*⁷⁰ dabei entschieden, dass das von der RMS verwendete Aufnahmekriterium einer landesweiten Sendelizenz diesen Anforderung nicht standhält, da dieses nicht im gesamten Bundesgebiet einheitlich angewendet werden kann und keine erkennbare absatzwirtschaftliche Bedeutung hat.

Sachlich unangemessen ist auch die Voraussetzung, dass der aufnahmewillige Sender alternativ 50% der Wohnbevölkerung eines Bundeslandes erreichbar sein muss. Denn damit wird flächenbezogenes Kriterium durch

64 Westermann in: MüKoEuWettbR, 4. Aufl. 2022, GWB § 19 Rnr. 39.

65 So beispielsweise BGH, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), Rnr. 23; BKartA, Fn. 24, Rnr. 47 (zu § 20 Abs. 1 GWB a. F. 1999); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.01.2003, Az. Kart 38/01, zitiert nach BeckRS 2011, 3010 (zu § 20 Abs. 1 GWB a. F. 1999).

66 Ständige Rspr: BGH, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), Rnr. 25. – mwN.

67 BGH, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), Rnr. 28.

68 Wie vor.

69 Hans. OLG HH, in: GRUR-RS 2023, 164 Rnr. 67.

70 Wie vor.

ein Bevölkerungsbezogenes Kriterium ersetzt, sodass es hiermit mehr auf die Bevölkerungsdichte als auf die Senderstärke ankommt.⁷¹

Die von der RMS aufgestellten Hörerzahlkriterien sind nach der Rechtsprechung grundsätzlich sachgerecht, allerdings im genannten Verfahren nicht relevant. Aber grundsätzlich zu beachten ist, dass die RMS durchaus Sender vermarktet, die diese von ihr selbst als Kriterium geführten Hörerzahlen nicht erfüllen. Die RMS wendet also auch dieses Kriterium nicht einheitlich an. Die RMS hatte sich hierzu darauf berufen⁷², dass dieser Umstand der späteren Änderung von Aufnahmekriterien und einem damit verbundenen Bestandsschutz geschuldet sei.

Für alle Kriterien dürfte gelten, dass eine nachträgliche Änderung mit dem Ziel unliebsame Aufnahmebegehren abzulehnen, also die Setzung eines Schwellenwerte gerade oberhalb eines aktuellen Bewerbers, um diesen dann deswegen ablehnen zu können, unzulässig ist.⁷³

Dafür, dass die Rechtsprechung und/oder *Bundeskartellamt* im Rahmen ihrer Abwägungen (zumindest auch) die Rundfunkfreiheit der Sender berücksichtigt hat, liegen, obgleich dies zumindest im ersten Berufungsverfahren vor dem *Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg* geltend gemacht wurde⁷⁴, keine Anzeichen vor. Jedenfalls dann, wenn man von einer Ideal Konkurrenz zwischen Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 12 GG ausgeht, wäre die Rundfunkfreiheit der Sender aber bei der Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe mittelbar drittwirkend zu berücksichtigen.⁷⁵ Jedenfalls in den weiteren Entscheidungen bestand dazu aber auch keine Not.

3. Faktische Grenzen des Kartellrechts

Das Kartellrecht bietet im Einzelfall Möglichkeiten für die Senderbetreiber, den notwendigen Zugang zum nationalen Werbemarkt gerichtlich durchzusetzen. Diese theoretische Möglichkeit scheitert aber häufig an praktischen Gegebenheiten. Die Senderbetreiber sind gezwungen einen

71 BGH, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), Rnr. 40, *Hans. OLG HH*, GRUR-RS 2023, 164 Rnr. 68.

72 BGH, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), 631, Rnr. 63 ff.

73 BGH, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), Rnr. 64 - In Bezug auf das Hörerzahlkriterium.

74 *Hans. OLG HH*, Urt, v, 28.02.2019, Az. 3 U 232/16 Kart, zitiert nach: GRUR-RS 2019, 53050, Rnr. 37.

75 So wohl auch: *Ciftci*, in: NJOZ 2014, 921, 923.

ressourcenaufwendigen Kampf „David gegen Goliath“ zu führen. Einige Senderbetreiber werden daher schon von vornherein auf eine gerichtliche Durchsetzung möglicherweise bestehender Ansprüche verzichten.

Andere Senderbetreiber, die bereit sind gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, sind einer Doppelbelastung ausgesetzt. Einerseits müssen sie die mit einem langwierigen Verfahren einhergehenden Aufwendungen erbringen, die aufgrund der regelmäßig hohen Streitwerte erheblich sein können. Andererseits fehlt ihnen währenddessen weiterhin der Zugang zu national Werbetreibenden. Für die über ungleich höhere Mittel verfügenden Vermarkter bedeutet das, dass sich das Problem unliebsamer Aufnahmebegehren mit der Zeit gegebenenfalls von selbst löst, wenn diese ihre Kontrahierungs- und Zahlungsverpflichtungen nur lange genug hinauszögern. Die Vermarkter machen sich diesen Umstand zu nutze.

Beispielhaft kann auf ein bereits angesprochenes Verfahren mehrerer Sender gegen die RMS verwiesen werden.⁷⁶ Allein das Erkenntnisverfahren auf erster Stufe hat hier rund zehn Jahre gedauert. Zwischenzeitlich mussten die Kläger den Betrieb eines von ihnen betriebenen Senders aus finanziellen Gründen einstellen. Die RMS wurde hier zwar zur Auskunft verurteilt, ist dem Urteil aber erst rund ein Jahr später und nicht ohne durchführen eines Zwangsgeldverfahrens nachgekommen. Die Kläger haben nach elf Jahren des Prozessierens bisher keinen Schadensersatz erhalten. Eine Vermarktung durch RMS findet weiterhin nicht statt.

Dass dies kein einmaliger Extremfall ist und die Vermarkter ihre Gatekeeperstellung aktiv verteidigen und ausbauen, zeigt beispielsweise auch das Vorgehen der RMS im Fall der Betreiber zweier Aachener Lokalsender, die, zu einer Senderkombination zusammengeschlossen, eine Vermarktung durch die RMS angestrebt hatten.⁷⁷ Das *Bundeskartellamt* gab den Senderbetreibern recht und verpflichtete die RMS gem. §§ 32 GWB a.F. die Aachener Senderkombination zu vermarkten. Die RMS kam dem schließlich nach, vermarktete die Sender aber nicht im Rahmen ihrer etablierten RMS WEST KOMBI, mit denen Werbetreibende – mit Ausnahme des Gebietes Aachen - ganz Westdeutschland erreichen konnten/können, sondern in

76 BGH, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*); Hans. OLG HH, GRUR-RS 2023, 164; Hans. OLG HH, Urt. v. 28.02.2019, Az 3 U 232/16 Kart, zitiert nach: GRUR-RS 2019, 53050; LG Hamburg, Urt. v. 07.09.2016, Az. 408 HKO 162/13 (1), zitiert nach BeckRS 2016, 16765.

77 BKartA, Beschl.v. 15.08.2001, Az. B 6 - 92202 - TX - 127/99 (*Aachener Senderentscheidung*).

einer als Reaktion auf die Verfügung neu geschaffenen RMS WEST KOMBI PLUS. Die daneben weiter bestehende RMS WEST KOMBI bewarb sie weiterhin als „Das Angebot zur vollständigen Abdeckung Westdeutschlands der RMS“. Noch vor einer Entscheidung über die anhängige Schadensersatzklage wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Senderbetreiber eröffnet.⁷⁸

Gleichzeitig schottet die RMS sich weiterhin rechtswidrig auch gegen zukünftige Vermarktungsbegehren ab. So sind die vom *Hanseatischen Oberlandesgericht* ausdrücklich für unzulässig befunden Aufnahmekriterien einer landesweiten Rundfunklizenz bzw. der technischen Erreichbarkeit von mindestens 50% der Wohnbevölkerung eines Bundeslandes weiterhin Bestandteil der von RMS veröffentlichten Aufnahmekriterien.⁷⁹ Zeitgleich werden auch trotz der insoweit eindeutigen Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* weiterhin Sender der RMS-Gesellschafter vermarktet, die jeweils nicht alle der seit der Entscheidung unverändert gebliebenen Aufnahmekriterien der RMS erfüllen.

Obwohl die RMS im Fall der Aachener Lokalsender die Anordnung des *Bundeskartellamtes* schlicht umgangen hat, ist dieses in dem vom *Hanseatischen Oberlandesgericht* entschiedenen Fall deshalb nicht tätig geworden, weil es die Möglichkeit des (zivil-)gerichtlichen Rechtsschutzes für zumindest subsidiär hält. Auch wenn diese Sicht angesichts des geschilderten Prozessverlaufs nur schwierig nachzuvollziehen ist, besteht grundsätzlich kein Anspruch der Betroffenen auf ein Tätigwerden des *Bundeskartellamts*.

V. Fazit

Die aufgezeigten Probleme verdeutlichen, dass die Medienfunkfreiheit jedenfalls im Hinblick auf den betrachteten Teilbereich der Finanzierung des privaten Hörfunks nur unzureichend ausgestaltet ist. Letztlich sind es zwei private Vermarktungsagenturen, die die Entscheidungsmacht darüber haben, welche Sender ihre Werbezeiten an nationale Werbekunde vermarkten können und welche Sender nicht. Der Zugang der Sender zum nationalen

78 Zum Ganzen; *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 22.01.2003 - Kart 38/01, zitiert nach: BeckRS 2011, 3010.

79 *BGH*, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), Rnr. 44; Übersicht über die Zusammensetzung der sog. Super-Kombination der RMS, abrufbar unter https://rms.de/portfolio/Sender_und_Kombi/s/RMS-SUPER-KOMBI, zuletzt abgerufen am 1. April 2024.

Werbemarkt ist für die Sender aber von teilweise existentieller Bedeutung. Im Ergebnis entscheiden die beiden privaten Vermarktungsagenturen also über das Wohl und Wehe aller großen Radiosender und der gesamten deutschen Radiolandschaft.

Das Kartellrecht konnte dem bisher selbst dann, wenn ein missbräuchliches Verhalten der Vermarkter festgestellt wurde, nicht wirkungsvoll begegnen. Dieser, zunächst mit dem individualschützenden Charakter der Rundfunkfreiheit nicht in Einklang zu bringende Umstand, wirkt sich hierdurch auch auf die strukturelle Vielfalt aus.

Zudem fehlt es damit an einem wirksamen Instrument, um einer zunehmenden Konzentration entgegenzutreten. Dieses an sich schon nicht zu unterschätzende Spannungsverhältnis wird dadurch verstärkt, dass der für den privaten Rundfunk einzig wirklich relevante Vermarkter, die RMS, wiederum selbst den Betreibern etablierter Sender gehört. Diese haben naturgemäß ein erhebliches Interesse daran Wettbewerber möglichst vom Markt fernzuhalten bzw. sogar aktiv zu verdrängen, um eigene Gewinne zu maximieren.

Die Landesmediengesetze treffen zwar Regelungen zur Sicherung von Vielfalt und versuchen zunehmender Konzentration entgegenzuwirken, sie erfassen die aufgezeigten Probleme jedoch nicht. Der Medienstaatsvertrag regelt sehr detailliert, wie die Meinungspluralität bei Einschaltung von Medienplattformen, Betreiber sog. Benutzeroberflächen und Medienintermediären gewahrt und sichergestellt werden soll.

Allgemeine wettbewerbs- und kartellrechtliche Regelungen bieten den Sendern zwar die Möglichkeit individuellen Rechtsschutz im Einzelfall durchzusetzen, die bisherige Praxis zeigt aber, dass dieser häufig nur theoretischer Natur ist und für die betroffenen Sender häufig zu spät kommt. Dies mag ein grundsätzliches Problem sein, ist aber aufgrund der Bedeutung der Kommunikationsfreiheit für die Demokratie hier umso weniger hinzunehmen.

Die derzeitige Umsetzung des durch Art. 5 Abs.1 S.2GG vorgegebenen Gestaltungsauftrag genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Die (Landes-)Gesetzgebung ist angehalten diesen verfassungswidrigen Zuständen entgegenzuwirken und damit eine der grundlegenden Voraussetzung für eine funktionierende Demokratie zu sicherzustellen. Dazu wird es Regelungen bedürfen, die der derzeit nahezu uneingeschränkte Meinungsmacht der Vermarktungsagenturen deutliche Grenzen setzt.

