

Frank Fechner (Hrsg.)

Crossmediale Fusionen und Meinungsvielfalt

Medienrechtliche Schriften

Herausgegeben von Prof. Dr. Frank Fechner

Institut für Rechtswissenschaft an der TU Ilmenau

Band 3

Crossmediale Fusionen und Meinungsvielfalt

Juristische und ökonomische
Betrachtungen

mit Beiträgen von Dieter Dörr,
Hermann H. Kallfaß, Ralf Dewenter,
Tankred Schipanski, Heike Walterscheid,
Björn A. Kuchinke und Thomas Henders

herausgegeben von Frank Fechner



Universitätsverlag Ilmenau
2007

Impressum

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Technische Universität Ilmenau/Universitätsbibliothek

Universitätsverlag Ilmenau

Postfach 10 05 65

98684 Ilmenau

www.tu-ilmenau.de/universitaetsverlag

Herstellung und Auslieferung

Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG

Am Hawerkamp 31

48155 Münster

www.mv-verlag.de

ISSN 1864-0273

ISBN 978-3-939473-24-4

Vorwort

Mit dem interdisziplinären Projekt „Die Privatkopie. Juristische, ökonomische und technische Betrachtungen“ konnte im vergangenen Jahr Band 1 der Reihe „Medienrechtliche Schriften“ eröffnet werden. In diesem Jahr hat wiederum eine Veranstaltung im Schnittbereich von Recht und Ökonomie stattgefunden. In ihrem Zentrum stand ein Vortrag von Herrn Prof. Dr. Dieter Dörr von der Universität Mainz, einem der bekanntesten Medienrechtler in Deutschland, der in den Jahren 2004 bis 2007 den Vorsitz in der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) inne hatte und damit maßgeblich an der ablehnenden Entscheidung der KEK zur Übernahme von ProSiebenSat.1Media AG durch die Axel Springer AG vom 10.1.2006 beteiligt war. Sein Vortrag, den er im Sommersemester 2007 an der Technischen Universität Ilmenau gehalten hat, wurde aus ökonomischer Sicht durch den Beitrag von Herrn PD Dr. Ralf Dewenter von der Universität Hamburg kritisch ergänzt. Herr Prof. Dr. Hermann H. Kallfaß befasste sich in seinem Beitrag mit der Entscheidung des Bundeskartellamts zum Zusammenschlussvorhaben der Axel Springer AG und der ProSiebenSat.1Media AG vom 19.1.2006, die parallel zur Entscheidung der KEK erging. Das gescheiterte Übernahmeverhaben führte zu Bestrebungen der Politik, die KEK in ihrer Zusammensetzung zu verändern. Diese Pläne des Gesetzgebers kommentiert Ass. iur. Tankred Schipanski in seinem Beitrag. Ergänzend bewertet Frau Dr. Heike Walterscheid die Untersagung der Fusion durch die KEK unter ökonomischen Gesichtspunkten. Zudem beleuchten Dr. Björn Kuchinke und Thomas Henders das aktuelle Zusammenschlussvorhaben von Sony und BMG aus ökonomischer Sicht.

Die verschiedenen Beiträge spiegeln die unterschiedlichen Betrachtungsweisen von Juristen und Ökonomen bei crossmedialen Fusionen wider. Die in den Beiträgen zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts können in meiner Sammlung „Entscheidungen zum Medienrecht“ nachgelesen werden. Es bleibt zu hoffen, dass die Diskussion zwischen den Disziplinen sich nicht in einer Debatte über die unterschiedlichen Methoden und Zielsetzungen erschöpft, sondern zu

gemeinsamen Ergebnissen im Sinne einer meinungspluralen, informativen und qualitativ hochwertigen Medienlandschaft führt.

Mein Dank gilt wiederum Herrn Bibliotheksrat Dr. Eric Steinhauer von der Universitätsbibliothek der TU Ilmenau, der uns das Experiment des hybriden Publizierens eröffnet hat und dessen Erfolge bereits dokumentierten konnte. Zudem danke ich meinem Assistenten Herrn Ass. iur. Tankred Schipanski für die wissenschaftliche Begleitung des gesamten Projekts sowie meiner Sekretärin, Frau Heike Müller, und der studentischen Hilfskraft, Herrn Daniel Gähke, für die lektoratsmäßige Betreuung.

Ilmenau im November 2007

Frank Fechner

Inhaltsverzeichnis

Vorwort des Herausgebers 5

Juristische Aspekte

Die Sicherung der Meinungsvielfalt und die Springer-Entscheidung
der KEK 8

Prof. Dr. iur. Dieter Dörr

Kommentar zu den Reformierungsbestrebungen der Zusammensetzung der
KEK im Rahmen des 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrags 28

Ass. iur. Tankred Schipanski

Ökonomische Aspekte

Crossmediale Fusionen und Meinungsvielfalt: Eine ökonomische Analyse 47

Privatdozent Dr. rer. pol. Ralf Dewenter

Die Entscheidung des Bundeskartellamtes zum Zusammenschlussvorhaben
Axel Springer AG und ProSiebenSat. 1 Media AG 90

Prof. Dr. rer. pol. Hermann H. Kallfaß

Crossmediale Fusionen, Wettbewerb und erforderliche Vielfalt. Was können wir
wissen? - Ein Kommentar zur Untersagung des Fusionsbegehrens der Axel
Springer AG mit der ProSiebenSat.1 Media AG - 108

Dr. rer. pol. Heike Walterscheid

Aktuelle Diskussionen zum Zusammenschlussfall Sony/BMG und der Klage
von Impala: Eine wettbewerbsökonomische Würdigung 158

Dr. rer. pol. Björn A. Kuchinke, Thomas Henders

**Die Sicherung der Meinungsvielfalt
und die Springer-Entscheidung der KEK***

Prof. Dr. Dieter Dörr**

I. Einleitung	9
II. Der verfassungsrechtliche Hintergrund	10
III. Die einfachgesetzlichen Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags.....	11
1. Das Zuschaueranteilsmodell.....	11
2. Die Vermutungsregelungen des § 26 Abs. 2 RStV.....	13
3. Die Gewichtungsfaktoren bei medienrelevanten verwandten Märkten....	18
IV. Die Anwendung der Grundsätze bei der Springer-Entscheidung.....	19
V. Ausblick	21

* Die Vortragsform wurde beibehalten und lediglich um einige Fußnoten ergänzt.

** Professor an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, Medienrecht, Direktor des Mainzer Medieninstituts.

I. Einleitung

Die Entscheidung der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) vom 10. Januar 2006¹, mit der diese die Übernahme der ProSiebenSat.1Media AG durch die Axel Springer AG ablehnte, hat eine lebhafte Debatte ausgelöst. Die Bewertung bewegt sich dabei zwischen polemischer Kritik² und mit bedenkenswerten Reformanstößen verbundener grundsätzlicher Zustimmung³, wie insbesondere den Überlegungen zu einer Effektivierung der Zusammenarbeit der drei involvierten Institutionen Bundeskartellamt, KEK und Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM).⁴

Es ist wegen der wirtschaftlichen Bedeutung des Falles nicht überraschend, wenn auch im Hinblick auf an sich selbstverständlich zu beachtende Verfahrensgrundsätze bedauerlich, dass sich die KEK schon während des Verfahrens immer wieder mehr oder minder deutlich formulierten „Ratschlägen“ des Präsidenten einer Landesmedienanstalt ausgesetzt sah, der bereits am Tag der Antragstellung wusste und öffentlich verkündete⁵, dass dieses Vorhaben medienrechtlich unbedenklich sei. Verfahrensrechtlich mehr als problematisch wird der Vorgang, wenn Direktoren und Präsidenten von Landesmedienanstalten, die in dieser Eigenschaft auch Mitglieder der Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) sind, eine Entscheidung der KEK öffentlich bewerten, bevor sie ihnen überhaupt zugegangen ist, also bevor sie die umfangreiche Begründung kennen können.⁶ Es gehört nämlich zu den zentralen Grundsätzen, dass sich Mitglieder eines Entscheidungsorgans unparteiisch und unvoreingenommen einer Sache annehmen, mit der sie befasst werden.

¹ Vgl. Beschluss der KEK vom 10.1.2006, AZ 293-1 bis -5, abrufbar unter www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf.

² Vgl. etwa Säcker, K&R 2006, S. 49 ff.: KEK-Modell wäre „neosozialistische“ Enteignung, dazu auch epd medien 12/2006, S. 15; ähnlich polemisch Bornemann, ZUM 2006, S. 200 ff.

³ Hain, K&R 2006, S. 150 ff. sowie Bohne, WRP 2006, S. 540, 547 ff.; Gounalakis/Zagouras, AfP 2006, S. 93 ff. und Gounalakis/Zagouras, NJW 2006, S. 1624, 1626 ff.

⁴ Siehe hierzu etwa die unterschiedlichen Vorschläge von Dörr, Ring, Röper und Schulz in epd medien 14/2006, S.10.

⁵ Vgl. Pressemitteilung der BLM vom 5.8.2005, abrufbar unter www.blm.de/inter/de/pub/aktuelles/pressemitteilungen/pressemitteilungen.cfm?fuseaction_pre=detail&prid=905&.

⁶ Vgl. dazu epd medien 4/2006, S. 9 vom 18.1.2006 und epd medien 6/2006, S. 9 vom 25.1.2006.

II. Der verfassungsrechtliche Hintergrund

Wenn es um die Sicherung der Meinungsvielfalt geht, muss man sich stets den verfassungsrechtlichen Hintergrund vor Augen halten. Die Rundfunkfreiheit ist wie kaum ein anderes Grundrecht durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägt. Das Bundesverfassungsgericht hat als authentischer Interpret des Grundgesetzes aus der knappen Bestimmung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG differenzierte und weitgehende Anforderungen an die Rundfunkordnung in der Bundesrepublik Deutschland entwickelt.

Auf der Grundlage, dass die Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ zu verstehen sei, betont das Bundesverfassungsgericht, dass gesetzliche Regelungen notwendig seien, die sicherstellen, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in größtmöglicher Breite und Vollständigkeit zum Ausdruck gelangen.⁷ Dabei ist zunächst auf das Gesamtangebot der elektronischen Medien abzustellen, also das Angebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in die Ermittlung des Vielfaltbefundes einzubeziehen. Aber auch der private Rundfunk unterliegt für sich allein einem entsprechenden Gebot in freilich abgesenkter Weise: Er hat lediglich einem „Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt“ zu genügen.⁸

Bei der Aufgabe, die Meinungsvielfalt in dieser Weise zu sichern, handelt es sich zunächst um eine Angelegenheit der Länder. Die Landesgesetzgeber haben demnach dafür Sorge zu tragen, dass das Gesamtangebot der inländischen Programme die Vielfalt der bestehenden Meinungen in größtmöglicher Breite und Vollständigkeit zum Ausdruck bringen und dass der Rundfunk nicht einer oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht auch klargestellt, dass die Erfordernisse der Meinungsvielfalt und der Ausgewogenheit zu unterscheiden sind. Das Gesamtangebot muss sowohl ausgewogen als auch vielfältig sein. Das ist deshalb von Bedeutung, weil ein Gesamtangebot sehr wohl ausgewogen, aber nicht vielfältig sein kann, genauso wie ein Gesamtangebot vielfältig, aber nicht ausgewogen zu sein braucht. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht unmissverständlich darauf

⁷ Vgl. BVerfGE 57, 295, 320 und 323.

⁸ BVerfGE 73, 118, 159; 83, 238, 297.

hingewiesen, dass ein ausgewogenes und vielfältiges Angebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten allein nicht genügt, um eventuelle Defizite im privaten Bereich auszugleichen.

Bei der Sicherung der Meinungsvielfalt handelt es sich also um eine Pflichtaufgabe der Länder.⁹ Demnach müssen die Länder durch geeignete rechtliche Vorgaben vorbeugend verhindern, dass im Bereich des privaten Rundfunks vorherrschende Meinungsmacht entsteht.¹⁰ Zudem betonten die Karlsruher Richter in diesem Zusammenhang wiederholt, dass durch eine Kombination der Einflüsse in Rundfunk und Presse vorherrschende Meinungsmacht begründet werden kann. Die Erfüllung der Aufgabe, den Pluralismus zu sichern, ist auch deshalb von zentraler Bedeutung, weil eine einmal eingetretene „vorherrschende Meinungsmacht“ kaum mehr rückgängig gemacht werden kann.¹¹ Es ist nun keineswegs so, dass die Digitalisierung und Konvergenz die Vielfalt begünstigen. Vielmehr hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass die Konzentrationsprozesse zunehmen, immer größere „global players“ entstehen.¹²

III. Die einfachgesetzlichen Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags

1. Das Zuschaueranteilsmodell

Bereits mit dem Dritten Rundfunkänderungsstaatsvertrag haben die Länder für den Bereich des bundesweiten Fernsehens das Zuschaueranteilsmodell eingeführt, nachdem man zunächst die Anzahl an Beteiligungen zu begrenzen versuchte, was teilweise als unbefriedigend empfunden wurde. Die Einzelheiten des in Details wiederholt geänderten Zuschaueranteilsmodells sind in den Vorschriften über die Sicherung der Meinungsvielfalt (§§ 25-34 RStV) geregelt. Das Kernstück bildet § 26 RStV in der Fassung des Neunten Rundfunkänderungsstaatsvertrages, in dem auch

⁹ So eindringlich BVerfGE 57, 295, 323; 73, 118, 160; vgl. zum Ganzen auch Dörr, Medienkonzentration, S. 331, 337 ff.

¹⁰ BVerfGE 83, 238, 296 f.; 57, 295, 324.

¹¹ Dazu BVerfGE 57, 295, 323; 73, 118, 160; vgl. zum Ganzen auch Dörr, Konzentrationskontrolle, S. 272 ff.; Dörr, Zwer 2004, 159 ff.

¹² Vgl. 1. KEK-Konzentrationsbericht, 2000; 2. KEK-Konzentrationsbericht, 2004.

die unterschiedlichen Vermutungstatbestände verankert sind. Ein Vermutungstatbestands bedeutet für Juristen, dass der Nachweis des Merkmals erleichtert werden soll, auf das sich die Vermutung bezieht. Wenn also ab 30 Prozent Zuschaueranteil vorherrschende Meinungsmacht „vermutet“ wird, ist sie also noch nicht automatisch gegeben. Vielmehr kann das Fernsehunternehmen darlegen, warum trotzdem keine vorherrschende Meinungsmacht vorliegt.

Allerdings wird vereinzelt bestritten, dass es sich bei den Tatbeständen des § 26 Abs. 2 RStV überhaupt um Vermutungsregelungen handelt. Darauf wird noch zurückzukommen sein. Das Modell geht davon aus, dass in Deutschland durch die öffentlich-rechtlichen und privaten bundesweiten Programme grundsätzlich eine Außenpluralität gewährleistet ist. Dabei dokumentiert § 26 Abs. 1 RStV den Wechsel im Vielfaltsicherungsmodell. Während der alte RStV 1991 die Programmzahl beschränkte, stellt die geltende Bestimmung auf den Zuschaueranteil ab. Mit der Vorschrift wird klargestellt, dass ein Unternehmer im bundesweiten Fernsehen selbst oder durch ihm zuzurechnende Unternehmen eine unbegrenzte Anzahl von Programmen veranstalten darf, es sei denn, er erlangt eine „vorherrschende Meinungsmacht“. Welche Unternehmen jeweils zuzurechnen sind, richtet sich nach der komplizierten Vorschrift des § 28 RStV. Eine Zurechnung erfolgt danach prinzipiell dann, wenn die Beteiligung 25 vom Hundert erreicht oder übersteigt.

Dabei war der Gesetzgeber aus meiner Sicht klug beraten, den Tatbestand der „vorherrschenden Meinungsmacht“, wie er in § 26 Abs. 1 RStV niedergelegt ist, nur durch Vermutungsregeln zu umschreiben. Der Versuch, Detailregelungen zu treffen, misslingt - wie die Praxis zeigt - fast immer. Denn eins ist sicher: Die Wirklichkeit ist weitaus komplexer, als sich das ein Gesetzgeber vorher überhaupt vorstellen kann. Das Leben bringt stets unendlich viele neue Sachverhalte mit sich, die niemals vorab im Detail geregelt werden können. Das zeigt auch und gerade das Medienrecht. So haben die Digitalisierung und die Konvergenz neue Herausforderungen für die Meinungsvielfalt zur Folge. Darauf lässt sich mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der „vorherrschenden Meinungsmacht“ durchaus flexibel reagieren. Dies gilt jedenfalls dann, wenn ein solcher unbestimmter Rechtsbegriff hinreichend konkretisierbar ist. Dies ist bei dem Begriff „vorherrschende Meinungsmacht“ der Fall. Mit den Vermutungsregeln des § 26 Abs. 2 RStV haben die Länder der

unabhängigen und unparteilichen Sachverständigenkommission Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), der die Auslegung des § 26 in erster Linie anvertraut ist, ein **Leitbild** an die Hand gegeben, was unter vorherrschender Meinungsmacht zu verstehen ist. Diesem Leitbild ist zu entnehmen, dass der Zuschaueranteil im bundesweiten Fernsehen das zentrale Kriterium dafür bildet, ob vorherrschende Meinungsmacht gegeben ist. Der Gesamtzuschaueranteil, also die 30%-Grenze, stellt allerdings nicht den einzigen Indikator für vorherrschende Meinungsmacht dar. Die zweite und dritte Vermutungsregel des § 26 Abs. 2 RStV geben zu erkennen, dass zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen auch Einflüsse auf die Meinungsbildung durch andere Medien zu berücksichtigen sind. Insbesondere dem dritten Vermutungstatbestand ist dabei die gesetzgeberische Leitentscheidung zu entnehmen, dass vorherrschende Meinungsmacht durch die Kumulation von Einflüssen im bundesweiten Fernsehen und in verwandten medienrelevanten Märkten entstehen kann. Maßstab ist dabei, dass der insgesamt erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 Prozent oder mehr entsprechen muss.

Mit dem Anknüpfen an einen Zuschaueranteil von 25 Prozent bringt diese Vermutungsregel zugleich das Leitbild zum Ausdruck, dass andere Meinungspotenziale erst bei einer durch hohe Zuschaueranteile ausgewiesenen starken Stellung im bundesweiten Fernsehen berücksichtigt werden dürfen. Zudem muss auch auf dem verwandten medienrelevanten Markt ein signifikanter Meinungseinfluss vorliegen, der durch eine entsprechend starke Stellung des Unternehmens in diesem Bereich zum Ausdruck kommt. Mit dem vorhandenen Instrumentarium lässt sich also durchaus flexibel auf die Herausforderungen der Digitalisierung und Konvergenz reagieren.

2. Die Vermutungsregelungen des § 26 Abs. 2 RStV

Lassen Sie mich noch ein wenig detaillierter auf die Vermutungsregelungen eingehen. Die Vorschrift des § 26 Abs. 1 RStV verweist mit den Worten „nach Maßgabe“ für die „vorherrschende Meinungsmacht“ auf § 26 Abs. 2 RStV. Allerdings gibt § 26 Abs. 2 RStV als Maß lediglich drei Vermutungsregelungen vor. Die erste Vermutung knüpft an einen Zuschaueranteil von 30 vom Hundert an. Die

zweite und die dritte Vermutung setzen einen Zuschaueranteil von 25 vom Hundert und weitere Faktoren voraus. Bei dem tatsächlichen Zuschaueranteil der zweiten und dritten Vermutungsregel kann der Veranstalter durch Regionalfenster einen Abzug von zwei Prozentpunkten und durch gleichzeitige Aufnahme von Sendezeit für Dritte einen weiteren Abzug von drei Prozentpunkten erreichen. Die Auslegung als Vermutungsregel erweist sich dabei als zwingend, da die Normen des Rundfunkstaatsvertrages wie alle einfachgesetzlichen Normen verfassungskonform auszulegen sind. Eine Auslegung, die diese Normen nur als Aufgreifartbestände betrachtet und damit vorherrschende Meinungsmacht zulassen würde, könnte den oben erläuterten verfassungsrechtlichen Vorgaben aus der Rundfunkfreiheit nicht gerecht werden. Sie würde nämlich dazu führen, dass die KEK trotz festgestellter vorherrschender Meinungsmacht einen Zusammenschluss oder die Zulassung eines neuen Programms als unbedenklich bestätigen müsste, nur weil die Grenzwerte des § 26 Abs. 2 RStV, also mindestens 25 Prozent Zuschaueranteil, nicht erreicht sind. Treffend ist die diesbezügliche Analyse des Chefs der rheinland-pfälzischen Staatskanzlei Staatssekretär Martin Stadelmaier¹³: „Ein Ergebnis, das da lautet: Es liegt zwar vorherrschende Meinungsmacht vor, die bezeichneten Grenzen des Absatzes 2 sind aber nicht erreicht, also prüfen wir gar nicht, kann und darf es nicht geben.“

Im Zusammenhang mit der Bewertung der 30 Prozent-Grenze ist vor allem zu berücksichtigen, dass bei der Bezugsgröße der Zuschaueranteil der öffentlich-rechtlichen Veranstalter mitgerechnet wird. Insgesamt beläuft sich der Zuschaueranteil der öffentlich-rechtlichen Programme auf deutlich über 40 Prozent und nähert sich der Marke von 45 Prozent, derjenige der privaten Programme auf unter 60 Prozent in Richtung 55 Prozent. Die 30 Prozent-Grenze bedeutet deshalb im Ergebnis, dass der private nationale Fernsehmarkt zwischen zwei großen Anbietern bzw. Anbietergruppen aufgeteilt wird und dass eine Anbietergruppe über 50 Prozent des auf die privaten Fernsehangebote entfallenden Zuschaueranteils im Jahresdurchschnitt erreichen darf, ohne dass diese Vermutung eingreift.

¹³ Stadelmaier, promedia 12/06, S. 9.

Seit dem Inkrafttreten des Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrages ermöglicht es § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV auch, dass schon beim Erreichen eines Zuschaueranteils von 25 Prozent eine vorherrschende Meinungsmacht vermutet werden kann, sofern das Unternehmen auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat oder eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten den Schluss zulässt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 Prozent im Fernsehen entspricht. Dass es sich auch bei diesen Tatbeständen um Vermutungsregelungen handelt, macht die Formulierung „Gleiches gilt...“ deutlich, die sich auf „vermutet“ in § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV bezieht.

Auch im Verwaltungsrecht ist davon auszugehen, dass Vermutungsregelungen von dem materiell-rechtlichen Tatbestand zu unterscheiden sind, dessen Nachweis sie erleichtern sollen. Davon zu trennen ist die zweite Frage, welche Bedeutung Vermutungen in einem Verwaltungsverfahren zukommt, für das die Untersuchungsmaxime gilt. Sie wirken sich dort nur auf die materielle Beweislast, aber nicht auf die Beweisführungslast aus.

Im Ergebnis belegen insbesondere der Wortlaut der Vorschrift, aber auch die anderen Auslegungsgrundsätze, dass es sich bei den Tatbeständen des § 26 Abs. 2 RStV um Vermutungsregelungen handelt. Dies hat die KEK in ihrer Entscheidung vom 10. Januar 2006¹⁴ eingehend dargelegt. Die Annahme, vorherrschende Meinungsmacht lasse sich nur begründen, wenn die Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 RStV vorliegen, widerspricht der Ausgestaltung des Absatzes 2 als Vermutungsregelung.¹⁵ Zudem ist sie auch mit dem vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Gebot, vorherrschende Meinungsmacht vorbeugend zu verhindern, nicht vereinbar, zumal sich aus dieser Rechtsprechung ein Stück weit ableiten lässt, wie „vorherrschende Meinungsmacht“ zu verstehen ist.¹⁶ Bestehen mehrere Auslegungsmöglichkeiten, so ist zwingend derjenigen der Vorzug einzuräumen, die

¹⁴ Vgl. dazu Beschluss der KEK, Az. 293-1 bis 5, oben Fn. 1, S. 70 ff.

¹⁵ So zu Recht Prütting, Meinungsmacht, S. 115 ff., 121 ff., 125 ff.

¹⁶ Vgl. dazu eingehend Hain, MMR 2000, S. 537, 539 ff.; siehe auch Kübler, MP 1999, S. 379, 381 ff.

mit der Verfassung vereinbar ist.¹⁷ Man spricht insoweit von dem Gebot der verfassungskonformen Auslegung. Würde man die Regelung des § 26 Abs. 2 RStV als abschließende Definition der vorherrschenden Meinungsmacht oder als Aufgreifschwelle verstehen, wäre eine vorbeugende Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht auch unter Berücksichtigung der Bonusregelungen in bestimmten Fällen nicht mehr möglich. Gerade aus der Kombination von starken Stellungen in der Presse und im privaten Fernsehen kann sich „vorherrschende Meinungsmacht“ ergeben.¹⁸ Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass wegen einer besonders starken Stellung im Pressebereich vorherrschende Meinungsmacht auch unter einem Zuschaueranteil von 30 oder 25 vom Hundert bejaht werden muss. Der KEK wäre diese Prüfung aber verwehrt, wenn man die Regelungen des § 26 Abs. 2 RStV als abschließende Definition oder Aufgreifschwelle interpretieren würde. Demnach bleibt festzuhalten, dass nach dem geltenden Recht „vorherrschende Meinungsmacht“ auch außerhalb der Vermutungsregelungen bejaht werden kann, die Vorschrift des § 26 Abs. 1 RStV also einen eigenständigen Tatbestand darstellt.¹⁹

Die Vermutungsregeln des § 26 Abs. 2 RStV tragen entscheidend zur Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs bei. Deren Bedeutung erschöpft sich gerade nicht darin, materielle Beweislastregeln zu normieren. Vielmehr lassen sich ihnen, wie die KEK dargelegt hat²⁰, auch gesetzgeberische Leitbilder entnehmen, wie der Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht zu konkretisieren ist²¹. Demnach kommt der Vorschrift des § 26 Abs. 2 RStV eine Leitbildfunktion bei der Anwendung von § 26 Abs. 1 RStV zu.

Ihr ist zunächst zu entnehmen, dass der Zuschaueranteil im bundesweiten Fernsehen das zentrale Kriterium dafür bildet, ob vorherrschende Meinungsmacht gegeben ist. Entscheidend ist dabei allein, welcher Anteil an der Gesamtnutzung des

¹⁷ BVerfGE 19, 1, 5; 26, 186, 213; 30, 129, 148; 32, 373, 383; 49, 148, 157; 69, 1, 55.

¹⁸ BVerfGE 73, 118, 175, 176.

¹⁹ So auch Groh, Bonusregelungen, S. 186 ff., insbesondere S. 198 ff.; Hain, MMR 2000, S. 537 ff.; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Rundfunkstaatsvertrag, Bd. II, B 5, §26 Rdnr. 8; Janik, AfP 2002, S. 104 ff., 111; Kübler, MP 1999, S. 379 ff., 382; Lange, MP 2005, S. 546 ff., 554 ff.; Mailänder, Konzentrationskontrolle, S. 296; Renck-Laufke, ZUM 2000, S. 105 ff., 108; Prütting, Meinungsmacht, S. 115 ff., 121 ff.; differenzierend Holznapel/Krone, MMR 2005, S. 666 ff., 673.

²⁰ Vgl. oben Fn. 1, S. 78 ff.

²¹ Ähnlich Holznapel/Krone, MMR 2005, S. 666 ff., 673.

Fernsehens auf die einem Unternehmen oder einer Unternehmensgruppe insgesamt zurechenbaren Programme entfällt. Dabei begründet ein Zuschaueranteil ab 30 Prozent die Vermutung vorherrschender Meinungsmacht. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass bei einem solchen Zuschaueranteil regelmäßig vorherrschende Meinungsmacht gegeben ist, auch wenn diese Annahme widerlegt werden kann.

Allerdings stellt der Gesamtzuschaueranteil nach §26 Abs. 2 RStV nicht den einzigen Indikator für vorherrschende Meinungsmacht dar. Die zweite und dritte Vermutungsregel geben zu erkennen, dass zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen auch Einflüsse auf die Meinungsbildung durch andere Medien zu berücksichtigen sind. Insbesondere dem dritten Vermutungstatbestand ist die gesetzgeberische Leitentscheidung zu entnehmen, dass vorherrschende Meinungsmacht durch die Kumulation von Einflüssen im bundesweiten Fernsehen und in verwandten medienrelevanten Märkten entstehen kann. Maßstab ist dabei, dass der insgesamt erzielte Meinungseinfluss, dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 vom Hundert oder mehr entsprechen muss. Mit diesem gesetzgeberischen Leitbild wird der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Rechnung getragen, nach der sich vorherrschende Meinungsmacht gerade auch „aus einer Kombination der Einflüsse in Rundfunk und Presse“ ergeben kann²².

Mit dem Anknüpfen an einen Zuschaueranteil von 25 vom Hundert bringt diese Vermutungsregel zugleich das Leitbild zum Ausdruck, dass anderweitige Meinungspotenziale erst bei einer durch hohe Zuschaueranteile ausgewiesenen starken Stellung im bundesweiten Fernsehen berücksichtigt werden dürfen. Je weiter ein Unternehmen mit seinen ihm zurechenbaren Programmen von der 25 Prozent-Grenze entfernt ist, umso gewichtiger müssen die sonstigen Meinungseinflüsse auf medienrelevanten verwandten Märkten sein, um sie berücksichtigen zu können. Fehlt eine starke, durch hohe Zuschaueranteile ausgewiesene Stellung, kann eine „vorherrschende Meinungsmacht“ auch bei erheblichen sonstigen Meinungseinflüssen auf medienrelevanten verwandten Märkten nicht angenommen werden. Zudem muss auch auf dem verwandten medienrelevanten Markt ein

²² BVerfGE 73, 118, 175, 176.

signifikantes Meinungspotenzial vorliegen, das durch eine entsprechend starke Stellung des Unternehmens in diesem Bereich zum Ausdruck kommt.

3. Die Gewichtungsfaktoren bei medienrelevanten verwandten Märkten

Ob ein Meinungseinfluss vorliegt, der einem Unternehmen mit 30 Prozent Zuschaueranteil oder mehr entspricht, hängt entscheidend davon ab, wie die jeweiligen Stellungen auf medienrelevanten verwandten Märkten zu bewerten und zu gewichten sind. Dafür ist bedeutsam, welchen Grad von „Verwandtschaft“ der „medienrelevante Markt“ mit dem bundesweiten Fernsehen aufweist. Auch hier gibt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²³ wertvolle Hinweise, die auf die Merkmale der Suggestivkraft, der Breitenwirkung und der Aktualität abstellt. Dabei kann Suggestivkraft eines Mediums als Ergebnis der Kombination von Kommunikationsformen, also Text, Bild und Ton verstanden werden. Mit Ausnahme von Online-Angeboten mit Bewegtbildern, die über das Internet verbreitet werden, wird bei allen anderen Medien ein engeres Spektrum an Kommunikationsformen eingesetzt. Von einer geringeren Suggestivkraft im Vergleich zum Fernsehen ist somit auszugehen. Das Merkmal der Breitenwirkung stellt auf die Reichweite eines Mediums in der Gesamtbevölkerung ab. Dabei ist aber auch die zeitliche und räumliche Disponibilität eines Mediums zu berücksichtigen, also die Frage, ob ein Medienprodukt (TV-Sendung, Zeitungsartikel, etc.) unabhängig von Zeit und räumlicher sowie technischer Umgebung genutzt werden kann. Mit der Aktualität wird üblicherweise die Tagesaktualität angesprochen.

Zudem lässt der Gesetzgeber mit dem Zuschaueranteilsmodell für das bundesweite Fernsehen auch erkennen, wie die medienrelevanten verwandten Märkte sachlich und räumlich zu bilden sind. Er knüpft an das gesamte bundesweite Fernsehen an und unterteilt dieses nicht in bestimmte Teilsegmente, etwa nach Programmgattungen, Vertriebswegen oder Finanzierungsformen. Dies legt es nahe, bei den medienrelevanten verwandten Märkten in gleicher Weise zu verfahren, also zum Beispiel – losgelöst vom kartellrechtlichen Bedarfsmarktkonzept – einen einheitlichen Tageszeitungs- oder Zeitschriftenmarkt zugrunde zu legen. Zudem muss der

²³ BVerfGE 90, 60, 87.

Meinungseinfluss nach einem Maßstab bewertet werden, der dem Zuschaueranteilsmodell, angepasst an die Besonderheiten des jeweiligen Mediums, möglichst entspricht.

Schließlich sind, entsprechend den Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrages, auch vielfaltverstärkende Aspekte in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen. Dazu zählen, wie die Bonusregelung des § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV zeigt, Regional- und Drittfensterprogramme. Diesen erkennt der Rundfunkstaatsvertrag eine hohe Bedeutung zu. Er vergibt für Regionalfenster einen Bonus von zwei und für die gleichzeitige Aufnahme von Drittfenstern einen weiteren Bonus von drei Prozentpunkten.

IV. Die Anwendung der Grundsätze bei der Springer-Entscheidung

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die KEK in ihrer Entscheidung vom 10. Januar 2006 zu dem Ergebnis gekommen, dass durch die geplante Übernahme der ProSiebenSat.1 Media AG durch die Axel Springer AG auch vorherrschende Meinungsmacht im Sinne des § 26 Abs. 1 RStV entstehen würde, obwohl im Hinblick auf den Zuschaueranteil von 22,06 Prozent die Vermutungsregelungen des § 26 Abs. 2 RStV nicht eingriffen. Dazu hat sie die Stellung der Axel Springer AG auf den unterschiedlichen medienrelevanten verwandten Märkten, insbesondere im Bereich der Tageszeitungen, eingehend ermittelt und anschließend nach Maßgabe der aufgezeigten Kriterien bewertet und gewichtet. Dabei mag man über die Gewichtungen der verschiedenen medienrelevanten verwandten Märkte im Vergleich zum Fernsehen trefflich streiten können²⁴. Unstreitig ist allerdings der Tatbestand, der die starke Stellung der Axel Springer AG im Bereich der Tageszeitungen und der Programmzeitschriften eindrucksvoll belegt. Was die Gewichtungen betrifft, sei folgender Hinweis erlaubt. Gerade weil diese nicht ohne Bewertungen möglich sind, hat man eine unabhängige Sachverständigenkommission mit der Sicherung der Meinungsvielfalt betraut, der bei diesen Fragen ein Beurteilungsspielraum zukommt. Die KEK hat auch keineswegs einfache Additionen vorgenommen oder mathematische Formeln verwendet. Sie hat vielmehr Antwort auf die Frage gegeben,

²⁴ Vgl. etwa die allerdings sehr polemische Kritik bei Säcker, K&R 2006, S. 49 ff., 53 ff.

wie der Einfluss der Axel Springer AG etwa im Bereich der Presse im Vergleich zu den Einflüssen zu gewichten ist, über die ein Unternehmen mit einem bestimmten Zuschaueranteil im Fernsehen verfügt. Dabei ist sie bezogen auf die Tageszeitungen zu dem Ergebnis gekommen, dass die Meinungsmacht, über die die Axel Springer AG dort verfügt, derjenigen Meinungsmacht entspricht, die ein Unternehmen mit einem Zuschaueranteil von ca. 17 Prozent im bundesweiten Fernsehen besitzt. Dass eine vergleichende Bewertung vorgenommen werden muss, ist durch das Leitbild des § 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alternative RStV vorgegeben. Die dafür maßgeblichen Kriterien, die der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entstammen, hat die KEK offen gelegt.

Erst recht hat die KEK in ihrer Entscheidung kein Modell eines binnenpluralen privaten Rundfunks entwickelt, wie ihr nunmehr von Kritikern²⁵ vorgehalten wird. Dies belegt bereits die Lektüre der Entscheidungsgründe. Dort wird unmissverständlich dargelegt, dass die Gefahr vorherrschender Meinungsmacht in erster Linie dadurch hätte vermieden werden können, dass die Axel Springer AG auf den Erwerb eines der beiden großen Sender verzichtet. Diese Lösung wurde vom Verlag selber gegenüber der KEK kategorisch abgelehnt. Aus diesem Grunde wurde von der KEK die theoretisch mögliche Lösung angesprochen, ein zuschaueranteilstarkes Programm so weit zu neutralisieren, dass es bei der Meinungsmacht der Axel Springer AG nicht mehr zugerechnet werden kann, zumal die Axel Springer AG den Eindruck erweckte, sie könne sich einen solchen Weg vorstellen. Dies setzt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁶ voraus, dass dieses Programm binnenplural ausgestaltet wird. Nicht nur in den Entscheidungsgründen betont die KEK, dass es nicht ihre Sache ist, darüber zu entscheiden, ob eine solche Lösung unternehmerisch sinnvoll ist. Vielmehr hatte sie schon in den Anhörungen²⁷ darauf hingewiesen, dass sie sich ein solches Modell unter den Gesetzen des Marktes nur schwer vorstellen könne. Daraus wird deutlich, dass die KEK mitnichten eine binnenplurale Ausgestaltung eines privaten

²⁵ Säcker, K&R 2006, S. 49 ff.

²⁶ BVerfGE 57, 298 ff.; 73, 118, 171.

²⁷ Vgl. dazu auch Pressemitteilung 18/2005 der KEK vom 13.12.2005, abrufbar unter www.kek-online.de/cgi-bin/resi/i-presse/345.html.

Fernsehprogramms im konkreten Fall als erwünschten Kompromiss vorschlug. Erst recht schwebt es ihr nicht vor, das gesamte private Fernsehen binnenplural auszugestalten.²⁸

V. Ausblick

Die Regelungen im Rundfunkstaatsvertrag zur Sicherung der Meinungsvielfalt sind viel besser als ihr Ruf.²⁹ Dieser positive Befund schließt es nicht aus, die vorhandenen Vorschriften klarer zu fassen. Die Vermutungsregelungen des § 26 Abs. 2 RStV sind durch wiederholte Änderungen und Ergänzungen unübersichtlich geworden. Das gilt insbesondere für die zweite und dritte Vermutungsregelung und die Bonusregelung des § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV. Zudem sollte die Leitbildfunktion des § 26 Abs. 2 RStV für die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht außerhalb der Vermutungsregelungen im Wortlaut besser zum Ausdruck kommen. Zu diesem Zweck Dem könnte folgende Fassung des **§ 26 Abs. 2 RStV** dienlich sein:

„Erreichen die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 30 vom Hundert, so wird vermutet, dass vorherrschende Meinungsmacht gegeben ist. Bei der Entscheidung, ob unabhängig vom Vermutungstatbestand des Satzes 1 vorherrschende Meinungsmacht gegeben ist, ist neben dem Zuschaueranteil auch die Stellung des Unternehmens in den dem Fernsehen verwandten, für die Meinungsbildung relevanten Bereichen, insbesondere in den Bereichen des Hörfunks, der Tageszeitungen, der Programmzeitschriften, der Publikumszeitschriften und der Online-Angebote sowie auf den der Fernsehveranstaltung vor- und nachgelagerten Märkten zu berücksichtigen. Die medialen Angebote sind nach Maßgabe ihrer Suggestivkraft, Breitenwirkung und Tagesaktualität zu bewerten und zu gewichten. Ferner sind die Aktivitäten zur Verstärkung der Meinungsvielfalt, insbesondere die

²⁸ Dies unterstellt ihr aber Säcker, K&R 2006, S. 49 ff.

²⁹ Vgl. zur Diskussion um die Reformbedürftigkeit des Rundfunkstaatsvertrages auch epd medien 10/2006, S. 10 vom 22.2.2006.

Aufnahme von Regionalfensterprogrammen gemäß § 25 Abs. 4 und die gleichzeitige Aufnahme von Sendezeit für Dritte nach Maßgabe des Absatzes 5, als vielfaltverstärkend zu bewerten. Die KEK kann durch eine Richtlinie nähere Regelungen zur Anwendung dieser Vorschrift treffen.“

Dagegen spricht aus Sicht der Vielfaltssicherung wenig für die neuerdings wieder vernehmliche Forderung, eine Beteiligungsbegrenzung an bundesweiten Fernsehveranstaltern für ausländische Unternehmen einzuführen. Abgesehen davon, dass eine solche Regelung im Hinblick auf Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten gegen die europarechtlichen Grundsätze der Niederlassungsfreiheit und des Diskriminierungsverbots verstieße und deshalb im Hinblick auf EU-Ausländer grundsätzlich ausgeschlossen ist, könnte sie auch keinen Beitrag zur Meinungsvielfalt leisten, für die es nicht auf die Herkunft der Veranstalter und Beteiligten, sondern auf eine möglichst große Vielfalt von Anbietern und Programminhalten ankommt

Auch das Verfahrensrecht könnte effektiver gestaltet werden. Der Rundfunkstaatsvertrag sieht bereits weitgehende Auskunft- und Mitwirkungspflichten der Veranstalter und der an ihnen beteiligten Unternehmen vor (§ 21, 22 RStV), die grundsätzlich ein ausreichendes Instrumentarium darstellen, um z. B. auch bei Beteiligungen von Finanzinvestoren Transparenz und eine effektive medienkonzentrationsrechtliche Kontrolle zu gewährleisten. Verbesserungen des Verfahrensrechts sind jedoch möglich und begrüßenswert. Die Grundprinzipien einer vorbeugenden und standortunabhängigen Sicherung der Meinungsvielfalt sind im Rundfunkstaatsvertrag nicht durchgängig umgesetzt und nur unzureichend verfahrensrechtlich abgesichert. Dies führt zu Verzögerungen des Verfahrens, Reibungsverlusten im Verhältnis zu einzelnen Landesmedienanstalten und der Schwierigkeit, im Konfliktfall die Einhaltung der Mitwirkungspflichten der Verfahrensbeteiligten durchzusetzen. Dies lässt sich dadurch vermeiden, dass die Weisungsunabhängigkeit der KEK durch eigenständige, d. h. nicht nur mittelbar über die jeweils zuständige Landesmedienanstalt geltend zu machende, und ausreichend sanktionierte Auskunft- und Ermittlungsbefugnisse abgesichert wird.

Schließlich sieht das geltende Medienkonzentrationsrecht neben der KEK die Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) vor, die sowohl bei ihrem Ziel, vorherrschende Meinungsmacht zu verhindern, als auch bei ihrem rechtlichen Prüfungsmaßstab eine identische Prüfung vornehmen soll. Nicht zu Unrecht wird daher gefordert, eine „funktionale Differenzierung“ zwischen KEK und KDLM herauszuarbeiten.³⁰ Man muss sogar noch weiter gehen und den Sinn einer derartigen zweifachen Prüfung derselben Fakten anhand desselben Maßstabs durch zwei verschiedene Institutionen in Frage stellen.³¹ Die verwaltungsinterne „Berufungsinstanz“ der KDLM kann auf Anrufung der zuständigen Landesmedienanstalt eine Entscheidung der KEK durch abweichenden Beschluss einer Dreiviertel-Mehrheit ihrer Mitglieder aufheben (§ 37 Abs. 2 RStV). Dies stellt einen Fremdkörper im System der standortunabhängigen Medienkonzentrationskontrolle dar. Weder die Besetzung der KDLM noch ihr Abstimmungsmodus gewährleisten, dass die Entscheidung der Sachverständigenkommission KEK ausschließlich an den Vorgaben des Medienkonzentrationsrechts überprüft wird. Gerade im „Fall Springer“³² hat sich gezeigt, dass der KDLM nicht hinreichend klar ist, welche Rolle ihr bei der Sicherung der Meinungsvielfalt zugewiesen ist. Sie ist – anders als der Bundeswirtschaftsminister bei der Ausnahmegewilligung im Kartellverfahren nach dem GWB – eben kein politisches Entscheidungsgremium, sondern hat – genau wie die KEK – nach dem Maßstab des § 26 RStV zu entscheiden. Dass dies einigen Mitgliedern der KDLM nicht hinreichend bewusst ist, belegen schon die zahlreichen Hinweise und Ratschläge einzelner Direktoren und Präsidenten während des damals laufenden Verfahrens.

Mit den aufgezeigten Änderungen des Medienkonzentrationsrechts wäre noch besser gewährleistet, dass die unverzichtbare Meinungsvielfalt im bundesweiten privaten Fernsehen auch in absehbarer Zukunft gesichert bleibt. In der digitalen Welt ist es weiterhin notwendig, vorherrschende Meinungsmacht vorbeugend zu

³⁰ So Schulz, epd medien 14/2006, S. 10.

³¹ Vgl. Dörr, epd medien 14/2006, S. 10.

³² Vgl. Beschluss der KEK vom 10.1.2006, AZ 293-1 bis -5, abrufbar unter <http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf>.

verhindern. Die Konzentrationsberichte der KEK³³ belegen eindrucksvoll, dass die Konzentration im Medienbereich mit der zunehmenden Digitalisierung nicht absondern zunimmt. Schon deshalb wäre es verfehlt, auf ein gesondertes Medienkonzentrationsrecht in der Hoffnung zu verzichten, dass allein die Gesetze des Marktes für die notwendige Meinungsvielfalt sorgen werden. Zudem gibt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den Ländern zwingend vor, durch medienrechtliche Regelungen „vorherrschende Meinungsmacht“ im bundesweiten Fernsehen vorbeugend zu verhindern. Schließlich erweist es sich als sachgerecht, mit dieser Aufgabe ein unabhängiges Sachverständigengremium zu betrauen, das allein nach den Maßstäben der Vielfaltsicherung frei von Standortinteressen die unbestimmten Rechtsbegriffe auslegt. Neueste Überlegungen bei den Beratungen des 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrages lassen allerdings befürchten, dass die Zusammensetzung der KEK geändert wird. Ihr sollen neben sechs Sachverständigen auch sechs Direktoren von Landesmedienanstalten angehören. Immerhin soll die KDLM im Gegenzug abgeschafft werden.

³³ Vgl. 1. KEK-Konzentrationsbericht, 2000; 2. KEK-Konzentrationsbericht, 2004; 3. KEK-Konzentrationsbericht, 2007.

Literaturverzeichnis

- Bohne, Michael*: Cross-mediale Effekte in der Fusionskontrolle, in: WRP 2006, S. 540 ff.
zit.: Bohne, WRP 2006, S.
- Bornemann, Roland*: Die Bedeutung der „starken Stellung“ in der Medienkonzentrationskontrolle, in: ZUM 2006, S. 200
zit.: Bornemann, ZUM 2006, S.
- Dörr, Dieter*: Das für die Medienkonzentration maßgebliche Verfahrensrecht, in: Die Landesmedienanstalten (Hrsg.), Die Sicherung der Meinungsvielfalt, Berlin, 1995, S. 331
zit.: Dörr, Medienkonzentration, S.
- ders.*: Konzentrationskontrolle im Rundfunk, in: Schiwy, Peter / Schütz, Walter J. / Dörr, Dieter (Hrsg.), Medienrecht, Lexikon für Praxis und Wissenschaft, Köln u.a., 2006
zit.: Dörr, Medienrecht, S.
- ders.*: Die Vorschriften im Rundfunkstaatsvertrag zur Sicherung der Meinungsvielfalt, in: ZweR 2004, S. 159 ff.
zit.: Dörr, ZweR 2004, S.
- Gounalakis, Georgios / Zagouras, Georgios*: Crossmediale Konzentration und multimediale Meinungsmacht, in: AfP 2006, S. 93 ff.
zit.: Gounalakis/Zagouras, AfP 2006, S.
- dies.*: Konglomerate Medienkonzerne und die Wettbewerbsaufsicht – Eine Nachlese zum Fall Springer/ProSiebenSat.1, in: NJW 2006, S. 1624 ff.
zit.: Gounalakis/Zagouras, NJW 2006, S.
- Groh, Sabine*: Die Bonusregelungen des § 26 Abs. 2 S. 3 des Rundfunkstaatsvertrages, Frankfurt a. M., 2005
zit.: Groh, Bonusregelungen, S.
- Hain, Karl-E.*: Springer, ProSiebenSat.1 und die KEK - eine Nachlese, in: K&R 2006, S. 150 ff.
zit.: Hain, K&R 2006, S.
- ders.*: Vorherrschende Meinungsmacht i.S.d. § 26 Abs. 1, 2 RStV, in: MMR 2000,

S. 537 ff.

zit.: Hain, MMR 2000, S.

Hartstein, Reinhard / Ring, Wolf-Dieter / Kreile, Johannes / Dörr, Dieter / Stettner, Rupert:
Rundfunkstaatsvertrag - Kommentar, Bd. II, Loseblatt, 29. Erg. Lief.
April 2007, München

zit.: Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Rundfunkstaatsvertrag Bd. II, B,
§, Rdnr.

Holznagel, Bernd / Krone, Daniel: Wie frei ist die KEK? Ein Beitrag zur Auslegung des
§ 26 Abs. 2 Satz 2 RStV, in: MMR 2005, S. 666 ff.

zit.: Holznagel/Krone, MMR 2005, S.

Janik, Viktor: Kapitulation vor der eingetretenen Medienkonzentration, in: AfP 2002,
S. 104 ff.

zit.: Janik, AfP 2002, S.

Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK): Fortschreitende
Medienkonzentration im Zeichen der Konvergenz, Berlin, 2000

zit.: 1. KEK-Konzentrationsbericht, 2000

dies.: Sicherung der Meinungsvielfalt in Zeiten des Umbruchs, Berlin, 2004

zit.: 2. KEK-Konzentrationsbericht 2004

dies.: Crossmediale Verflechtung als Herausforderung für die Konzentrations-
kontrolle, Berlin, 2007

zit.: 3. KEK-Konzentrationsbericht 2007

Kübler, Friedrich: Medienkonzentrationskontrolle im Streit, in: Media Perspektiven
1999, S. 379 ff.

zit.: Kübler, MP 1999, S.

Lange, Bernd-Peter: Die Übernahme von ProSiebenSAT.1 durch den Axel-Springer-
Konzern, in: Media Perspektiven 2005, S. 546 ff.

zit.: Lange, MP 2005, S.

Mailänder, Peter: Konzentrationskontrolle zur Sicherung von Meinungsvielfalt
im privaten Rundfunk, Baden-Baden, 2000

zit.: Mailänder. Konzentrationskontrolle, S.

Prütting, Hanns: Die Vermutung vorherrschender Meinungsmacht, in: Stern, Klaus / Prütting, Hanns (Hrsg.), Marktmacht und Konzentrationskontrolle auf dem Fernsehmarkt, München, S. 115 ff., S. 121 ff., S. 125 f.

zit.: Prütting, Meinungsmacht, S.

Renck-Laufke, Martha. Probleme der Konzentrationskontrolle im privaten Fernsehen, in: ZUM 2000, S. 105 ff.

zit.: Renck-Laufke, ZUM 2000, S.

Säcker, Franz Jürgen: Zur Ablehnung des Zusammenschlussvorhabens Axel Springer AG/PROSiebenSat.1 Media AG durch KEK und Bundeskartellamt,

in: K&R 2006, S. 49 ff.

zit.: Säcker, K&R 2006, S.

**Kommentar zu den Reformierungsbestrebungen der Zusammensetzung
der KEK im Rahmen des 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrags**

Ass. iur. Tankred Schipanski*

I. Einleitung	29
II. Rolle der Landesmedienanstalten	29
III. Zusammenarbeit der Landesmedienanstalten	30
1. Gremien der ALM	32
2. Organe der Landesmedienanstalten	33
3. Der 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag	34
4. Exkurs: KEF	35
IV. Die geplanten Änderungen der Zusammensetzung der KEK	36
V. Kritische Stellungnahme	37
1. Politiknähe – Zusammensetzung der KEK	37
2. Erweiterung – Die zahlenmäßige Vergrößerung der KEK	40
3. Gemeinsame Geschäftsstelle – Einbuße der Unabhängigkeit?	42
VI. Ergebnis und Ausblick	42

* Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachgebiet Öffentliches Recht, insbesondere Medienrecht, an der Technischen Universität Ilmenau. Für wertvolle Hinweise und Anregungen danke ich Herrn Prof. Dr. Frank Fechner.

I. Einleitung

Der Gesetzgeber beabsichtigt im Rahmen des 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrags (RÄndStV)¹ die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) in ihrer personellen Zusammensetzung grundlegend zu reformieren. Dieser Änderungsvorschlag ist eingebettet in eine umfassende Neugestaltung der Medienaufsicht. Im Folgenden soll die beabsichtigte Änderung der personellen Struktur der KEK kritisch hinterfragt werden. Dabei wird zunächst die Rolle der Landesmedienanstalten kurz umschrieben, hernach die gegenwärtige Zusammenarbeit der Landesmedienanstalten beleuchtet und sodann auf die geplanten Änderungen bzgl. der KEK durch den 10. RÄndStV eingegangen.

II. Rolle der Landesmedienanstalten

Den Landesmedienanstalten obliegt im Kern die Zulassung von und die Aufsicht über den privaten Rundfunk in Deutschland.²

Wer in Deutschland privaten Rundfunk veranstalten will, bedarf i.S.d § 20 Abs. 1 RStV einer Zulassung bzw. Erlaubnis. Diese wird gem. § 38 Abs. 1 RStV von der örtlich zuständigen Landesmedienanstalt erteilt, soweit die Zulassungsvoraussetzungen, die der RStV sowie das jeweiligen Landesmediengesetz festlegt, erfüllt sind.³ Dabei hat die Landesmedienanstalt gem. § 35 Abs. 1 i.V.m. § 25 ff. RStV insbesondere die Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk zu sichern.

Nach der Zulassung eines privaten Rundfunkveranstalters überwacht i.S.d. § 38 Abs. 1 RStV die zuständige Landesmedienanstalt die Einhaltung der Programmgrundsätze⁴, der Jugendschutzbestimmungen⁵ sowie die Beachtung der

¹ Den folgenden Ausführungen liegt der Entwurf mit Stand vom 15.6.2007 zu Grunde. Vorschläge aus diesem Entwurf werden mit RStV-E gekennzeichnet.

² Ergänzend sei auf die Zuständigkeit der Landesmedienanstalten auf dem Gebiet der Weiterverbreitung von Rundfunkprogrammen i.S.d. §§ 52, 53 RStV hingewiesen. Keine Kompetenz besitzen die Landesmedienanstalten gegenüber den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, außer im Bereich Kabelverbreitung sowie Frequenzvergabe – vgl. Hesse, Rundfunkrecht, 5. Kapitel, Rdnr. 21 m.w.N.

³ Zum Ganzen Hesse, Rundfunkrecht, 5. Kapitel, Rdnr. 7 ff., 33 ff. sowie §§ 20 ff. RStV.

⁴ §§ 3, 41 RStV.

⁵ § 4 RStV mit Verweis auf die Bestimmungen des JMStV.

Regelungen betreffend Werbung und des Sponsoring⁶. Ferner sind auch nach der Zulassung eines Programmveranstalters die Vorschriften über die Sicherung der Meinungsvielfalt (§§ 25 ff. RStV) zu beachten.⁷

Diese Aufgaben obliegen der zuständigen Landesmedienanstalt, die sich dazu aber teilweise spezieller Organe bedienen muss. So wird die Sicherung der Meinungsvielfalt gem. § 35 Abs. 2 RStV durch die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) sowie die Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) wahrgenommen. Die Überwachung der Jugendschutzbestimmungen obliegt gem. § 14 Abs. 2 JMStV der Kommission für Jugendmedienschutz (KJM).

III. Zusammenarbeit der Landesmedienanstalten

Ausweislich des Kompetenzgefüges des Grundgesetzes zeichnen sich die Länder gem. Art. 30 GG für die Veranstaltung von Rundfunk verantwortlich.⁸ Für die Zulassung und Überwachung von privaten Rundfunkveranstaltern gründete jedes Bundesland eine rechtfähige Anstalt öffentlichen Rechts⁹, die organisatorisch aus dem staatlichen Verwaltungsaufbau ausgegliedert wurde.¹⁰ Wie oben dargestellt, haben alle Landesmedienanstalten die gleiche Kernaufgabe bzgl. der Zulassung und der Überwachung des privaten Rundfunks.¹¹ Eine Zusammenarbeit und Abstimmung ist somit sinnvoll, insbesondere bei bundesweit relevanten Fragen.

⁶ §§ 7, 8, 43 ff. RStV.

⁷ Dies ergibt sich aus § 35 Abs. 1 RStV „nach der Zulassung“. Besonders zu verweisen ist ferner auf § 29 RStV, wonach jede Veränderung von Beteiligungsverhältnissen angezeigt werden muss. Diese Norm war der Anlass für die Axel Springer AG-Entscheidung, welche im vorherigen Beitrag dargestellt wurde.

⁸ BVerfGE 12, 205, 242 – Erste Rundfunkentscheidung.

⁹ Allgemein: Landesmedienanstalt; Die Landesmedienanstalten der Bundesländer haben mithin unterschiedliche Namen bzw. Bezeichnungen, dazu Herrmann/Lausen, Rundfunkrecht, § 17 Rdnr. 40 sowie unter www.alm.de; ihre Struktur ist im jeweiligen Landesmediengesetz geregelt.

¹⁰ Diese Ausgliederung war notwendig, um die Staatsfreiheit des Rundfunks zu wahren, die eine beherrschende Einflussnahme des Staates auf den Rundfunk ausschließt. – vgl. Hesse, Rundfunkrecht, 5. Kapitel, Rdnr. 15.

¹¹ Zur grundsätzlichen Struktur einer Landesmedienanstalt vgl. Herrmann/Lausen, Rundfunkrecht, § 17 Rdnr. 87 ff. - Organe einer Landesmedienanstalt sind in der Regel: die Versammlung und der Direktor (beispielsweise § 44 Abs. 3 ThürLMG).

Die Notwendigkeit der Zusammenarbeit der Landesmedienanstalten ergibt sich zum einen aus Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags (RStV)¹² bzw. des Jugendmedienschutzstaatsvertrags (JMStV)¹³, welche einvernehmliche bzw. untereinander abgestimmte Entscheidungen verlangen. Insoweit statuieren beide Gesetze bereits gemeinsame Organe, nämlich KEK, KDLM und KJM¹⁴, die die jeweils zuständige Landesmedienanstalt unterstützen bzw. deren Entscheidung vorbereiten und bestimmen.

Zum anderen ergibt sich eine notwendige Zusammenarbeit auch daraus, dass die Arbeit der 14 Landesmedienanstalten oft gleichartig ist¹⁵ und aus bürokratischen, wirtschaftlichen und zeitlichen Aspekten hinterfragt werden muss, weshalb es für jene Tätigkeiten 14 eigenständiger Anstalten bedarf.¹⁶

Seit dem 27. November 1993 arbeiten die Landesmedienanstalten in einer Arbeitsgemeinschaft, der ALM (Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten), zusammen.¹⁷ Sie selbst ist kein eigenständiges Entscheidungsgremium oder gar eine juristische Person¹⁸, sondern bedient sich verschiedener weiterer Gremien.¹⁹

Mit Blick auf die Tätigkeiten der Landesmedienanstalten wird in der Literatur eine schleichende Vereinheitlichung und Zentralisierung festgestellt²⁰ und im Ergebnis eine „Ländermedienanstalt“ statt 14 einzelner Medienanstalten gefordert.²¹

¹² Beispielsweise: § 38 Abs. 1, 2 und § 20 Abs. 2 S. 2 sowie §§ 31, 32, 46, 53 RStV.

¹³ §§ 15, 16 JMStV.

¹⁴ Siehe bereits oben II.

¹⁵ Dazu bereits oben II. Zudem ist der Arbeitsumfang zwischen den Landesmedienanstalten in ihrem Kernbereich (Zulassung und Aufsicht über private Rundfunkanbieter) sehr ungleichmäßig verteilt.

¹⁶ Gegenwärtig existieren 14 Landesmedienanstalten. Berlin und Brandenburg sowie Hamburg und Schleswig-Holstein haben eine gemeinsame Landesmedienanstalt. Dies sollte als Vorbildfunktion für andere Bundesländer dienen, die bereits im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zusammenwirken.

¹⁷ Die Zusammenarbeit ist in Statuten und Satzungen geregelt, u.a. dem ALM-Statut. Bereits zuvor gab es Bestrebungen der Zusammenarbeit vgl. die Entwicklung bei Schuler-Harms, Rundfunkaufsicht, S. 55 ff.

¹⁸ Vgl. dazu ausführlich Lammek, Kooperation, S. 42 ff.

¹⁹ Übersicht im Geschäftsbericht 2006 der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM), S. 18 sowie bei Sporn, Landesmedienanstalten, S. 15 ff.; dazu sogleich auch unten.

²⁰ Dazu Sporn, Landesmedienanstalt, S. 22 ff.

²¹ So jüngst Holzner/Krone/Jungfleisch, Ländermedienanstalt, S. 139 ff.

1. Gremien der ALM

Gem. § 6 ALM-Statut vollzieht sich die Zusammenarbeit der Landesmedienanstalten im Rahmen der ALM hauptsächlich durch die Direktorenkonferenz (DLM), die Gremiovorsitzendenkonferenz (GVK) sowie die Gesamtkonferenz (GK).²² Dabei berät die GVK vor allem über Fragen der inhaltlichen Programmentwicklung.²³ Die DLM koordiniert die Exekutivaufgaben, erledigt die laufenden Angelegenheiten und ist für die Außenvertretung zuständig.

Weiterhin hat die ALM auf Grundlage des § 38 Abs. 2 RStV sog. Gemeinsame Stellen eingerichtet²⁴, die weitere Koordinierungsgremien darstellen und die gesetzlichen geforderten Abstimmungen herbeiführen sollen.

Die ALM selbst sowie DLM, GVK und GK entbehren in ihrer konkreten Ausgestaltung einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, vielmehr basieren sie lediglich auf den durch die Landesmedienanstalten selbst geschaffenen „Grundsätze der Zusammenarbeit der ALM“ (ALM-Statut).²⁵ Der Rundfunkstaatsvertrag fordert zwar eine Zusammenarbeit, legt die konkrete Umsetzung jedoch in die Hände der Landesmedienanstalten. Beschlüsse und Verfahrensweisen sind gesetzlich nicht geregelt. Die rechtliche Wirkung etwaiger Beschlüsse ist verschieden, im Vordergrund steht letztlich eine Art rechtliche Selbstverpflichtung mit Blick auf etwaige Maßnahmen der Landesmedienanstalten.²⁶

²² Übersicht über diese Gremien bei Hesse, Rundfunkrecht, 5. Kapitel, Rdnr. 23 und Lammek, Kooperation, S. 43 ff. sowie die Regelung des § 6 ALM-Statut.

²³ Auch zum Weiteren Hesse, Rundfunkrecht, 5. Kapitel, Rdnr. 23.

²⁴ Dazu § 3 Abs. 3 ALM-Statut: Gemeinsame Stelle für Werbung und Medienkompetenz (GWPWM) sowie Gemeinsame Stelle Digitaler Zugang (GSDZ). Zudem sei auf die verschiedenen Beauftragten sowie die Technische Kommission (TKLM) gem. § 3 Abs. 3 ALM-Statut hingewiesen.

²⁵ Diese Gremien wurden von den Landesmedienanstalten zum Zwecke der Zusammenarbeit gegründet. Ganz im Gegensatz zu den Organen KEK, KDLM und KJM, welche auf Grundlage eines Gesetzes gegründet worden – dazu im Folgenden. Vgl. dazu auch Hesse, Rundfunkrecht, 5. Kapitel, Rdnr. 23 ff.

²⁶ Dazu ausführlich Schuler-Harms, Rundfunkaufsicht, S. 189 ff. sowie Lammek, Kooperation, S. 43 ff.

2. Organe der Landesmedienanstalten²⁷

Anders stellt sich dies für die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), die Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) sowie die Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) dar, welche ausdrücklich in § 35 Abs. 2 RStV bzw. § 14 Abs. 2 JMStV Erwähnung finden. Diese Organe wurden auf Grundlage eines Gesetzes gegründet. Insofern haben sowohl die KEK, die KDLM als auch die KJM eine besondere medienpolitische sowie – rechtliche Bedeutung, basieren doch Zusammensetzung, Wirkung der Beschlüsse sowie Verfahrensweisen auf einer gesetzlichen Regelung bzw. Grundlage.²⁸

Die KEK sichert die Meinungsvielfalt im Privatrundfunk durch gesetzlich kodifizierte Maßnahmen²⁹, verhindert also vorherrschende Meinungsmacht und somit Medienkonzentration. Die KDLM ist lediglich eine „Revisionsinstanz“ gegen die Entscheidungen der KEK.³⁰

Wichtig ist die Erkenntnis, dass die DLM ein Gremium der ALM ist, dem die Direktoren der Landesmedienanstalten angehören. Dies darf nicht mit der KDLM verwechselt werden, deren Mitglieder wiederum die Direktoren der Landesmedienanstalten sind, jedoch nunmehr in einem anderen Funktionsbereich.

Der KJM überwacht die Beachtung der jugendschutzrechtlichen Bestimmungen des Jugendschutzmediensstaatsvertrages. Ihr gehören sechs Sachverständige sowie sechs Direktoren der Landesmedienanstalten an.³¹

Für den Laien missverständlich mag da die Internetpräsentation der ALM wirken, die sowohl die KEK, die KDLM als auch die KJM zu „ihren“ Gremien bestimmt,

²⁷ Im Folgenden sind nicht die Organe einer einzelnen Landesmedienanstalt, nämlich in der Regel die Versammlung und der Direktor gemeint (beispielsweise § 44 Abs. 3 ThürLMG).

²⁸ Für die KEK und die KDLM: §§ 26 ff., 35 ff. RStV; für die KJM: §§ 14 ff. JMStV.

²⁹ §§ 25, 26, 31, 32 RStV – dazu bereits der vorherige Beitrag in diesem Band.

³⁰ So Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Kommentar zum RStV, § 37 Rdnr. 1. Dazu auch ausführlich der vorherige Beitrag in diesem Sammelband.

³¹ § 14 Abs. 3 JMStV – genaueres unter IV.

ohne dass sich dies aus dem Gesetz ergeben würde.³² Politisch durchsetzbar war bisher die Regelung, dass KEK, KDLM und KJM lediglich Organe derjenigen Landesmedienanstalt sind, die mit der entsprechenden Maßnahme befasst ist.³³ Folglich sind diese Organe an sich keine gemeinsamen Organe der Landesmedienanstalten.³⁴ Für den Laien erscheinen die Tätigkeiten dieser Organe fälschlicherweise als Handlungen für alle Landesmedienanstalten, mithin also der ALM.

3. Der 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag

Die gegenwärtige Praxis zeigt den Willen der Landesmedienanstalten in wichtigen Bereichen zusammenzuwirken. Insbesondere die Herausforderungen durch die Digitalisierung des Rundfunks verlangen abgestimmte und einvernehmliche Entscheidungen der Landesmedienanstalten.³⁵ Diese kontinuierliche Zusammenarbeit greift der Gesetzgeber nunmehr im 10. RÄndStV auf und baut das Konzept der „gemeinsamen“ Organe weiter aus. § 35 Abs. 2 RStV-E kennt nunmehr die Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK), die Gremiovorsitzendenkonferenz (GVK) bei Auswahlentscheidungen, die KEK und die KJM.³⁶ Doch erneut werden keine wirklichen gemeinsamen Organe geschaffen, sondern der alte Weg der „Organleihe“³⁷ fortgeführt. Gemeint ist, dass diese Kommissionen wiederum in jedem Einzelfall Organe der jeweils zuständigen Landesmedienanstalt sind.

Die ZAK ist zukünftig das wichtigste Organ, denn ihr obliegt u.a. die Zulassung bundesweiter Programmveranstalter sowie die Zuweisung von

³² Dazu www.alm.de/8.html. Abruf am 10.10.2007.

³³ § 35 Abs. 2 Satz 2 RStV sowie § 14 Abs. 2 Satz 2 JMStV.

³⁴ Vielmehr handelt es sich um eine „Organleihe“ – dazu Hepach, ZUM 1999, 603, 606; a.A.: Renck-Laufke, ZUM 2000, 369 ff.

³⁵ Jüngstes Beispiel ist das gemeinsame Vorgehen der Landesmedienanstalten zur Erprobung von Handy-TV im DVB-H-Standard. Dazu Pressemitteilung 25/2006 vom 12.12.2006 sowie 13/2007 vom 11.9.2007 der ALM/DLM. Abrufbar unter www.alm.de.

³⁶ Dabei wird die Einrichtung der ZAK und GVK grundsätzlich begrüßt, scheinen sie doch für die bundesweite Zulassung von Rundfunk effektiv und sinnvoll. So u.a. Stellungnahme der BITKOM vom 24.7.2007 zum Entwurf des 10. RÄndStV, S. 11 sowie Stellungnahme von Verdi vom 6.8.2007, S. 2. Inwieweit das Zulassungsverfahren durch die Beteiligung dreier Kommissionen effizienter wird, bleibt abzuwarten.

³⁷ Dazu Fn. 34 sowie Holzner/Krone/Jungfleisch, Ländermedienanstalt S. 44 m.w.N.

Übertragungskapazitäten.³⁸ Ihr gehören gem. § 35 Abs. 3 RStV-E die Direktoren der Landesmedienanstalten an. In ihrer Zusammensetzung entspricht die ZAK also der DLM, die bereits als Gremium im Rahmen der ALM wirkte. Faktisch würde sich aus diesem Gremium nunmehr ein gesetzlich legitimes Organ entwickeln. Die GVK – ebenfalls bereits aus der ALM bekannt - setzt sich i.S.d. § 35 Abs. 4 RStV-E aus den jeweiligen Gremiovorsitzenden der einzelnen Landesmedienanstalten zusammen. Sie ist gem. § 36 Abs. 3 RStV-E u.a. für die Auswahlentscheidungen bei den Zuweisungen von Übertragungskapazitäten zuständig. Auch hier würde ein bisheriges Gremium der ALM, die GVK, als gesetzlich legitimes Organ ausgestaltet.

Die KEK und die KJM behalten ihren bisherigen Organstatus, wobei die KEK in ihrer Zusammensetzung geändert werden soll.³⁹ Dafür jedoch wird die KDLM abgeschafft.

Wünschenswert bleibt die Forderung nach einer „Ländermedienanstalt“, mit wirklichen „gemeinsamen“ Organen, die jedoch gegenwärtig immer noch nicht politisch durchsetzbar erscheint. Lobenswert ist dennoch, dass für die Zusammenarbeit der Landesmedienanstalten nunmehr konkrete gesetzliche Grundlagen geschaffen werden, die Aufgaben, Befugnisse sowie Rechtswirkung der gemeinsamen Maßnahmen regeln. Dies ist zwar weiter ausbaufähig, doch geht der 10. RÄndStV diesbezüglich einen wichtigen Schritt in die richtige Richtung.

4. Exkurs: KEF

Um das Verständnis der Ausführungen unter Punkt IV. zu erleichtern, wird an dieser Stelle kurz auf die Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) eingegangen, welche ihre gesetzliche Grundlage in § 14 RStV hat. Die KEF setzt sich gem. § 4 Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag (RFinStV) aus sechzehn Sachverständigen zusammen, welche den Finanzbedarf der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ermitteln und somit entscheidenden Einfluss auf die Höhe der Rundfunkgebühr

³⁸ Dazu § 36 Abs. 3 RStV-E.

³⁹ Dazu sogleich unter IV.

haben. Mithin hat die KEF keine direkte Verzahnung mit dem privaten Rundfunk oder den Landesmedienanstalten.⁴⁰

IV. Die geplanten Änderungen der Zusammensetzung der KEK

Gegenwärtig ist die Zusammensetzung der KEK in § 35 Abs. 3 RStV geregelt. Danach ist sie als ein sechsköpfiges Sachverständigen-gremium ausgestaltet, deren Mitglieder gem. § 35 Abs. 6 RStV weisungsunabhängig sind. Entscheidungen dieses Gremiums können gem. § 37 Abs. 2, 3 RStV durch die KDLM geändert werden. Diese setzt sich i.S.d. § 35 Abs. 5 RStV aus den Direktoren der Landesmedienanstalten zusammen⁴¹, wobei § 35 Abs. 6 RStV nochmals deren Weisungsunabhängigkeit betont.

Einen ähnlichen regulatorischen Ansatz hat der Gesetzgeber bei der Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF)⁴² gewählt. Auch dies ist ein Sachverständigen-gremium, welches weisungsunabhängig Ergebnisse findet⁴³, welche durch die Landtage gem. § 7 Abs. 2 RFinStV abgeändert werden dürfen. Auch die Mitglieder des Landtags sind bekanntermaßen weisungsunabhängig.⁴⁴

Der 10. RÄndStV sieht vor, die KEK nicht mehr als „kleine“⁴⁵ Expertengruppe auszugestalten. Vielmehr sollen zusätzlich zu den sechs Sachverständigen nunmehr gem. § 35 Abs. 5 RStV-E sechs Direktoren der Landesmedienanstalten ebenfalls

⁴⁰ Indirekt besteht ein Bezug zwischen der KEF und den Landesmedienanstalten, denn diese werden i.S.d. § 40 RStV i.V.m. § 10 RFinStV über die Rundfunkgebühr finanziert. Dazu ausführlich Hoffmann-Riem, Landesmedienanstalten, S. 72 ff. sowie überblicksartig Gersdorf, Rundfunkrecht, Rdnr. 392 ff.

⁴¹ Das Gesetz bezeichnet sie wiederum als „den jeweiligen gesetzlichen Vertreter der Landesmedienanstalt“. Dies trägt der Tatsache Rechnung, dass es Sache des jeweiligen Landesgesetzgebers ist, wie die Position des gesetzlichen Vertreters einer Landesmedienanstalt ausgestaltet wird, z.B. durch Direktorenstatus oder wie in Bayern die Bezeichnung „Präsident“ verwendet wird. vgl. dazu Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Kommentar zum RStV, § 35 Rdnr. 10.

⁴² Dazu § 14 Abs. 1 RStV sowie §§ 1 bis 7 RFinStV, zur Zusammensetzung siehe § 4 RFinStV.

⁴³ Vgl. § 14 Abs. 1 RStV. Eine zusätzliche Erwähnung findet die Weisungsunabhängigkeit in § 2 Satz 2 RFinStV. Auch spricht § 14 Abs. 1 RStV sowie § 1 und § 2 Satz 1 RFinStV nochmals ausdrücklich von der „unabhängigen“ KEF.

⁴⁴ Bzgl. der Weisungsunabhängigkeit eines Abgeordneten vgl. allgemein Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG.

⁴⁵ Bisher lediglich 6 Mitglieder, dazu im Vergleich: KJM 12 Mitglieder (§ 14 Abs. 3 JMStV), KEF 16 Mitglieder (§ 4 RFinStV).

Mitglieder dieser Kommission werden. Die KEK wächst somit von sechs auf zwölf Mitglieder. Die KDLM wird im Gegenzug abgeschafft.

Der Gesetzgeber geht also einen Weg, den er in Grundzügen bereits bei der Zusammensetzung der KJM beschritten hat. Dort wirken gem. § 14 Abs. 3 JMStV sechs Sachverständige, die von den Jugendschutzbehörden entsandt werden, mit sechs Direktoren der Landesmedienanstalten zusammen, wobei jedes der 12 Kommissionsmitglieder i.S.d. § 14 Abs. 3 Satz 1 JMStV als „Sachverständiger“ eingestuft wird. Auch erinnert der Gesetzgeber in § 14 Abs. 6 JMStV an die Weisungsunabhängigkeit dieser Sachverständigen.

Offen bleibt, wieso die Direktoren der Landesmedienanstalten im Rahmen der KJM Sachverständige sind und ihnen dieser Sachverstand im Rahmen der KDLM bzw. zukünftig im Rahmen der KEK vom Gesetzgeber, zumindest begrifflich, abgesprochen wird. Eine Unterscheidung, die auch der 10. RÄndStV nicht behebt. Ungeklärt ist ferner, warum das Gesetz bei der KEF ausdrücklich von einer „unabhängigen“ Kommission spricht⁴⁶, auf diesen Hinweis bei der KEK, (KDLM) und KJM jedoch verzichtet.⁴⁷

V. Kritische Stellungnahme

Kritisch ist die beabsichtigte Reformierung der KEK bzgl. der neuen Zusammensetzung (dazu unter 1.), ihrer zahlenmäßigen Vergrößerung (dazu unter 2.) sowie mit Blick auf die geplante gemeinsame Geschäftsstelle (dazu unter 3.) zu hinterfragen.

1. Politiknähe – Zusammensetzung der KEK

Basierend auf der dienenden Funktion der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG folgte das Bundesverfassungsgericht, die Freiheit des Rundfunks vor

⁴⁶ § 14 Abs. 1 RStV sowie § 1 und § 2 Abs. 2 Satz 1 RFinStV.

⁴⁷ Dort wird jeweils nur auf die Weisungsunabhängigkeit verwiesen vgl. § 35 Abs. 6 RStV sowie § 14 Abs. 6 JMStV.

staatlicher Beherrschung und Einflussnahme.⁴⁸ Insofern verankert die Rundfunkfreiheit den Grundsatz der Staatsfreiheit bzw. eine gebotene Staatsferne des Rundfunks.⁴⁹ Dies gilt auch für den Bereich des privaten Rundfunks, der ebenfalls vor mittelbaren staatlichen Einwirkungen geschützt ist. Daran hat sich der Aufgabenbereich sowie die Aufsichtsmittel und der Aufsichtsmaßstab der Landesmedienanstalten zu orientieren. Ferner sind aus diesem Grunde die Landesmedienanstalten aus dem staatlichen Verwaltungsaufbau ausgegliedert⁵⁰, doch führt dies nicht automatisch zu einer unpolitischen Arbeit.

In der Literatur wurde die Abhängigkeit der Politiker als Funktionsmangel der Demokratie bereits richtig herausgearbeitet.⁵¹ Wissenschaftlich noch nicht hinreichend gewürdigt, wird die Problematik der „politischen“ Abhängigkeit der Landesmedienanstalten als Funktionsmangel der Medienaufsicht in Deutschland.⁵²

Im Zentrum der vorliegenden Betrachtung stehen dabei die Sachverständigen und die Direktoren der Landesmedienanstalten. In erstaunlich hoher Frequenz betont das Gesetz die Weisungsunabhängigkeit dieser beiden Gruppen.

Ausweislich der Entscheidungspraxis sind die Sachverständigen, die in der KEK und der KEF wirken, als „unabhängig“ zu bezeichnen, auch wenn ihre Ernennung durch die Ministerpräsidenten stetig kritisiert wird.⁵³ Entscheidungen beider Gremien unterliegen, wie oben aufgezeigt, einem politischen Korrektiv – die KEK mittels Entscheidungen der KDLM, die KEF durch Entscheidungen der Länderparlamente. Richtig wurde im vorherigen Beitrag festgestellt, dass die Entscheidungskriterien der KDLM keine anderen sind, als die der KEK und medienpolitische Motive keine

⁴⁸ Dazu Fechner, Medienrecht, Rdnr. 897 ff.; grundlegend: BVerfGE 57, 285, 320 – Dritte Rundfunkentscheidung.

⁴⁹ auch zum Folgenden Hoffmann-Riem, Landesmedienanstalten, S. 49 ff., 52 ff. sowie komprimiert Gersdorf, Rundfunkrecht, Rdnr. 394 ff.

⁵⁰ Zur Problematik vgl. Lammek, Kooperation, S. 26, 27 m.w.N. sowie Sporn, Landesmedienanstalt, S. 7 ff.

⁵¹ dazu der gleichnamige Beitrag von Schmitt Glaeser, ZRP 2006, 10.

⁵² dazu u.a. Geppert, Europäischer Rundfunkraum, S. 103 ff. m.w.N.; Stender-Vorwachs, Staatsferne, S. 136 ff., 216 ff.; Jarren, Kommunikation, S. 616.

⁵³ Beispielsweise Stock, Konzentrationskontrolle, S. 76 sowie Groh, Bonusregelungen, S. 92 ff. m.w.N. Jedoch bleibt die Literatur bisher weitestgehend ein taugliches Alternativmodell schuldig.

Rolle bei einer Entscheidung spielen dürften. Ein „politisches“ Wirken ist den Direktoren der Landesmedienanstalten im Rahmen der KDLM gesetzlich ausdrücklich verboten.

Doch ist daran zu erinnern, dass die Direktoren der Landesmedienanstalten faktisch Medienpolitik betreiben.⁵⁴ Sie sind Interessenvertreter des jeweiligen Bundeslandes und entscheiden aus standortpolitischen Motiven.⁵⁵ Dies ist teilweise auch ihr gesetzlicher Auftrag, aber eben gerade nicht im Rahmen der KDLM. Selbst in der amtlichen Begründung zu § 35 Abs. 5 RStV sah sich der Gesetzgeber bemüht zu betonen, dass die Direktoren der Landesmedienanstalten in ihrer Funktion als Mitglieder der KDLM keine Interessenvertreter der jeweiligen Landesmedienanstalt seien. Inwieweit einem Menschen eine derartige Trennung verschiedener Interessen gelingen kann und ob dies zumutbar ist, bleibt fraglich. So sieht u.a. das Kommunal- oder auch das Verfahrensrecht Regelungen vor, die genau derartige Interessenkonflikte verhindern sollen. Wieso der Gesetzgeber den Direktoren der Landesmedienanstalten einen Interessenkonflikt faktisch aufzwingt, ist unklar.

Tatsächlicher Anlass der Reformbestrebung bzgl. der Zusammensetzung der KEK im Rahmen des 10. RÄndStV ist für den Gesetzgeber scheinbar der Fall Axel Springer AG.⁵⁶ Hier traf die KEK auf Basis der gesetzlichen Grundlagen eine möglicherweise politisch nicht gewollte Entscheidung.⁵⁷ Um auf politisch unliebsame Entscheidungen zukünftig frühzeitig Einfluss zu nehmen, sollen nunmehr sechs Direktoren der Landesmedienanstalten bereits bei der Entscheidungsfindung der Sachverständigen mitwirken. Der damals gefundene politische Kompromiss, durch

⁵⁴ Vgl. dazu u.a. Jarren, Kommunikation, S. 616, der allerdings die Landesmedienanstalten als Ganzes betrachtet; zur politischen Funktion der Direktoren selbst vgl. die mannigfachen Pressemitteilungen zu aktuellen medienpolitischen Themen der ALM/DLM unter www.alm.de sowie die Pressemitteilungen der einzelnen Landesmedienanstalten.

⁵⁵ Vgl. dazu Hain, MMR 2000, 537, 538, 539 sowie Amtliche Begründung zu § 37 Abs. 1 RStV, die in der Errichtung der KEK einen erwünschten Erfolg standortunabhängigen Entscheidungsfindung erblickt. Ausdrücklich auch Gounalakis/Zagouras, ZUM 2006, 716, 723 m.w.N.

⁵⁶ Siehe dazu insbesondere den vorherigen Beitrag in diesem Sammelband; Beschluss der KEK vom 10.1.2006, Az 293-1 bis 5, abrufbar unter www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf.

⁵⁷ Z.B. standortpolitisch mit Blick auf die geplanten Investitionen, so u.a. auch Müller, MMR 2006, 125, 126.

die KDLM eine „Revisionsinstanz“ bzgl. der Entscheidungen der KEK zu schaffen⁵⁸, genügt dem Gesetzgeber nicht mehr.

Die gesetzlich stets betonte „Weisungsunabhängigkeit“ der Direktoren der Landesmedienanstalten wird von der Rechtswirklichkeit überholt. Zudem sei daran erinnert, dass eine (politische) Einflussnahme freilich auch ohne Weisung möglich ist.

Medienpolitisch ungewollte Entscheidungen sind durch eine klare Gesetzesformulierung zu vermeiden, wie sie die KEK selbst mit Blick auf ihren Aufgabenbereich vorgeschlagen hat.⁵⁹ Der Weg, ein bisheriges Sachverständigengremium politisch zu „unterwandern“, ist aus rechtlicher Sicht bedenklich. Dabei ist nicht zu verkennen, dass ein medienpolitisches Korrektiv bei Sachverständigenentscheidungen durchaus notwendig sein kann⁶⁰, jedoch wird diesem Erfordernis durch die bisherigen Regelungen bzw. deren praktische Umsetzung ausreichend Rechnung getragen.

2. Erweiterung – Die zahlenmäßige Vergrößerung der KEK

Ein weiterer Kritikpunkt an der geplanten Neuregelung ist die zahlenmäßige Vergrößerung des Gremiums. Je mehr Mitglieder in einer Kommission mitwirken, egal mit welchem funktionalem Hintergrund, desto schwieriger gestaltet sich die Entscheidungsfindung.⁶¹ Zu große Arbeitseinheiten sind schwerfällig, Entscheidungen meist unliebsame Kompromisse. Eine Notwendigkeit die Mitgliederanzahl der KEK zu erhöhen besteht nicht. Das Argument, durch die Integration von sechs Direktoren der Landesmedienanstalten in die KEK würde ein Entscheidungsträger, nämlich die KDLM, wegfallen, ist nicht zielführend. Die KDLM wurde nach bisherigem Recht nur in Ausnahmesituationen „benötigt“ und seit Beginn ihres Wirkens ist fraglich, wieso der Gesetzgeber zwei Organe mit derselben Funktion betraut hat. Wie bereits dargestellt zeigt die Praxis, das politische

⁵⁸ So Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Kommentar zum RStV, § 37 Rdnr. 1.

⁵⁹ Vgl. 3. KEK-Konzentrationsbericht, 2007, S. 25 ff.

⁶⁰ Insbesondere mit Blick auf die Entscheidungen der KEF erweist sich eine Korrektur bzw. eine offene politische Debatte als notwendig.

⁶¹ So auch Groh, Bonusregelungen, S. 94 m.w.N.

Bedürfnis dieses Organs: trotz der gebotenen Weisungsunabhängigkeit und funktionellen Andersartigkeit⁶², handeln die Mitglieder der KDLM immer auch in ihrer Funktion als Direktoren der Landesmedienanstalten und somit standortpolitisch.⁶³

Ferner beschränkt sich die Arbeit der KEK auch zukünftig auf reine Gesetzesanwendung. Inwiefern hierfür eine breitere Diskussionsbasis erforderlich ist, bleibt im Dunkeln. Durch eine erweiterte Diskussionsbasis werden jedoch weitere Interessen berücksichtigt, was zu einer höheren Akzeptanz einer Entscheidung führen kann. Um Entscheidungen der KEK „planbarer“ zu machen, bedarf es eines präzisierten Gesetzestextes, wie ihn die KEK in ihrem jüngsten Bericht selbst vorschlägt.⁶⁴

Diese Ansicht wird durch einen Blick auf die Arbeitsweise der KJM mit ihren zwölf Mitgliedern bekräftigt, die sich zunehmender Kritik ausgesetzt sieht.⁶⁵ Die Entscheidungsfindung dauert teilweise zu lange⁶⁶, die Wirkung von etwaigen Maßnahmen bleibt fraglich.⁶⁷

Die KJM reagiert statt zu agieren. Sie versucht jugendschutzrechtliche Problemfelder erst dann zu bearbeiten, wenn diese bereits den Alltag des zu schützenden Klientels durchdrungen haben.⁶⁸ Zu viel Diskussion und Abwägung

⁶² Die Funktion der Direktoren der Landesmedienanstalten in der KDLM beschränkt sich auf eine reine Gesetzesanwendung mit dem Ziel der Vielfaltssicherung – dazu bereits ausführlich im vorherigen Beitrag dieses Sammelbandes.

⁶³ Siehe oben V. 1.

⁶⁴ Vgl. 3. KEK-Konzentrationsbericht, 2007, S. 25 ff.

⁶⁵ Speziell im Bereich rechtswidriger Handyklingeltonwerbung vgl. Fechner/Schipanski, ZUM 2006, 898, 901 ff.

⁶⁶ Die Beanstandung der Handyklingeltonwerbung zog sich über mehrere Jahre hin. Die Rechtswidrigkeit aus jugendschutzrechtlicher Sicht lag dabei auf der Hand. Zeitlich vertretbar hingegen der Verfahrensverlauf im Prüfverfahren zu „Deutschland sucht den Superstar“ – vgl. dazu Pressemitteilungen der KJM unter www.kjm-online.de.

⁶⁷ Siehe Prüfverfahren zu „Deutschland sucht den Superstar“ dargestellt unter www.kjm-online.de.

⁶⁸ Jüngstes Beispiel ist die Problematik von Pornografie und Gewalt auf Handys von Jugendlichen (Stichwort: Slapping, Snuffing) – diesbezüglich hat sich die KJM immerhin an der Ausrichtung einer Fachtagung beteiligt, vgl. Pressemitteilung der KJM 13/2007 vom 21.9.2007, abrufbar unter www.kjm-online.de. Maßnahmen sind in diesem Bereich jedoch noch nicht erfolgt, insbesondere auch keine Klärung einer eventuellen Zuständigkeit der Kommission. Zum Ausmaß des Problems vgl. Grimm/Rhein, Slapping, S. 20 ff.

verhindert eine zügige und effiziente Problemlösung. Die Akzeptanz derartiger Arbeitsweisen und so getroffener Entscheidungen bleibt fragwürdig.⁶⁹

Die KEK würde nach der beabsichtigten Neuregelung in Grundzügen der Zusammensetzung der KJM ähneln. Mit Blick auf die Arbeit dieser Kommission, lässt dies keine positiven Impulse erwarten. Wieso effiziente Strukturen durch noch nicht bewährte Modellversuche abgelöst werden sollen, ist nicht ersichtlich.

3. Gemeinsame Geschäftsstelle – Einbuße der Unabhängigkeit?

Dem Vorschlag des § 35 Abs. 6 RStV-E folgend, soll des weiteren die Geschäftsstelle der KEK in Potsdam sowie die Geschäftsstelle der KJM in Erfurt aufgelöst und eine gemeinsame Geschäftsstelle für ZAK, GVK, KEK und KJM geschaffen werden. Inwieweit dadurch die vom Gesetz⁷⁰ für jedes Mitglied dieser Organe geforderte Vertraulichkeit und Verschwiegenheit gestärkt wird, ist fraglich. Wirtschaftliche Gesichtspunkte können keine Rolle spielen, da das Arbeitspensum für jede dieser Kommissionen konkret gesetzlich festgelegt ist. Geschmälert werden dürfen die Personal- und Sachmittel dadurch jedenfalls nicht.

VI. Ergebnis und Ausblick

Neben der laufenden Entscheidungspraxis der KEK obliegt ihr gem. § 26 Abs. 6 RStV die Erstellung von Konzentrationsberichten.⁷¹ Diese sind wesentliche medienrechtliche sowie medienpolitische Beiträge, die KEK wird somit zum Impulsgeber und Berater.⁷² Sie zeugen von der Sinnhaftigkeit und Notwendigkeit einer unabhängigen Expertengruppe im Bereich der Medienkonzentrationskontrolle.

Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Neugestaltung der Zusammensetzung der KEK ist abzulehnen. Die Arbeit von kleinen Sachverständigengruppen erweist sich

⁶⁹ Wobei dies im Jugendschutzrecht durch den vom Gesetzgeber gewählten Weg der regulierten Selbstregulierung systemimmanent ist.

⁷⁰ Vgl. bisher für die KEK § 35 Abs. 6 RStV und für die KJM § 14 Abs. 6 JMStV; neu: § 35 Abs. 8 RStV-E.

⁷¹ Diese sind abrufbar unter www.kek-online.de.

⁷² Insbesondere die Konzentrationsberichte sowie weitere Publikationen des Sachverständigengremiums sind wegweisend für die Medienpolitik in Deutschland. Mit Blick auf eine Kosten-Nutzen-Analyse ist die KEK eines der wirtschaftlichsten und effizientesten Gremien deutschlandweit.

als effizient. Ferner werden Ergebnisse von Expertengruppen in der Öffentlichkeit eher akzeptiert als politisch bedingte Kompromisse.

Sollte die KEK als Sachverständigengremium eine politisch nicht gewollte Entscheidung treffen, so sieht das gegenwärtige Recht bzw. dessen praktische Umsetzung ausreichende Korrektivmaßnahmen durch die Befugnisse der KDLM vor.⁷³ Ähnliche Mechanismen werden beispielsweise erfolgreich bei der KEF⁷⁴ sowie im Rahmen des Kartellrechts⁷⁵ angewendet. Es ist jedoch daran zu erinnern, dass ausweislich der gegenwärtigen gesetzlichen Regelungen eine politische Korrektur durch die KDLM an sich gar nicht möglich ist.⁷⁶ Auch spricht die bisherige Arbeit der KEK für die gegenwärtige Zusammensetzung dieses Organs.

Die Erhöhung der Mitgliederzahl der Kommission von sechs auf zwölf ist kontraproduktiv. Die Entscheidungsfindung wird erschwert und verzögert.

Die Erweiterung des Sachverständigengremiums um (un)politische Mitglieder ist eine falsche Entscheidung des Gesetzgebers.

Abschließend kann über die hier behandelte Thematik hinaus festgehalten werden, dass die Zukunft eine weitere Zusammenarbeit der Landesmedienanstalten erzwingen wird. Die „Ländermedienanstalt“ ist längst notwendig und muss Wirklichkeit werden. Der 10. RÄndStV ist ein wichtiger Schritt in diese Richtung. Politisch ist die Idee der „Ländermedienanstalt“ nur über den eingeschlagenen Weg, nämlich der Errichtung gemeinsamer Organe, durchsetzbar.

⁷³ Vgl. dazu § 37 Abs. 2, 3 RStV – nochmals: Eine derartige Korrektur ist m.E. bei Sachverständigengremien auch unter Umständen notwendig und geboten, dazu bereits oben V. 1. (z.B. bzgl. Entscheidungen der KEF). Mit Blick auf die KEK ist eine derartige „politische“ Korrektur durch die KDLM jedoch ausdrücklich verboten.

⁷⁴ § 7 Abs. 2 RFinStV – Befugnis des Gesetzgebers bei der Festsetzung der Rundfunkgebühr von dem Vorschlag der KEF abzuweichen – dazu BVerfG, 1 BvR 2270/05 vom 11.9.2007.

⁷⁵ § 42 GWB – sog. Ministererlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss.

⁷⁶ Sowohl § 7 Abs. 2 RFinStV als auch § 42 GWB weisen einen politischen Spielraum aus. Dies ist im Rahmen der Medienkonzentrationskontrolle gem. §§ 25 ff. RStV gerade nicht der Fall. Insoweit hat die KDLM rechtlich gesehen gerade keinen politischen Spielraum – auch wenn die KDLM diesen Rechtsrahmen scheinbar praktisch anders umsetzt.

Literaturverzeichnis

Fechner, Frank: Medienrecht, 8. Auflage, Tübingen, 2007

zit.: Fechner, Medienrecht, Rdnr.

Fechner, Frank / Schipanski, Tankred: Werbung für Handyklingeltöne – Rechtsfragen im Jugendschutz-, Telekommunikations- und Wettbewerbsrecht, in: ZUM 2006, S. 898

zit.: Fechner/Schipanski, ZUM 2006, S.

Geppert, Martin: Europäischer Rundfunkraum und nationale Rundfunkaufsicht – Zur Kontrolle und Zukunft der deutschen Landesmedienanstalten in einem europäischen Rundfunksystem, Berlin, 1993

zit.: Geppert, Europäischer Rundfunkraum, S.

Gersdorf, Hubertus: Grundzüge des Rundfunkrechts, München, 2003

zit.: Gersdorf, Rundfunkrecht, Rdnr.

Gounalakis, Georgios / Zagouras, Georgios: Plädoyer für ein europäisches Medienkonzentrationsrecht, in: ZUM 2006, S. 716

zit.: Gounalakis/Zagouras, ZUM 2006, S.

Grimm, Petra / Rhein, Stefanie: Slapping, Bullying, Snuffing! – Zur Problematik von gewalthaltigen und pornografischen Videoclips auf Mobiltelefonen von Jugendlichen, Berlin, 2007

Zit.: Grimm / Rhein, Slapping, S.

Groh, Sabine: Die Bonusregelungen des § 26 Abs. 2 S. 3 des Rundfunkstaatsvertrages, Frankfurt a. M., 2005

zit.: Groh, Bonusregelungen, S.

Hain, Karl-Eberhard: Vorherrschende Meinungsmacht i.S.d. § 26 Abs. 1, 2 RStV – Die Kontorverse um „quantitative“ oder „qualitative“ Bestimmung,

in: MMR 2000, S. 537

zit.: Hain, MMR 2000, S.

Hartstein, Reinhard / Ring, Wolf-Dieter / Kreile, Johannes / Dörr, Dieter / Stettner, Rupert: Rundfunkstaatsvertrag – Kommentar, Bd. II, Loseblattsammlung, 30. Erg. Lief. Mai 2007, München

zit.: Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Kommentar zum RStV, § Rdnr.

- Hepach, Stefan*: Die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich: Verselbständigungstendenzen eines Organs unter Berufung auf das rundfunkspezifische Gebot einer effizienten Konzentrationskontrolle?, in: ZUM 1999, S. 603
 zit.: Hepach, ZUM 1999, S.
- Herrmann, Günter / Lausen, Matthias*: Rundfunkrecht – Fernsehen und Hörfunk mit Neuen Medien, 2. Auflage, München, 2004
 zit.: Herrmann/Lausen, Rundfunkrecht, § Rdnr.
- Hesse, Albrecht*: Rundfunkrecht, 2. Auflage, München, 1999
 zit.: Hesse, Rundfunkrecht, Kapitel, Rdnr.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Finanzierung und Finanzkontrolle der Landesmedienanstalten, 2. Auflage, Berlin, 1994
 zit.: Hoffmann-Riem, Landesmedienanstalten, S.
- Holznagel, Bernd / Krone, Daniel / Jungfleisch, Christiane*: Von den Landesmedienanstalten zur Ländermedienanstalt – Schlussfolgerungen aus einem internationalen Vergleich der Medienaufsicht, Münster, 2004
 zit.: Holznagel/Krone/Jungfleisch, Ländermedienanstalt, S.
- Jarren, Otfried*: Medienpolitische Kommunikation, in: Jarren, Otfried / Sarcinelli, Ulrich / Saxer, Ulrich (Hrsg.): Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft, Wiesbaden, 1998, S. 616 ff.
 zit.: Jarren, Kommunikation, S.
- Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK)*: Crossmediale Verflechtung als Herausforderung für die Konzentrationskontrolle, Berlin, 2007
 zit.: 3. KEK-Konzentrationsbericht, 2007, S.
- Lammek, Marv*: Die Kooperation der Landesmedienanstalten, Frankfurt, 1997
 zit.: Lammek, Kooperation, S.
- Müller, Ulf*: Deutsches Medienkartellrecht – ein Scherbenhaufen?, in: MMR 2006, S. 125
 zit.: Müller, MMR 2006, S.
- Renck-Laufke, Martha*: Was ist und was kann die KEK?, in: ZUM 2000, S. 369
 zit.: Renck-Laufke, ZUM 2000, S.

- Schmitt Glaeser, Walter:* Die Abhängigkeit der Politiker als Funktionsmangel der Demokratie, in: ZRP 2006, S. 10 ff.
zit.: Schmitt Glaeser, ZRP 2006, S.
- Schuler-Harms, Margarete.* Rundfunkaufsicht im Bundesstaat: Die Arbeitsgemeinschaften der Landesmedienanstalten, Baden-Baden, 1995
zit.: Schuler-Harms, Rundfunkaufsicht, S.
- Stender-Vorwachs, Jutta.* „Staatsferne“ und „Gruppenferne“ in einem außenpluralistisch organisierten privaten Rundfunksystem, Berlin, 1988
zit.: Stender-Vorwachs, Staatsferne, S.
- Sporn, Stefan:* Die Landesmedienanstalt, Frankfurt, 2001
zit.: Sporn, Landesmedienanstalt, S.
- Stock, Martin:* Konzentrationskontrolle in Deutschland nach der Neufassung des Rundfunkstaatsvertrags (1996), in: Stock, Martin / Röper, Horst / Holznagel, Bernd: Medienmarkt und Meinungsmacht, Berlin Heidelberg, 1997
zit.: Stock, Konzentrationskontrolle, S.

Crossmediale Fusionen und Meinungsvielfalt:

Eine ökonomische Analyse

Privatdozent Dr. rer. pol. Ralf Dewenter*

1	Einleitung.....	48
2	Meinungsvielfalt aus ökonomischer Sicht	50
3	Anreize (cross-)medialer Medienfusionen.....	52
3.1	Kostenvorteile	52
3.2	Zweiseitige Märkte	54
3.3	Konvergenz der Medien	56
3.4	Meinungsmacht	57
4	Medienfusionen und Meinungsvielfalt.....	58
4.1	Vielfalt und Marktstruktur	58
4.1.1	Theoretische Analysen.....	58
4.1.2	Empirische Analysen	62
4.2	Meinungsvielfalt.....	63
4.3	Crossmediale Fusionen.....	68
5	Die Messung von Meinungsmacht.....	71
5.1	Die Problematik der Messung.....	71
5.2	Der Fall ProSiebenSat.1/Springer.....	74
5.2.1	Bewertung der Fusion seitens der KEK.....	74
5.2.2	Bewertung der Analyse der KEK	78
6	Fazit	83

* Wissenschaftlicher Assistent am Fachgebiet Wirtschaftspolitik des Instituts für Volkswirtschaftslehre der Helmut-Schmidt-Universität Hamburg.

1 Einleitung

Nicht erst seit der geplanten Fusion zwischen den beiden Medienkonzernen, der ProSiebenSat.1 Media AG und der Axel Springer AG im Jahr 2005, wird in Deutschland aber auch in anderen Ländern, wie der USA, Großbritannien und Australien eine rege Diskussion darüber geführt, wie crossmediale Fusionen ökonomisch und juristisch zu bewerten und welche Auswirkungen von ihnen zu erwarten sind. Im Gegensatz zu anderen Branchen stellt der Mediensektor und insbesondere der private Rundfunk dabei eine Besonderheit dar. Neben den von der üblichen Fusionskontrolle abweichenden Vorschriften für Presseerzeugnisse, unterliegen Zusammenschlüsse, an denen private Rundfunkunternehmen beteiligt sind, einer Kontrolle durch die Landesmedienanstalten und der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK). Während das Bundeskartellamt über die rein ökonomischen Auswirkungen einer Medienfusion zu urteilen hat und prüft, ob durch den Zusammenschluss Marktmacht entsteht, obliegt es der KEK, eine Bewertung darüber abzugeben, ob die Fusion die Meinungsvielfalt gefährdet, bzw. zu prüfen, ob vorherrschende Marktmacht entsteht.

Grundlage für die Analyse des Meinungseinflusses ist der Rundfunkstaatsvertrag (RStV), der verschiedene Vermutungstatbestände für eine mögliche Meinungsmacht formuliert. Sind diese Tatbestände nicht erfüllt, liegt aber dennoch ein Marktanteil von 25% vor, schreibt der RStV eine Gesamtbetrachtung aller Aktivitäten der beteiligten Unternehmen in medienrelevanten Märkten vor. Abgesehen davon, dass die genaue Wirkung der Konzentration bei Medienfusionen im Allgemeinen und bei crossmedialen Zusammenschlüssen im Speziellen immer noch nicht eindeutig erforscht sind, herrscht Unklarheit darüber, wie eine solche Gesamtschau der Aktivitäten vorzunehmen ist. Dabei ist insbesondere fraglich, wie unterschiedliche Medienmärkte, wie etwa Fernseh- und Zeitungsmärkte, in Beziehung zueinander gestellt werden können und wie der Meinungseinfluss in diesen Märkten adäquat gemessen und miteinander verglichen werden kann. Die Problematik ist dabei, ein Bewertungssystem zu schaffen, das es erlaubt, den gesamten Meinungseinfluss eines fusionierten Unternehmens zu bewerten.

Wie der Fall ProSiebenSat.1/Springer gezeigt hat, ist die Erstellung eines solchen Systems, das die Vergleichbarkeit der Meinungseinflüsse in unterschiedlichen Medien ermöglicht, nicht trivial. Das von der KEK gewählte Bewertungsschema zeigt die Probleme einer solchen Bewertung auf und ist, wie der vorliegende Beitrag zeigen soll, zu Recht an mehreren Stellen kritisiert worden. Es stellt sich daher die Frage, wie ein angemessenes Bewertungssystem aussehen muss, oder aber ob es überhaupt möglich ist, Meinungsmacht für die Medienaufsicht in adäquater Weise zu messen und darüber hinaus zwischen den verschiedenen Märkten vergleichbar zu machen. Eine Alternative zu der Vorgehensweise einer Gesamtbetrachtung, liegt daher darin, sich auf die vorhandenen Vermutungstatbestände zu beschränken und Fusionen, die unter dieser Schwelle liegen nicht weiter zu prüfen. Dazu wäre jedoch eine Reform des RStV notwendig.

Eine Frage, die im vorliegenden Papier nicht abschließend beantwortet werden kann, ist die nach der Notwendigkeit der Prüfung von vorherrschender Meinungsmacht. Die Evidenz dafür, dass potentielle Meinungsmacht einer schärferen Kontrolle unterliegen sollte als Marktmacht, ist nicht eindeutig. Eine weitere, noch weiterreichende Alternative zum bestehenden Recht bestünde daher darin, gänzlich auf eine solche Prüfung zu verzichten und lediglich eine Analyse der möglichen Marktbeherrschung vorzunehmen.

Das vorliegende Papier nimmt sich einem Großteil dieser Fragen an und fokussiert zum einen auf die Auswirkungen crossmedialer Fusionen und zum anderen auf die Probleme der Vielfaltsmessung. Dazu wird zunächst in Kapitel 2 der Begriff der Vielfalt und seine unterschiedlichen Ausprägungen erläutert und eine ökonomische Sichtweise insbesondere in Bezug auf die Meinungsvielfalt angeboten. In Kapitel 3 werden dann die verschiedenen Anreize diskutiert, die Medienunternehmen dazu bewegen intra- sowie crossmediale Zusammenschlüsse vorzunehmen. Hierbei stehen insbesondere Kostenaspekte und die Besonderheiten von Medienmärkten im Vordergrund. Anschließend werden dann im vierten Kapitel mögliche Auswirkungen von Medienfusionen auf Produktdifferenzierung und Meinungsvielfalt diskutiert und ein Überblick über den Stand der ökonomischen Literatur gegeben. Kapitel 5 beschäftigt sich schließlich mit der Problematik, ein geeignetes Maß für Meinungsvielfalt zu finden. Anhand des Fusionsfalls ProSiebenSat.1/Springer werden dabei vor allem die

Schwierigkeiten dargestellt, einen validen Vergleichsmaßstab für unterschiedliche Medienmärkte zu finden. Kapitel 6 schließt dann mit einem Fazit.

2 Meinungsvielfalt aus ökonomischer Sicht

Vielfalt bzw. publizistische Vielfalt oder Meinungsvielfalt sind in der Medienökonomie vieldiskutierte Begriffe, die immer wieder Anlass zu Kontroversen gegeben haben und in verschiedenen Formen auftreten (vgl. Kruse, 1996). So lässt sich publizistische Vielfalt einerseits in konsumtive und meritorische Vielfalt unterscheiden. Konsumtiv kennzeichnet dabei, dass Medienprodukte als normale Konsumgüter aufgefasst werden und sich Vielfalt im Sinne einer horizontalen (und vertikalen) Produktdifferenzierung gemäß vorliegender Konsumentenpräferenzen abbilden lässt. Meritorische Vielfalt orientiert sich dagegen nicht an den Präferenzen der Konsumenten, sondern an moralischen, politischen oder kulturellen Werten. Ein optimales Maß an meritorischer Vielfalt im Medienbereich wäre dann erreicht, wenn alle relevanten Meinungen und Argumente zu einem bestimmten Thema eine Plattform finden würden. Dies betrifft insbesondere Minderheitenmeinungen (vgl. Kruse, 1996).¹ Aus rein ökonomischer Sicht ist meritorische Vielfalt demnach als ineffizient zu bezeichnen, da es hierbei zu einer Überrepräsentation der Minderheitenmeinungen kommt. Die Präferenzen der Konsumenten werden nicht optimal erfüllt, es kommt zu Ressourcenverschwendung. Meinungsvielfalt wird dagegen nach § 25 RStV dann realisiert, wenn „*die bedeutsamen, politischen, weltanschaulichen und gesellschaftlichen Kräfte und Gruppen*“ in einem Vollprogramm „*angemessen zu Wort kommen*“. In dieser Definition zeigt sich, dass Meinungsvielfalt sowohl konsumtive Vielfalt als auch meritorische Vielfalt abbildet. Wie stark der jeweilige Vielfaltsbegriff in den Vordergrund tritt, hängt klar davon ab, was als „angemessen“ bezeichnet wird. Würde unter dem Begriff „angemessen“ eine Orientierung an den Präferenzen der Konsumenten verstanden, so würde konsumtive Vielfalt vorliegen. Werden jedoch auch Minderheitenmeinungen dann als angemessen vertreten angesehen, wenn sie über das Maß ihrer empirischen Evidenz auftreten, so liegt meritorische Vielfalt vor.

¹ Die meritorische Vielfalt zielt damit also eher auf (politische) Meinungsvielfalt ab, als auf Vielfalt im Sinne einer Programmvietfalt, bei der unterschiedliche Programmformate gesendet werden.

Eine weitere Unterscheidung des Vielfaltsbegriffs wird üblicher Weise in horizontaler und vertikaler Dimension vorgenommen. Hiermit wird ein zeitlicher Bezug hergestellt, der sich dadurch äußert, dass horizontale Vielfalt zu einem bestimmten Zeitpunkt vorliegt und vertikale Vielfalt im Zeitverlauf, also in einer bestimmten Zeitspanne, erreicht wird. Ietzendlich kann Vielfalt sowohl durch den gesamten Medienmarkt (z.B. den TV-Markt) produziert werden oder aber von einem einzelnen Unternehmen (resp. einem Sender) realisiert werden. Binnenpluralität ist also dann gesichert, wenn ein möglichst großes Meinungsspektrum und unterschiedliche Inhalte von einem Sender zur Verfügung gestellt werden. Außenpluralität herrscht dann vor, wenn unterschiedliche Sender Vielfalt gewährleisten. (Meinungs-)Vielfalt beinhaltet jedoch immer eine äußerst starke subjektive Komponente, da unterschiedliche Berichterstattungen oder Inhalte objektiv nur schwer messbar sind und nur aus Sicht der Konsumenten entschieden werden kann, ob ein ausreichendes Maß an Vielfalt vorliegt oder nicht.

Auch wenn ein optimales Maß an Meinungsvielfalt nicht immer anhand der Konsumentenpräferenzen gemessen wird, lässt sich der Vielfaltsbegriff doch auf das ökonomische Phänomen der Produktdifferenzierung zurückführen. Die reine Anzahl an unterschiedlichen Meinungen, kann dabei als Grad der horizontalen Produktdifferenzierung bezeichnet werden. Ob ein Unternehmen selbst unterschiedliche bzw. differenzierte Produkte anbietet (Binnenpluralität) oder aber verschiedene Unternehmen differenzierte Produkte anbieten (Außenpluralität) ist für den Grad an Differenzierung zunächst nicht relevant. Während konsumtive Vielfalt optimaler Weise mit einem effizienten Grad an Produktdifferenzierung einhergeht, besteht bei optimaler meritorischer Vielfalt eine übermäßige Produktdifferenzierung. Als eine weitere Dimension lässt sich darüber hinaus die vertikale Produktdifferenzierung im Sinne einer hohen oder geringen Produktqualität anführen. Ein hoher Grad an vertikaler Produktdifferenzierung würde somit eine hohe Programmqualität abbilden.

Eine weitere Perspektive der Meinungsvielfalt, die bisher noch nicht angesprochen wurde und insbesondere in der angelsächsischen Literatur diskutiert wird (vgl. z.B. Mencken, 1975 und Goldberg, 2002), ist das Ziel einer möglichst unverzerrten Wiedergabe von Fakten und Meinungen. Wird eine Meinung zwar transportiert, dabei aber verzerrt oder nur unvollständig wiedergegeben, so kann es – je nach Stärke

der Verzerrung – zu gleichen oder ähnlichen Effekten kommen, wie bei einer einseitigen Berichterstattung. So ist nicht auszuschließen, dass sowohl Konsumenten und Medienunternehmen einen politischen Bias aufweisen, also tendenziell eine einseitige Sichtweise präferieren und somit auch über die Medienprodukte des Unternehmens eine verzerrte Sicht verbreitet wird.

Somit lässt sich festhalten, dass sich das Ziel der Meinungsvielfalt aus ökonomischer Sicht sowohl in einem hohen Grad an horizontaler (und vertikaler) Produktdifferenzierung, als auch in der Minimierung eines möglichen Medienbias bzw. in einer möglichst unverzerrten Wiedergabe verschiedener Meinungen äußert. Wie stark die vorliegende Produktdifferenzierung tatsächlich sein soll bzw. welcher Grad an Differenzierung als optimal zu bezeichnen ist, lässt sich a priori nur schwer feststellen und hängt im besonderen Maße davon ab, welchen Einfluss die Meritorik nimmt.

3 Anreize (cross-)medialer Medienfusionen

Im Gegensatz zu intramedialen Fusionen sind crossmediale Fusionen dadurch gekennzeichnet, dass sie Zusammenschlüsse von Medienunternehmen bezeichnen, die entweder ausschließlich auf getrennten Medienmärkten tätig sind oder aber solche, bei denen nur unwesentliche Überschneidung der Märkte vorliegen. Liegen starke horizontale Überschneidungen der Märkte vor, liegt also vor allem eine horizontale Fusion vor, so sind die typischen Anreize für horizontale Zusammenschlüsse (wie z.B. Kostenvorteile) zu beobachten. Liegen aber keine oder nur unwesentliche Überschneidungen der Märkte vor, stellt sich die Frage, welche ökonomischen Anreize für die beteiligten Unternehmen bestehen könnten, eine solche Fusion vorzunehmen. Im Folgenden werden daher die Besonderheiten von Medienmärkten umrissen und daraus Anreize zu und mögliche positive und negative Effekte aus den Zusammenschlüssen abgeleitet.

3.1 Kostenvorteile

Medienmärkte zeichnen sich dadurch aus, dass sie eine Reihe von Besonderheiten bezüglich verschiedener Parameter aufweisen, die dazu führen, dass üblicher Weise eine stärkere Konzentrationstendenz als in vielen anderen Märkten zu beobachten ist.

So ist die Kostenstruktur der meisten Medienprodukte dadurch gekennzeichnet, dass hohe First-Copy-Kosten anfallen, also hohe Kosten bei der Produktion der ersten Kopie eines Medienprodukts entstehen (Dewenter & Kaiser, 2005). Dagegen sind die marginalen Kosten jeder weiteren Kopie jedoch relativ gering bzw. gehen teilweise sogar gegen null – die Vervielfältigung einer Ausgabe einer Zeitung oder einer TV-Sendung geht also mit relativ geringen variablen Kosten einher. Die variablen Kosten der Distribution können dagegen wiederum signifikante Werte annehmen.² Liegt eine solche Kostenstruktur von hohen fixen und geringen variablen Kosten tatsächlich vor, so führt dies in aller Regel zu einer Fixkostendegression, die es erlaubt, eine größere Menge zu geringeren Durchschnittskosten zu produzieren (vgl. Dewenter & Kaiser, 2005). Auch wenn durch die fortschreitende Digitalisierung der so genannte „First-Copy-Cost-Effekt“ in einigen Bereichen immer geringer zu werden scheint (vgl. dazu Grau & Hess, 2007), bedeutet seine Existenz einen Vorteil für Medienunternehmen, die eine hohe Stückzahl produzieren können. Die Folge ist eine, je nach Stärke der Kostendegression, mehr oder weniger starke Tendenz zur Konzentration. Insbesondere durch horizontale Fusionen können daher zum Teil deutliche Kostenvorteile realisiert werden.³

Neben den horizontalen Kostenvorteilen, können auch vertikale Effekte auftreten, etwa in Form von Transaktionskostensparnissen bei vertikaler Integration (vgl. Dewenter & Kaiser, 2005). Insbesondere die Distribution der Produkte als auch die Informationsbeschaffung spielt hier eine wichtige Rolle. So können im Printmedienbereich Transaktionskosten eingespart werden, indem z.B. eine eigene Redaktion beschäftigt wird oder aber indem eine Beteiligungen an Unternehmen in Inputmärkten (wie der Deutschen Presseagentur) realisiert werden. In anderen Medienmärkten, wie z.B. dem Fernsehmarkt, werden Transaktionskosten gesenkt, indem z.B. eigene Produktionsfirmen gegründet werden. Liegen diese Informationen dann einmal vor, so können sie darüber hinaus auch für die unterschiedlichsten Medien Verwendung

² Die Kostenstruktur ist jedoch von Medium zu Medium unterschiedlich. Inhalte, die über das Internet zur Verfügung gestellt werden weisen z.B. kaum Distributionskosten auf, während bei der Verteilung von Abonnementzeitungen relevante Kosten entstehen.

³ Weiterhin entstehen insbesondere bei Markteintritt bzw. Einführung neuer Produkte Fixkosten in Form endogener irreversibler Investitionen, die z.B. durch Werbung oder (Markt-)Forschungskosten entstehen (vgl. Sutton, 1991).

finden. Nachrichten etwa können gleichzeitig (nach unterschiedlicher Aufbereitung) sowohl für den Printbereich, als auch für Rundfunkprodukte oder Internetportale genutzt werden (Content Syndication). Auf diese Weise lassen sich diese Verbundvorteile durch die Verwendung der gleichen Informationen für die unterschiedlichen Medien ausnutzen. Während die Fixkostendegression also insbesondere Anreize zu horizontalen Fusionen bietet, kann ein Ausnutzen von Verbundvorteilen dann realisiert werden, wenn ein Medienunternehmen in andere Medienbereiche diversifiziert oder aber crossmediale Fusionen vollzogen werden.

Weitere Kostenvorteile bei crossmedialen Fusionen finden sich etwa durch die gemeinsame Nutzung von Ressourcen, wie z.B. bei der Aufbereitung von Informationen durch eigene Redaktionen oder die Nutzung bestehender Netzwerke, die etwa bei der Kombination von Telekommunikationsnetzwerken und Kundennetzwerken mit Medieninhalten (z.B. Mobile Marketing oder die Erstellung von Zeitungs-Webseiten). Insgesamt lassen sich somit zum einen bestehende Netzwerke und Inhalte für unterschiedliche Medien nutzen. Darüber hinaus können aber auch neue Inhalte durch die Kombination vorhandener Einrichtungen schaffen. Albarran & Dimmick (1996) fassen diese Kostenvorteile, die bei crossmedialen Fusionen entstehen können, unter dem Begriff der „Economies of Multiformality“ zusammen und bezeichnen diese Kostenvorteile als einen herausragenden Grund für die zunehmende crossmediale Konzentration.

3.2 Zweiseitige Märkte

Eine weitere, neben der Kostenstruktur herausragende, Eigenschaft von Medien, ist die Zweiseitigkeit der Märkte (vgl. Dewenter, 2006). Medienunternehmen treten hier als zwei- oder mehrseitige Plattform auf, indem sie zwischen mindesten zwei unterschiedlichen Nachfragen vermitteln. Typischerweise vermitteln Medienunternehmen zwischen der Nachfrage nach Inhalte am Rezipientenmarkt und der Nachfrage nach Werbeflächen am Werbemarkt. Im Unterschied zu gewöhnlichen Mehrproduktunternehmen, sind die Nachfragen jedoch nicht unabhängig oder stehen in einer einfachen komplementären oder substitutionalen Beziehung zu einander. Zweiseitige Märkte zeichnen sich vielmehr dadurch aus, dass indirekte, zweiseitige Netzwerkeffekte zwischen den Nachfragegruppen (hier Rezipienten und Werbekunden)

herrschen (vgl. Rochet und Tirole, 2003). Zum einen führt eine Erhöhung der Anzahl der Rezipienten dabei immer zu einem Anstieg der Nachfrage nach Werbung, es liegt also ein positiver indirekter Netzwerkeffekt vor. Zum anderen wirkt auch eine Ausweitung der Werbemengen auf die Nachfrage am Rezipientenmarkt; ob hier ein positiver oder negativer Netzwerkeffekt vorliegt hängt jedoch davon ab, inwiefern die Konsumenten einen Nutzen aus dem Konsum der Werbung ziehen. Bei informativer Werbung ist grundsätzlich von einem positiven Netzwerkeffekt auszugehen. Aber auch dann, wenn ein negativer Effekt der Werbung besteht – Werbung also einen Disnutzen stiftet – sollte die Summe der Netzwerkeffekte positiv sein (und somit ein positiver Gesamteffekt vorliegen), andernfalls wäre eine gemeinsame Produktion von Inhalten und Werbung nicht sinnvoll, da sonst ein geringerer Gewinn realisiert werden würde als bei getrennter Produktion.

Die Existenz genügend starker indirekter, zweiseitiger Netzwerkeffekte hat einige Auswirkungen sowohl auf das wettbewerbliche Verhalten der Medienunternehmen als auch auf die ökonomische Beurteilung und somit auf eine mögliche Wettbewerbspolitik. Zum Beispiel haben zweiseitige Plattformen immer den Anreiz, existierende positive Netzwerkeffekte auszunutzen, da somit auch ein positiver Effekt auf einer anderen Marktseite generiert werden kann. Die Mengen in zweiseitigen Märkten werden also in der Regel höher sein als in einseitigen Märkten. In Verbindung mit einer möglichen Kostendegression besteht also ein starker Anreiz, eine möglichst große Nachfrage zu befriedigen. Auch aus diesem Grund ist ein klarer Anreiz zur Konzentration vorhanden. Für die Preissetzung von entsprechenden Medienprodukten bedeutet dies, dass Preise auf den Märkten besonders niedrig sein werden, von denen hohe Netzwerkeffekte ausgehen.⁴ Entsprechend hohe Preise sind dann zu beobachten, wenn entsprechende Netzwerkeffekte (relativ zu den anderen Netzwerkeffekten) gering ausfallen. Die absolute Preishöhe, die in Medienmärkten zu beobachten ist, sagt daher auch wenig über die Wettbewerbsintensität am jeweiligen Markt aus. Hohe Preise sind nicht unbedingt ein Ausdruck von Marktmacht und besonders geringe Preise nicht unbedingt ein Indiz für die Verdrängung von Konkurrenten. Darüber hinaus wirkt eine Steigerung der Mengen in zweiseitigen Märkten grundsätz-

⁴ Ein typisches Beispiel sind hierfür Publikumszeitschriften, die unterhalb der Grenzkosten angeboten werden, da hier ein starker Effekt auf den Anzeigenmarkt ausgeht.

lich nicht nur positiv auf die Gewinne der Medienunternehmen, sondern ebenso auf die Konsumentenrente.

Aufgrund der Auswirkungen positiver Netzwerkeffekte ist es nicht weiter verwunderlich, dass auch eine hohe Konzentration positive Effekte auf die Gesamtwohlfahrt haben kann (vgl. Dewenter, 2004). Unter Umständen kann daher eine zunehmende Konzentration in Medienmärkten dazu führen, dass nicht nur Kostenvorteile genutzt werden können, sondern ebenso eine Steigerung der Mengen – aufgrund der Netzwerkeffekte – an beiden Märkten zu erwarten ist. Im Extremfall kann sogar z.B. eine Fusion zweier konkurrierender Tageszeitungen zu einer monopolistischen Zeitung einen positiven Wohlfahrtseffekt aufweisen. Unter diesen Voraussetzungen wird klar, dass eine Beurteilung von wettbewerblichem Verhalten in zweiseitigen Märkten nicht mehr unbedingt anhand der klassischen Industrieökonomik durchzuführen ist. Indirekte Netzwerkeffekte verlangen, im Gegenteil, eine genauere Analyse, was auch dazu führt, dass wettbewerbsspolitische Konzepte an diese Besonderheiten angepasst werden müssen.

Nicht nur bei intramedialen Fusionen, sondern auch bei crossmedialen Zusammenschlüssen können unter Umständen positive Auswirkungen der indirekten Netzwerkeffekte realisiert werden. Die Diversifizierung über unterschiedliche Medien erlaubt es den Unternehmen größere und auch zielgruppenadäquatere Rezipientengruppen zusammenzustellen und damit die vorhandenen Netzwerkexternalitäten besser zu nutzen. Im Idealfall könnte damit auch den Rezipienten ein besseres Portfolio an Informationen angeboten werden.

3.3 Konvergenz der Medien

Sowohl existierende Kostenvorteile, als auch die Ausnutzung von Netzwerkeffekten können in der Summe dazu führen, dass crossmediale Fusionen aus ökonomischer Sicht vorteilhaft sein können. Dies gilt insbesondere bei voranschreitender Konvergenz der Medien. Die stärkere Verzahnung von Medienprodukten erlaubt es Medienkonglomeraten, neben der Internalisierung externer Effekte, sowohl auf den Rezipientenmärkten als auch am Werbemarkt neue Produkte anzubieten. Außerdem können mehrere bestehende Produkte gekoppelt angeboten werden, wie etwa bei Anzeigen- oder Werbespotkombinationen. Sofern diese Kombinationstarife auf

freiwilliger Basis von den Werbetreibenden genutzt werden, sind aus wettbewerblicher Sicht auch keine Bedenken zu äußern (vgl. Tirole, 2005). Insgesamt lassen sich somit crossmediale Strategien entwickeln, die durchaus positive Wohlfahrtswirkungen zur Folge haben können und den Wettbewerb nicht beschränken.⁵

3.4 Meinungsmacht

Ein weiteres wenn auch nicht unbedingt ökonomisches Ziel, das konglomerate Medienunternehmen verfolgen können, ist die mögliche Schaffung von Meinungsmacht oder die verstärkte Einflussnahme auf die Meinungen der Rezipienten. So ist nicht auszuschließen, dass insbesondere Medienunternehmen, die unter der Leitung von einer oder wenigen Privatpersonen stehen, dazu benutzt werden, verzerrte Meinungen zu transportieren, um insbesondere politischen Einfluss auf die Rezipienten zu nehmen. Zunächst erscheint eine solche Strategie jedoch nicht vereinbar mit dem Ziel der Gewinnmaximierung. Inwiefern Einzelpersonen dennoch einen Anreiz und die Möglichkeit haben könnten, Meinungsmacht aufzubauen und auch umzusetzen, wird später noch diskutiert. Insbesondere bei Kapitalgesellschaften, bei denen sich die Anteile am Unternehmen im Streubesitz befinden, erscheint die Gefahr der Einflussnahme dagegen geringer zu sein. Hier liegen mit hoher Wahrscheinlichkeit eher divergierende Ziele zwischen den Anteilseignern vor, und der ökonomische Erfolg des Mediums sollte daher im Vordergrund stehen.⁶

Ein weiteres Argument, das gegen die Ausnutzung von Meinungsmacht spricht ist die Tatsache, dass mit steigender Größe eines Medienunternehmens oder Medienkonzerns auch die Koordinationskosten steigen und somit eine einheitliche (verzerrte) Berichterstattung immer schwerer durchzusetzen sein wird. Während etwa eine Zeitung, die nur wenige Redakteure beschäftigt, noch relativ einfach Einfluss auf die Inhalte und Darstellung der Artikel nehmen kann, erscheint es unwahrscheinlich, dass eine solche Koordination über verschiedene Medien und Unternehmen eines Konzerns problemlos vonstatten gehen soll. Dazu müssten die Inhalte letztendlich

⁵ Für eine hervorragende Bewertung crossmedialer Strategien und deren wohlfahrtsökonomischen Auswirkungen vgl. Budzinski & Wacker (2007).

⁶ Es lässt sich zwar einwenden, dass eine perfekte Kontrolle des Vorstands von Kapitalgesellschaften aufgrund von vorliegenden Informationsasymmetrien häufig nicht ohne weiteres möglich ist. Die Verfolgung von z.B. politischen Zielen, sollte jedoch ungleich schwieriger sein, als in kleineren Eigentümergeleiteten Unternehmen.

auf Redaktionsebene jedes einzelnen Mediums zensiert werden. Dagegen stehen im Zweifel jedoch die Eigeninteressen der Redakteure und anderer Mitarbeiter.⁷

4 Medienfusionen und Meinungsvielfalt

4.1 Vielfalt und Marktstruktur

Die Sicherung von Meinungsvielfalt und die entsprechende Begrenzung von Meinungsmacht anhand von Konzentrationsmaßen – die im Übrigen unabhängig von den entsprechenden Maßen zur Messung von Marktmacht festgelegt sind – setzt voraus, dass eine direkte und starke Korrelation zwischen Marktkonzentration und (Meinungs-)Vielfalt besteht. Ob diese Beziehung uneingeschränkt gültig ist, wird daher im Folgenden anhand der Erkenntnisse der ökonomischen Theorie sowie einiger empirischer Analysen näher betrachtet. Dabei wird zunächst auf den Einfluss von Konzentration auf die Vielfalt bzw. auf die Produktdifferenzierung abgezielt, bevor dann eine Übertragung der Wirkungen von crossmedialen Fusionen auf die Meinungsvielfalt vorgenommen wird.

4.1.1 Theoretische Analysen

Als erste ökonomische Analyse zur Vielfalt in Medienmärkten, ist die wegweisende Arbeit von Steiner (1952) zu nennen, die sich mit der Programmwahl von Radiosendern bei Existenz unterschiedlicher Marktstrukturen beschäftigt. Unter der Annahme von werbefinanzierten Radiostationen, die einer endlichen Anzahl an Konsumentengruppen mit unterschiedlichen Präferenzen bezüglich der Programminhalte gegenüberstehen, zeigt Steiner, dass ein Monopolist durchaus einen Anreiz haben kann, eine größere Vielfalt anzubieten, als sich bei gleichen Bedingungen bei Wettbewerb einstellen würde. Dieses Ergebnis wird vor allem dadurch hervorgerufen, dass bedingt durch die Werbefinanzierung, nicht die Zahlungsbereitschaften der Zuhörer ausschlaggebend für die Platzierung der Inhalte sind, sondern lediglich die Einschaltquoten für ein bestimmtes Programm. Unterscheidet sich die Zahlungsbereitschaft der Werbekunden für unterschiedliche Zuschauergruppen nicht und liegen

⁷ Ich bedanke mich bei Andreas Liebe für den Hinweis auf die Problematik der Durchsetzbarkeit einheitlicher Berichterstattungen.

nicht allzu große Kostenunterschiede bei der Produktion verschiedener Radioinhalte vor, so wird ein gewinnmaximierender Sender immer den Inhalt wählen, der die größten Gewinne verspricht. Existieren nun beispielsweise zwei unterschiedlich starke Zuhörergruppen (in Bezug auf die Anzahl der Rezipienten) wird ein Sender zunächst immer die größere der beiden Gruppen bedienen, da er hierdurch die höheren Werbeeinnahmen realisieren kann. Solange ein Sender nur eine Sendelizenz erhält, ändert sich dieses Ergebnis auch dann nicht, wenn mehrere Sender in den Markt eintreten. Ein neuer Sender wird immer den Inhalt wählen, der den größeren Gewinn verspricht. Erst dann, wenn eine Duplikation der Inhalte nicht mehr lohnend ist, wird ein neuer Newcomer die zweite Konsumentengruppe bedienen.

Im Fall, dass ein Sender mehrere Lizenzen erwerben kann, würde ein Monopolist nicht nur die Konsumentengruppe mit der höchsten Zuhörerschaft bedienen, sondern ebenso einen Kanal einrichten, der den Präferenzen der zweiten, kleineren Gruppe entspricht. Ein monopolistischer Sender hätte keinen Anreiz, sein eigenes Programm zu duplizieren, da er mit weiteren Inhalten höhere Werbeerlöse generieren kann. Ausschlaggebend für dieses Ergebnis ist demnach neben der Werbefinanzierung auch die Lizenzierungspolitik. So führt eine Erhöhung der Anzahl der erhältlichen Lizenzen in der Regel auch zu einer Erhöhung der Vielfalt. Wettbewerb alleine garantiert jedoch noch keine Ausweitung der Produktdifferenzierung. Das Ergebnis des Steiner Modells entspricht demnach dem Prinzip der minimalen Produktdifferenzierung nach Hotelling (1929).

Im Laufe der Zeit hat es einige Erweiterungen und Variationen des Steiner Modells gegeben, in denen die zum Teil restriktiven Annahmen sukzessive aufgehoben wurden. Zu nennen sind hier neben den Arbeiten von Wiles (1963) und Rothenberg (1962) vor allem die Analyse von Beebe (1977).⁸ Im Gegensatz zu Steiner (1952) geht Beebe (1977) davon aus, dass Rezipienten (in diesem Fall Fernsehzuschauer) nicht nur Programme konsumieren, die ihrer ersten Präferenz entsprechen, sondern ebenso auf weitere Programme ausweichen, wenn das Programm ihrer ersten Wahl nicht zur Verfügung steht. Auf diese Weise wird jeweils ein Programm angeboten und

⁸ Eine Zusammenfassung der verschiedenen Arbeiten zur Programmwahl finden sich bei Owen & Wildman (1992). Ausführliche Betrachtung sowohl der traditionellen Arbeiten als auch Diskussionen moderner Analysen finden sich bei Waterman (2004) und Hartwich (2007) zu finden.

konsumiert, das dem kleinsten gemeinsamen Nenner entspricht. Auch hier gilt zunächst, dass wenn die Anzahl der Lizenzen begrenzt ist, ein Monopolist eine größere Vielfalt zur Verfügung stellt, als dies im Wettbewerb zu erwarten ist. Liegt jedoch ein kleinster gemeinsamer Nenner vor und sind Lizenzen in ausreichender Anzahl für verschiedene Sender verfügbar, produziert Wettbewerb eine größere Vielfalt.

Eine grundlegende Annahme, die dem Steiner Modell zugrunde liegt, ist – wie bereits erwähnt – die der Werbefinanzierung der Sender. Finanzieren Sender das Programm jedoch durch Einnahmen am Rezipientenmarkt (Pay-TV), sind nicht mehr die Zahlungsbereitschaften der Werbekunden ausschlaggebend für die Programmwahl, sondern die der Zuschauer bzw. Zuhörer. Eine kleinere Konsumentengruppe mit einer hohen Zahlungsbereitschaft kann dann durchaus einen höheren Deckungsbeitrag für einen Sender leisten als eine entsprechende große Gruppe. Die tatsächliche Programmwahl ist dann nicht mehr eindeutig. Noch komplizierter wird die Analyse, wenn sowohl eine Werbefinanzierung, als auch eine Finanzierung über eine Gebühr am Rezipientenmarkt möglich ist (vgl. Wildman & Owen, 1985). Wie Pandrea (1997) zeigt, haben aber auch in einer solchen Situation werbefinanzierte Sender den Anreiz, ein eher massenkompatibles Programm zu produzieren, da Rezipienten nicht direkt gemäß ihrer Zahlungsbereitschaft bepreist werden können. Wettbewerb führt auch hier nicht zu einer Ausweitung der Vielfalt (zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch Doyle, 1998).

Betrachtet man neben der horizontalen Produktdifferenzierung, also der Vielfalt, auch die vertikale Produktdifferenzierung in Form von Programmqualität, lässt sich ein weiterer interessanter Effekt feststellen. Wird die Anzahl der zur Verfügung stehenden Lizenzen erhöht, besteht ein Anreiz, die Qualität der einzelnen Sendungen zu reduzieren (vgl. Wildman & Lee, 1989). Der zugrunde liegende Trade-off zwischen Qualität und Vielfalt ist dabei wiederum begründet in der Werbefinanzierung der Sender, einhergehend mit konstanten Werbepreisen und ebenso in dem fixen Umfang der maximalen Zuschauerzahlen. Eine Ausweitung der Sendelizenzen und damit der Programminhalte reduziert nun die Anzahl der Zuschauer eines einzelnen Senders und führt damit zu einer Reduktion der Gewinne. Die reduzierten Profite führen dazu, dass weniger in die Programmqualität investiert werden kann. Der Preis einer

zu starken Vielfalt, ist demnach also eine Reduktion der Programmqualität (vgl. auch Bourreau, 2003 und Mangáni, 2003).⁹

Gerade im Zuge der neu begründeten Theorie der zweiseitigen Märkte wurde eine Reihe weiterer Untersuchungen zur horizontalen Produktdifferenzierung – und damit auch zur Vielfalt – in Medienmärkten durchgeführt. Hierbei wird das Medienunternehmen (wie bereits erläutert) als Plattform aufgefasst, die zwei unterschiedliche Nachfragen koordiniert. Ausgehend von der Überlegung, dass Werbung einen Disnutzen stiftet, wird die Werbemenge als Preis aufgefasst, den der Rezipient für den Konsum der Inhalte zahlen muss. Es wird also nicht nur ein Werbepreis erhoben, sondern unabhängig davon, ob es Rezipienten für den Konsum der Medien einen monetären Preis zahlen müssen, zusätzlich ein Preis in Form von Werbung eingeführt. Zu nennen sind hier vor allem die Arbeiten von Anderson and Coate (2002), Gabszewicz, Laussel & Sonnac (2001) und Gal-Or & Dukes (2003). Während Anderson & Coate (2002) und Gal-Or & Dukes (2003) vornehmlich zu dem Schluss kommen, dass Wettbewerb zu einer minimalen Produktdifferenzierung führt und dementsprechend eine Duplikation der Inhalte die Folge ist, hängt dieses Ergebnis bei Gabszewicz, Laussel & Sonnac (2001) davon ab, wie stark die Werbevolumen im Umfang reguliert werden, wie hoch also die Finanzierungsmöglichkeiten der Sender über die Werbung sind.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass zwar unterschiedliche Ergebnisse bezüglich der Wirkung von Wettbewerb auf die Programmvielfalt, respektive die horizontale Produktdifferenzierung, in Medienmärkten existieren. Die theoretische Evidenz, dass Wettbewerb zu einer minimalen Produktdifferenzierung führt und Monopole unter Umständen eine größere Vielfalt zur Verfügung stellen, bisher auch nicht eindeutig widerlegt werden konnte. Die Verhinderung von Konzentration könnte im Zweifelsfall sogar kontraproduktiv für eine stärkere Differenzierung der Inhalte sein.

⁹ Entsprechend analog wirkt sich demnach auch eine Regulierung der Werbezeiten und Werbehäufigkeiten im Rundfunk aus. Eine Einschränkung von Werbung hat zum einen den Effekt, dass Konsumenten einen höheren Nutzen aus dem Fernsehkonsum ziehen, wenn Werbung einen Disnutzen stiftet. Zum anderen reduziert diese jedoch die Gewinne und somit die Investitionen in Programmqualität (vgl. Wright, 1994).

4.1.2 Empirische Analysen

Ebenso, wie die theoretischen ökonomischen Analysen zur Programmvielfalt, wurden die ersten empirischen Untersuchungen bereits in den 1960er und 1970er Jahren erstellt (vgl. Waterman, 2005, für einen Überblick). Insbesondere in den letzten Jahren wurde wieder verstärkt die Frage untersucht, inwiefern die Eigentümerkonzentration einen Einfluss auf die Vielfalt von Medienmärkten nimmt. So analysieren van der Wurff & Cuilenburg (2001) die Programmwahl neun niederländischer TV-Sender im Zeitraum von 1988 bis 1999. Ein zentrales Ergebnis dieser Studie ist, dass Wettbewerb einen negativen Einfluss auf die Programmvielfalt genommen hat. Als Grund dafür führen van der Wurff & Cuilenburg (2001) an, dass die Werbefinanzierung einen finanziellen Druck auf die Sender ausgeübt hat, sodass insbesondere Spartensender mit steigender Wettbewerbsintensität ihr Programm stärker in Richtung einer populären Programmwahl ausgerichtet haben.

Berry & Waldfoegel (2001) untersuchen den Einfluss einer Erleichterung von Zusammenschlussregeln in den USA auf die Zusammensetzung von Radioprogrammen und Marktzutritt. Sie analysieren dazu über 5000 US-amerikanische Radiostationen in 243 lokalen Märkten im Zeitraum 1993 bis 1997. Im Ergebnis zeigt sich zwar eine Reduktion der einzelnen Sender aber sowohl das Verhältnis aus unterschiedlichen Formaten und Stationen, als auch die absolute Anzahl an Formaten sind angestiegen. Die Interpretation der Ergebnisse lautet, dass eine stärkere Eigentümerkonzentration zu einer Ausweitung der Produktdifferenzierung führt, wie vom Steiner Modell vorhergesagt.

Während weitere Studien, wie Williams & Roberts (2002) oder Williams, Brown & Alexander (2002) zu ähnlichen Ergebnissen für Radiomärkte kommen, kommt Chambers (2003) zu dem Schluss, dass Wettbewerb einen positiven Einfluss auf die Programmgestaltung von Radiosendern nimmt. In einer Querschnittsanalyse über die 50 größten Radiomärkte der USA für die Jahre 2001 und 2002 findet er einen negativen Einfluss der Konzentration auf unterschiedliche Formate und Musikauswahl der Sender. Ein ähnliches Ergebnis erzielen auch Alexander & Cunningham (2005). In ihrer Analyse 60 US-amerikanischen TV Stationen in 20 Märkten, stellen sie fest, dass

es einen negativen Einfluss der Konzentration auf die Vielfalt (gemessen unter anderem an der Sendedauer) von Nachrichtensendungen existiert.

Eine Analyse, die – wenn auch nur annähernd – die Frage nach dem Einfluss der Marktstruktur auf die Qualität von Medien und auch die entstehende Meinungsvielfalt untersucht, ist George (2007). Anhand von 1500 Ausgaben in 207 regionalen Zeitungsmärkten der USA untersucht George (2007) den Einfluss der Konzentration auf die Zahl der beschäftigten Redakteure. Obwohl hier eine Reduktion der Eigentümer festzustellen ist, lässt sich im Gegenzug ein Anstieg der Beschäftigtenzahlen vermerken. Dies kann sowohl als eine Investition in die Qualität der Zeitung verstanden, als auch als eine (zumindest potenzielle) Steigerung der Meinungsvielfalt interpretiert werden.

Wie schon bei den theoretischen Analysen findet sich auch im Bereich der empirischen Forschung kein einheitlicher Einfluss der Konzentration. Die Gründe dafür sind vielfältig. Ein nicht zu unterschätzendes und kritisches Moment ist dabei die Aufgabe, ein geeignetes Maß für Vielfalt oder Produktdifferenzierung zu finden. Letztendlich ist es aber auch nicht verwunderlich, dass widersprüchliche Ergebnisse produziert werden, wenn unterschiedliche Märkte betrachtet werden. Wie die theoretischen Untersuchungen gezeigt haben, entscheidet eine Vielzahl von Kriterien darüber, welche Wirkung letztlich von einer stärkeren Konzentration zu erwarten ist.

4.2 Meinungsvielfalt

Die bisher diskutierten Analysen haben gemein, dass sie sich mit der Wirkung von Konzentration auf die Vielfalt bezüglich des Inhalts der Medien beziehen. Vielfalt wird hier als horizontale Produktdifferenzierung verstanden, dies betrifft sowohl die Anzahl unterschiedlicher Formate (wie etwa Nachrichten, Unterhaltung oder Sport) aber auch eine Produktdifferenzierung innerhalb der Formate. Letzteres würde auch bedeuten, dass z.B. Nachrichtensendungen differenziert in Bezug auf Inhalte und Aufmachung produziert werden. Meinungsvielfalt im eigentlichen Sinne, ist mit dieser Betrachtung aber noch nicht zwangsläufig gesichert.

Wie bereits angeführt, lässt sich Meinungsvielfalt aus zweierlei Perspektiven betrachten. Zum einen kann Meinungsvielfalt dann erreicht werden, wenn eine hohe

Anzahl unterschiedlicher Meinungen transportiert wird, also dann, wenn z.B. alle wesentlichen politischen Meinungen zu einem bestimmten Thema zu Wort kommen. Dies kann sowohl unter dem Stichwort Binnenpluralität geschehen, als auch im Sinne der Außenpluralität (vgl. Kruse, 1996).

Beide Prinzipien lassen sich anhand des Konzepts der horizontalen Produktdifferenzierung analysieren. Unabhängig davon, ob sich die Produktdifferenzierung auf unterschiedliche Formate oder Meinungen bezieht, werden doch immer unterschiedliche Eigenschaften eines Medienprodukts betrachtet. Wie Lancaster (1971) ausführt, setzt sich aber jedes Produkt aus der Summe seiner Eigenschaften oder Charakteristika zusammen. Eine horizontale Differenzierung der Produkte muss daher letztendlich ebenso auf die verschiedenen Charakteristika der Produkte bezogen werden. Produktdifferenzierung kann also entweder bedeuten, dass wenige Eigenschaften (wie z.B. die transportierten Meinungen) stark differenziert werden, andere Eigenschaften dafür (wie etwa die Anzahl der Formate) nur wenig oder gar nicht. Produktdifferenzierung kann aber auch bedeuten, dass alle Eigenschaften von den Sendern differenziert werden.

Wie Irmen & Thisse (1998) zeigen, führt Wettbewerb zwischen Unternehmen, die anhand verschiedener Charakteristika der Produkte differenzieren können, zu einem so genannten Min-Max Ergebnis, bei dem eine maximale Produktdifferenzierung bei nur einer Eigenschaft des Produkts durchgeführt wird, während alle anderen Eigenschaften minimal differenziert werden. Der Grund dafür ist, dass eine Differenzierung anhand nur einer Eigenschaft ausreichend ist, den Preiswettbewerb zwischen den Unternehmen zu entschärfen. Durch diese Strategie positioniert sich jedes Unternehmen so, dass es möglichst nah an den Präferenzen der Masse der Konsumenten produziert, während ein Charakteristikum sich maximal von denen der Konkurrenten unterscheidet. Hartwich (2007) zeigt, dass dieses Ergebnis im Wesentlichen auch für Medienunternehmen gilt, die gleichzeitig am Rezipientenmarkt, als auch am Werbemarkt tätig sind. Welche dieser Eigenschaften jeweils differenziert wird und welche Charakteristika nicht differenziert werden, hängt von der Höhe der Transportkosten ab, also davon, welche Wertschätzung für die einzelnen Charakteristika bei den Konsumenten vorliegt. Nur wenn Vielfalt im Vergleich zu den anderen Ei-

genschaften hoch bewertet wird, würde hier eine starke Differenzierung die Folge sein.

Letztendlich bleibt die Frage der Meinungsvielfalt eng mit dem Grad der Produktdifferenzierung verbunden. Ob und wie stark Meinungsvielfalt angeboten wird, ob also Außen- und Binnenpluralität herrscht, hängt zum einen davon ab, wie stark das Ausmaß an horizontaler Produktdifferenzierung ist. Zum anderen ist vor allem die Binnenpluralität in einem gewissen Maß auch Ausdruck der vertikalen Produktdifferenzierung also der Qualität. Beide Dimensionen, horizontale und vertikale Produktdifferenzierung, sind aber wie bereits erläutert nicht a priori bei geringer Konzentration besser erfüllt, als bei hoher Konzentration.

Eine wichtige Voraussetzung für Meinungsvielfalt ist nicht nur, inwiefern Wettbewerb dazu führt, dass Meinungsvielfalt im Sinne einer starken Produktdifferenzierung realisiert wird, sondern ebenso, ob Wettbewerb den Medienbias verringert. Mullainathan & Shleifer (2005) sind der Frage nachgegangen, wie stark die Anreize einer verzerrten Berichterstattung der Medien (z.B. Zeitungen) sowohl unter wettbewerblichen Bedingungen als auch im Monopol sind. Vorausgesetzt wird dabei, dass Rezipienten einen Bias aufweisen können, also eine bestimmte Meinung vertreten. Auch Medien sind in der Lage, die Berichterstattung zu verändern, dass sie an die Meinung der Konsumenten angepasst werden kann oder aber einen eigenen Bias aufweist. Dies kann im Extremfall durch falsche Berichterstattung geschehen oder auch durch Auslassen von Fakten oder einer bestimmten Darstellung von Ereignissen. Außerdem wird davon ausgegangen, dass Rezipienten Medien präferieren, die möglichst ihre eigene Meinung vertreten und überproportional hohe Nutzeneinbußen hinnehmen müssen, je weiter die Berichterstattung von der Meinung der Rezipienten entfernt ist.¹⁰ Auf der anderen Seite erfahren aber Rezipienten auch dann einen Disnutzen, wenn eine Berichterstattung zu stark verzerrt ist.

¹⁰ In der Terminologie von politischen Meinungen z.B. erfährt ein Leser einen hohen Nutzen aus dem Konsum einer Zeitung, die eine Berichterstattung betreibt, die nicht zu weit von den Präferenzen des Lesers entfernt sind. Steigt der Abstand zwischen der politischen Ausrichtung der Zeitung und der Meinung des Lesers, so steigt der Disnutzen des Lesers überproportional. Der Konsum von zu weit entfernten Medien, gemessen an der eigenen Meinung, kommt dann ab einem bestimmten Punkt nicht mehr für die Leser in Frage und es wird auf den Konsum verzichtet. So würde ein Leser mit einer politisch eher links ausgerichteten Meinung wohl nur selten eine Zeitung konsumieren, die dem rechten politischen Spektrum zuzurechnen ist.

Liegt nun kein Bias in der Meinung der Konsumenten vor, und präferieren diese keine verzerrte Berichterstattung, sondern lediglich eine einfache Übertragung von Fakten, so werden auch die Medien – unabhängig davon, ob im Monopol oder im Wettbewerb – kein Bias aufweisen und nur die Fakten berichten. Liegen dagegen homogene aber verzerrte Präferenzen vor, so werden sich sowohl im Monopol als auch im Wettbewerb die Zeitungen an den Präferenzen der Konsumenten orientieren. Einziger Unterschied im Wettbewerb ist die Tatsache, dass die Zeitungen über den Preis konkurrieren. Der Wettbewerb hat also auch hier keinen Einfluss auf den Bias in der Berichterstattung.

Im Fall, dass heterogene Leser vorliegen, die einen Bias aufweisen, sich also zum Beispiel als politisch links und rechts der Mitte definieren, so wird ein Monopolist versuchen, möglichst viele der Leser für sich zu gewinnen. Als Ergebnis wird er sich für eine Berichterstattung entscheiden, die relativ unverzerrt ist – bzw. zwischen den beiden Konsumentengruppen liegt. Stehen aber zwei Zeitungen in Konkurrenz zueinander, so werden sich diese stärker am Bias der Konsumenten orientieren und ebenfalls mit einem Bias berichten. Als Folge der überproportionalen Kosten, die aus einer Berichterstattung entstehen, die weiter von der eigenen Meinung der Konsumenten entfernt ist, werden beide Zeitungen sogar einen Bias aufweisen, der größer als der der Konsumenten ist und zwei extreme Positionen einnehmen. Der Grund für dieses Ergebnis ist, dass die Zeitungen dem Preiswettbewerb umso mehr entgehen können, je stärker sie die Meinungen differenzieren. Zwar verlieren die Zeitungen Marktanteile, wenn sie sich zu weit von den Präferenzen der Konsumenten entfernen, jedoch sind sie in der Lage, diesen Effekt durch geringeren Preiswettbewerb mehr als zu kompensieren, sodass ihre Gewinne steigen. Ein Monopolist, der in der Lage ist, verschiedene Zeitungen herauszugeben oder aber durch Binnenpluralität beide Konsumentengruppen bedienen kann, würde die Berichterstattung nur soweit verzerren, wie durch den Bias der Konsumenten vorgegeben.

Im Ergebnis hat auch hier ein Monopolist den Anreiz, mit einem geringeren Bias zu produzieren, als Unternehmen, die im Wettbewerb zueinander stehen. Getrieben wird dieses Ergebnis durch die überproportionalen Nutzeneinbußen, die den Konsumenten entstehen, wenn Zeitungen zu weit von ihren Präferenzen entfernt sind. Bei einer Variation der Annahmen oder des Modellrahmens, sind allerdings auch

andere Resultate denkbar. So kommen Anderson & McLaren (2007) und auch Gentkow & Shapiro (2005) zu dem Ergebnis, dass Wettbewerb zu einer Reduktion des Bias führen kann, wenn der Wahrheitsgehalt der Meldungen von den Rezipienten nicht oder nur zu einem geringen Teil überprüft werden kann, also Informationsasymmetrien vorliegen, die auch nicht ohne Weiteres abgebaut werden können. Insbesondere Anderson & McLaren (2007) zeigen dabei, dass Medienunternehmen, die eher politisch, als gewinnorientierten ausgerichtet sind und Meinungen bewusst verzerrt wiedergeben, die Meinung der Rezipienten beeinflussen können und somit einen Wohlfahrtsverlust hervorrufen. Auch rationale Rezipienten, die den Bias der Medien kennen, können die Fakten aus der Berichterstattung nicht vollständig filtern, da sie den exakten Wahrheitsgehalt der einzelnen Meldungen nicht bewerten können. In diesem Fall würde die Meinungsmacht der Medienunternehmen also wachsen, wenn es zu Fusionen zwischen einzelnen Unternehmen käme.

Auf der anderen Seite reduziert die Existenz politischer Motive jedoch unter Umständen auch die Anreize zu fusionieren. So ist ein Medienunternehmen mit starkem Bias zwar eventuell bestrebt, den Einfluss durch Vergrößerung des Unternehmens zu verstärken. Jedoch hat es auf der anderen Seite keinen Anreiz, einer Fusion mit einem Unternehmen zuzustimmen, was eine unterschiedliche politische Ausrichtung aufweist. Es besteht also ein gewisser Grad an Selbstregulierung, die durch politische Motive erst ermöglicht wird (Anderson & McLaren, 2007).

Bis zu diesem Punkt lässt sich festhalten, dass auch in Bezug auf die Meinungsvielfalt die Effekte der Konzentration nicht eindeutig sind. So lässt sich das Prinzip der horizontalen Produktdifferenzierung auf die Meinungsvielfalt übertragen, jedoch sind hier verschiedene Ergebnisse denkbar. Auch bezüglich des Medienbias lassen sich keine eindeutigen Effekte ableiten, es deutet jedoch einiges darauf hin, dass Wettbewerb das Problem auch nicht unbedingt löst. Ein Medienbias kann sowohl unter wettbewerblichen Bedingungen existieren, wenn die Konsumenten selbst einen Bias aufweisen. Die Medienunternehmen orientieren sich dann an diesem Bias im Sinne der Gewinnmaximierung. Ein Bias kann aber auch dann auftreten, wenn ein oder wenige Unternehmen einen starken Einfluss nehmen können und die Präferenzen bzw. die Meinungen der Konsumenten verändern. Dies setzt aber politische Motive voraus, die mit deutlichen Gewinneinbußen einhergehen. Entgegenzuhalten

ist einer solchen Strategie jedoch, dass zum einen der öffentlich-rechtliche Rundfunk in Deutschland durch Binnenpluralität gekennzeichnet ist und damit ein gewisses Maß an Meinungsvielfalt und Vielfalt bezüglich der Inhalte gewährleistet. Auf der anderen Seite existiert auch eine Fusionskontrolle, die auch Marktmacht auf Medienmärkten verhindert.

Unabhängig davon, ob Meinungsmacht von einem oder wenigen Medienunternehmen auch bedeutet, dass Meinungsvielfalt nicht existent ist, ist unklar inwiefern Meinungsmacht tatsächlich vorliegen kann, wenn keine Marktbeherrschung vorliegt. Fraglich ist demnach, ob nicht Marktbeherrschung eine notwendige Bedingung für die Ausübung der Meinungsmacht ist. Zwar können ein Konsumenten- und ein Medienbias auch dann vorliegen, wenn wettbewerbliche Strukturen herrschen, die Ausnutzung von Meinungsmacht allerdings erscheint unwahrscheinlich ohne die Existenz einer marktbeherrschenden Stellung.

4.3 Crossmediale Fusionen

Obwohl sich die bisherigen Analysen vor allem einzelne Medienmärkte und intramediale Fusionen bezogen haben, lässt sich ein Großteil der Ergebnisse direkt auf crossmediale Fusionen übertragen. Dazu sind jedoch grundsätzlich zwei unterschiedliche Situationen zu unterscheiden:

(i) Die Anzahl der Anbieter auf einem oder mehreren Märkten verringert sich durch den Zusammenschluss. Es liegt eine hybride Form einer crossmedialen Fusion vor.

(ii) Auf keinem der Märkte verringert sich die Anzahl der Anbieter. Es liegt eine reine crossmediale Fusion vor. Die Märkte überschneiden sich nicht.

Überschneiden sich die einzelnen Medienmärkte, kommt es also auf einem oder mehreren Märkten zu einer Reduktion der Anbieter, so ist wie oben beschrieben, ein direkter Effekt auf die Vielfalt denkbar. Außerdem kann ein Medienunternehmen auch Einfluss auf die Meinungsbildung nehmen, indem es verschiedene Produkte in unterschiedlichen Medienmärkten (z.B. Zeitung-, Zeitschriften-, Fernsehen und Radiomärkte) vertreibt. Liegt dagegen eine reine crossmediale Fusion vor, so besteht keine Gefahr, dass direkte Meinungsmacht in einzelnen Märkten die Folge ist. Viel-

mehr ist dann lediglich ein Einfluss über die Summe der Märkte möglich – mögliche wettbewerbliche Effekte, wie etwa durch (kollektive) Marktbeherrschung oder wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen durch die Anwendung crossmedialer Strategien (vgl. hierzu z.B. Budzinski & Wacker, 2007) sind dabei nicht auszuschließen, unterliegen aber der Beurteilung des Bundeskartellamts und tangieren die Frage der Meinungsvielfalt zunächst nicht.

Die Wirkungen der Konzentration bei sich überschneidenden Märkten, erfolgt analog zu den bereits beschriebenen Effekten intramedialer Fusionen. Sowohl die Erhöhung als auch die Verringerung der Anzahl der Anbieter kann im Zweifel zu mehr Vielfalt und somit auch zu mehr Meinungsvielfalt führen. Eindeutige Wirkungen sind auch hier nicht auszumachen. Liegen jedoch signifikante Veränderungen der Marktanteile vor, ist wie üblich eine Prüfung nach dem Wettbewerbsrecht und (sollten private Rundfunksender beteiligt sein) dem Medienrecht vorzunehmen.

Interessanter ist hingegen der Fall, bei dem keine oder nur unwesentliche Überschneidungen der einzelnen Medienmärkte vorliegen. Meinungsmacht kann hierbei dadurch entstehen und ausgenutzt werden, dass gleichzeitig über verschiedene Produkte dieselbe Meinung bzw. dieselben verzerrten Inhalte wiedergegeben werden. Die Frage, inwiefern dies von den Konsumenten tatsächlich aufgenommen wird, ist dabei nicht einfach zu beantworten. Zwar spielt der Marktanteil in den einzelnen Märkten eine Rolle dabei, welche Informationen grundsätzlich von den Konsumenten aufgenommen werden *könnten*, einen Aufschluss über das tatsächliche Konsumverhalten gibt es dadurch aber nicht. Es liegt damit ein grundsätzliches Problem bei der Messung von Meinungsmacht vor, das sich wohl kaum in befriedigender Weise lösen lässt (vgl. dazu Kapitel 5). Grundsätzlich kann man aber auch bei crossmedialen Fusionen davon ausgehen, dass zum einen ein Medienunternehmen keinen Anreiz hat mit sich selbst in Konkurrenz zu treten um sich selbst zu kannibalisieren. Es ist also wahrscheinlich, dass eher komplementäre Angebote erstellt werden, als substitutionale (Gounalakis & Zagouras, 2006). Dies gilt vor allem dann, wenn Vielfalt (auch Meinungsvielfalt) als horizontale und vertikale Produktdifferenzierung aufgefasst wird. Auch bezüglich des Medienbias gibt es keinen Grund zur Annahme, dass sich gewinnmaximierende konglomerate Medienunternehmen zu weit von den Präferenzen der Konsumenten entfernen. Zwar ist hier der Einfluss letztendlich größer,

als bei monomedialen Unternehmen, allerdings ist auch ein möglicher Verlust umso größer, je stärker die Verzerrung der Medien aus Sicht der Konsumenten ist.

Abschließend sei noch einmal darauf hingewiesen, dass langfristig eine Endogenität zwischen den Präferenzen der Konsumenten und der Inhaltsgestaltung der Medien existiert. Insofern kann durchaus der Einfluss einzelner Medien dazu führen, dass die Meinungen der Konsumenten beeinflusst werden. Die bei, von den Präferenzen der Konsumenten, abweichender Berichterstattung entstehenden Verluste fallen daher wohl langfristig geringer aus im Vergleich zu einer Situation in der Präferenzen stabil sind. Letztendlich bedeutet ein Abweichen jedoch immer noch, dass Gewinneinbußen entstehen. Wie groß diese Gewinneinbußen sind, hängt vor allem davon ab, wie stark der Wettbewerb und wie groß die Bereitschaft der Konsumenten ist auf enge Substitute oder auch andere Medien auszuweichen.

Ziel sollte es daher sein, den Blick nicht ausschließlich auf mögliche Effizienzvorteile zu richten und die Gefahren einer hohen Konzentration im Mediensektor vollständig zu vernachlässigen. Ein zu großer Einfluss auf die Meinungsbildung, in Verbindung mit veränderbaren Präferenzen, könnte langfristig dazu führen, dass ein Einfluss geltend gemacht werden könnte, ohne dabei zu starke ökonomische Nachteile hinnehmen zu müssen. Es stellt sich jedoch auch die Frage, ob Meinungsmacht in diesem Fall anders zu bewerten ist, als eine mögliche Marktmacht. Sobald ein Unternehmen in der Lage ist, seine Marktmacht soweit auszunutzen, sodass signifikante Wettbewerbsbeschränkungen die Folge sind, sollten Wettbewerbsbehörden diese Beschränkungen verhindern. Dass Meinungsmacht aber immer noch einer schärferen Beschränkung von externem Unternehmenswachstum bedarf, als Marktmacht ist fraglich. So trägt das Internet schon heute dazu bei, dass eine quasi unendliche Anzahl an Meinungen verbreitet werden und auch wahrgenommen werden können (Bornemann, 2006 und Gounalakis & Zagouras, 2006).¹¹ Die technischen Möglichkeiten sind gegeben, dass etwa neue virtuelle Zeitungen angeboten werden, ohne dass hohe Fixkosten bei der Drucklegung oder der Distribution entstehen oder das beispielsweise neue Sender gegründet werden, die über das Internet (IPTV)

¹¹ Zwar ist fraglich, ob das Internet schon jetzt eine so hohe Akzeptanz, wie etwa das Fernsehen oder der Rundfunk aufweist, jedoch bestünde hier ein mögliches Substitut, um einer einseitigen Berichterstattung entgegen zu wirken.

Verbreitung finden. Insofern ist aufgrund sinkender Marktzutrittsbarrieren, zunehmender Konvergenz und technischer Innovationen Marktzutritt sowohl von neuen inländischen aber auch von ausländischen Plattformen jederzeit möglich und mit relativ geringen Kosten verbunden.

5 Die Messung von Meinungsmacht

5.1 Die Problematik der Messung

Laut Rundfunkstaatsvertrag kann ein Unternehmen in Deutschland eine unbegrenzte Anzahl von Programmen veranstalten, solange es keine vorherrschende Meinungsmacht erlangt (vgl. § 26 RStV Abs. 1). Ziel dieser Vorschrift ist die Sicherung der Meinungsvielfalt. Zwar ist der Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht weder im Rundfunkstaatsvertrag, noch an anderer Stelle definiert, jedoch definiert § 26 Abs. 2 Satz 1 einen Vermutungstatbestand für vorherrschende Meinungsmacht, wenn *„die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 30 von Hundert“* erreichen. Außerdem gilt nach § 26 Abs. 2, Satz 2: *„Gleiches gilt bei Erreichen eines Zuschaueranteils von 25 vom Hundert, 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 einem Unternehmen mit einem Zuschaueranteil von 30 von Hundert im Fernsehen entspricht.“* Die Prüfung dieser Voraussetzungen obliegt den Landesmedienanstalten und der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK).

Der Wortlaut des Rundfunkstaatsvertrags wirft sowohl aus ökonomischer als auch aus juristischer Sicht einige interessante Fragen auf. Zunächst ist unklar, ob der Zuschaueranteil als absolute Größe ein geeignetes Maß für die Bewertung von Meinungsmacht darstellt. Zum Beispiel lassen sich Meinungen in verschiedenen Formaten (wie Nachrichten sendungen, Unterhaltungs- und Sportsendungen) unterschiedlich stark transportieren. Ein über diese Formate gebildeter Durchschnitt, kann daher ein nur sehr ungenaues Bild des Meinungseinflusses liefern. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die erwähnte Gesamtbetrachtung aller Aktivitäten nur dann erfolgen soll, wenn die geringere der beiden Anteilsgrenzen von 25% erreicht wird oder aber

generell (also auch bei vorliegen geringerer Zuschaueranteilen) erfolgen soll. Diese Frage betrifft insbesondere den Fall ProSiebenSat.1/Springer, da hier ein Zuschaueranteil von lediglich ca. 22% erreicht wurde.¹² Außerdem ist unklar, welche Märkte (andere Medien- bzw. Rezipientenmärkte als die Rundfunkmärkte oder auch vor- und nachgelagerte Märkte) als medienrelevante Märkte bezeichnet werden können.

Besonders interessant erscheint jedoch die Gesamtbetrachtung aller Aktivitäten eines privaten Rundfunkunternehmens selbst bzw. die Aufgabe, diese Aktivitäten so abzubilden, dass sie mit dem Meinungseinfluss eines Fernsehunternehmens, das einen Zuschaueranteil von 30% aufweist, zu vergleichen sind. Die KEK, die für diese Betrachtung zuständig ist, wird hier vor eine kaum zu lösende Aufgabe gestellt. Das Gesetz enthält tatsächlich keinen Hinweis darauf, wie eine solche Gesamtbetrachtung vorzunehmen oder wie die Aktivitäten in anderen medienrelevanten Märkten zu bewerten ist. Während eine marktbeherrschende Stellung klar über ökonomische Kriterien abzugrenzen ist, stellt sich hier die Frage, welche Kriterien den Meinungseinfluss begründen und somit bei der Analyse herangezogen werden müssen. Darüber hinaus stellt sich die Frage, welchen Einfluss diese Kriterien in den einzelnen Märkten und im Vergleich zum Fernsehmarkt haben. Dabei ist nicht nur ein Vergleich des Einflusses verschiedener Medien vorzunehmen, sondern ebenso ein Maßstab zu entwickeln, der ein nachvollziehbaren und objektiven Vergleich ermöglicht.

Es lässt sich also festhalten, dass eine Reihe von Kriterien erfüllt sein muss, um eine Gesamtbetrachtung der Aktivitäten der Medienunternehmen sinnvoll vornehmen zu können. Es muss (i) klar sein, welche Märkte als medienrelevante Märkte anzusehen sind, (ii) ein geeignetes System entwickelt werden, nach dem ein Vergleich der medienrelevanten Märkte mit dem Fernsehmarkt vollzogen werden kann und (iii) Kriterien entwickelt werden, nach denen ein solcher Maßstab aufgebaut werden kann.

Insbesondere die Voraussetzung eines geeigneten Systems für den Vergleich der unterschiedlichen Medienmärkte erscheint hierbei problematisch. Um ein geeignetes

¹² Interpretiert man die Grenze von 25% Zuschaueranteil als notwendige Bedingung für eine Prüfung auch dann, wenn keine marktbeherrschende Stellung auf medienrelevanten Märkten vorliegt, so hätte eine Untersuchung der KEK im Fall ProSiebenSat.1/Springer demnach nie stattfinden dürfen. Eine genauere Betrachtung dieser Frage geht jedoch über das Ziel dieses Papier hinaus.

System zu entwickeln, muss ein statistisch valider Maßstab vorliegen, der es erlaubt, Marktanteile (bzw. Rezipientenanteile) aus TV-Märkten mit denen aus anderen Märkten zu vergleichen. Anders ausgedrückt müsste dazu die Frage beantwortet werden, wie groß der Marktanteil eines Unternehmens auf dem Markt für z.B. Anzeigenblätter sein muss, damit er einer Meinungsmacht entspricht, die bei einem 1%-igem Zuschaueranteil am Fernsehmarkt entsteht. Es können also nicht einfach Marktanteile verglichen werden, ohne eine gewisse Äquivalenz zwischen den Märkten abzubilden. Vielmehr müssen geeignete Gewichte definiert werden, die einen Vergleich des Meinungseinflusses möglich machen. Ob eine solch präzise Definition gelingt, ist allerdings fraglich.

Voraussetzung für die Entwicklung eines entsprechenden Modells ist die Herleitung geeigneter Kriterien, mit der die Märkte verglichen werden können. In einer Studie des Hans-Bredow-Instituts (2003) wird unter anderem diese Frage analysiert. Außerdem werden verschiedene Medienmärkte bezüglich ihrer potentiellen Meinungsmacht untersucht. Als wichtige Kriterien werden dabei etwa der Anteil an publizistischem Angebot oder die Zahl der erreichten Nutzer aber auch die Dauer der Nutzung sowie die Vermittlungsfähigkeit angeführt. Obwohl diese Kriterien sich nicht nur im Vergleich zwischen den Mediengenen unterscheiden, sondern wohl auch innerhalb einer bestimmten Zeitungs-, Zeitschriften- oder anderen Mediengruppe deutlich variieren sollten, werden dann relativ große Abgrenzungen von Mediengruppen klassifiziert. So werden nicht nur Tageszeitungen und Radiosender als jeweils ein Markt betrachtet, sondern ebenso nicht zwischen Sonntags- und Wochenzeitungen oder aktuelle Zeitschriften unterschieden. Es ist jedoch fraglich, ob nicht insbesondere aktuelle Zeitschriften aber auch Zeitungen einen unterschiedlichen Anteil an publizistischem Angebot und somit Meinungseinfluss haben.

Letztendlich wird eine Rangfolge erstellt, bei der das Fernsehen in Bezug auf den Meinungseinfluss den größten Einfluss – gefolgt vom Radio und den Tageszeitungen – darstellt. Sonntags- Wochenzeitungen, Nachrichtenmagazine und aktuelle Zeitschriften folgen auf den weiteren Plätzen, Anzeigenblätter, Programmzeitschriften und Online-Dienste werden nachrangig beurteilt. Weiterhin werden Schwellen vorgeschlagen, nach denen ein substanzieller Meinungseinfluss in den Märkten vorhanden ist. Dabei wird die Differenz von 5% Zuschaueranteil (die aus den im RStV genann-

ten Schwellen 30% und 25% entsteht) als Schwelle definiert, ab der im TV-Markt substanzieller Meinungseinfluss vorhanden sein soll. Weiter wird argumentiert, dass für die zweitwichtigsten Medien (Radio und Tageszeitungen) eine Schwelle von 10% gilt, ab der Meinungseinfluss evident ist. Der nächsten Gruppe wird dann eine Schwelle von 15% zugewiesen usw. Leitet man aus diesen Schwellen Gewichte ab, die den Meinungseinfluss vergleichbar erscheinen lassen, so würde sich für das Radio und die Tageszeitung jeweils ein Gewicht von 1/2 ergeben. Ein Marktanteil einer Tageszeitung von 60% würde also dann einem Meinungseinfluss adäquaten Zuschaueranteil von 30% im TV-Markt entsprechen. Zugleich wird allerdings auf die Problematik hingewiesen, dass die Schwellen „überexakt“ seien, es also keine wissenschaftliche Begründung gäbe, warum diese Schwellen anstatt bei z.B. 10% vielleicht bei 12,5% liegen sollten. Problematisch wird diese Aussage allerdings dann, wenn diese Regeln angewendet werden und z.B. eine Fusion untersagt wird, weil die entstehenden Marktanteile zusammengenommen die besagte Zuschaueranteilsschwelle von 30% nur leicht übersteigen.

Insgesamt zeigt sich, dass die Herleitung eines Bewertungssystems äußerst problematisch ist und sich exakte Werte ohne weitere empirische Evidenz kaum bestimmen lassen. Doch selbst anhand von Befragungen oder anhand von weiteren empirischen Daten lässt sich ein solches System nicht einfach herleiten. Eine aggregierte Betrachtung und Gewichtung der Anteile einzelner Medien erscheint dabei besonders kritisch. Zwar erscheint eine Einzelfallbetrachtung hier sinnvoller, jedoch würde damit auch die Gefahr der willkürlichen Bewertung ansteigen, außerdem würden die Regulierungskosten deutlich ansteigen. Eine Lösung dieses Dilemmas ist nach wie vor nicht in Sicht. Um die Schwierigkeit des Vergleichs der einzelnen Medienprodukte weiter herauszustellen, wird im Folgenden der Fall ProSiebenSat.1/Springer näher betrachtet.

5.2 Der Fall ProSiebenSat.1/Springer

5.2.1 Bewertung der Fusion seitens der KEK

Die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich hat am 10. Januar 2006 entschieden, dass die zwischen der ProSiebenSat.1 Media AG und der Axel Springer AG angemeldete Fusion vorherrschende Meinungsmacht begründen

würde und somit nicht als unbedenklich bestätigt werden könne. Selbst wenn das Bundeskartellamt diesen Zusammenschluss in dem davon unabhängigen Verfahren vorher genehmigt hätte (das Bundeskartellamt hat diesen Zusammenschluss ebenfalls untersagt, vgl. Bundeskartellamt, 2006) hätte der Zusammenschluss aufgrund dieser Entscheidung nicht vollzogen werden können. Die bereits angesprochene Problematik, eine Gesamtbetrachtung aller Aktivitäten eines Rundfunkunternehmens in medienrelevanten Märkten vorzunehmen, spielte bei diesem Verfahren eine gewichtige Rolle. Da ProSiebenSat.1 lediglich einen Marktanteil (gemessen an der durchschnittlichen Zuschauerzahl) von ca. 22% im vorangegangenen Jahr aufgewiesen hat (vgl. Tabelle 1) wurde weder die 30%-Grenze, die eine sofortige Untersagung des Zusammenschlusses zur Folge gehabt hätte, noch der Zuschaueranteil von 25%, der eine Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung ermöglicht hätte, erreicht. Die einzig verbleibende Möglichkeit, den Fall zu prüfen, war nach Aussage der KEK (2006), die Gesamtbetrachtung aller Aktivitäten. Inwieweit eine Prüfung nach dem RStV überhaupt zulässig war, bleibt fraglich, soll in diesem Beitrag jedoch nicht weiter diskutiert werden.

	08/2004 – 07/2005	Dezember 2005
ProSiebenSat.1		
Sat.1	10,60	10,30
ProSieben	6,85	6,10
Kabel 1	3,88	3,60
N24	0,53	0,70
9Live	0,20	0,20
Summe	22,06	20,90
RTL		
RTL-Gruppe	25,43	23,80
Öffentlich-rechtliche Unternehmen		
ARD	27,27	28,60
ZDF	13,66	13,60
Gemeinschaftsunternehmen	3,13	3,40

Summe	44,06	45,60
Weitere Unternehmen		
Disney-Gruppe	7,40	6,40
Premiere (für 2004)	2,40	k.A.
Viacom-Gruppe	1,45	1,70
Summe	11,25	>8,10

Tabelle 1: Zuschaueranteile der Sender der ProSiebenSat.1 Media AG in Prozent, Zuschauer ab 3 Jahren. Quelle: KEK (2006).

Nachdem die KEK festgestellt hat, dass eine Prüfung aus ihrer Sicht vorzunehmen ist und dazu eine Gesamtbetrachtung der Aktivitäten in medienrelevanten Märkten durchgeführt werden musste, wurden die entsprechenden Märkte identifiziert, die eine Medienrelevanz aufweisen und nach der Fusion mit der Springer AG bedient worden wären. Hierzu gehören insbesondere die vom Springer-Konzern bedienten Märkte für Tageszeitungen, Programmzeitschriften, Publikumszeitschriften, Anzeigenblätter, Online-Aktivitäten und dem Hörfunk. Ziel der KEK war es, mögliche „vielfaltsverengende Umstände“ zu identifizieren und einen Vergleich zum Meinungseinfluss im Fernsehen zu ermöglichen.

Als erstes Medium wurden dazu Tageszeitungen analysiert. Im Gegensatz zur kartellrechtlichen Analyse wurde dabei auf eine Definition der einzelnen Teilmärkte für Abonnement-, Einzelverkauf-, und regionale Tageszeitungen verzichtet. Als Begründung führt die KEK an, dass der Vertriebsweg für die Zeitungen nicht relevant sei, für die Analyse von vorherrschender Meinungsmacht und somit lediglich auf die Tagespresse abzielen sei (vgl. KEK, 2006). Als Kriterien für die Beurteilung des Meinungseinflusses wurden dazu die Tagesaktualität des Mediums, die Breitenwirkung (Reichweite und Disponibilität) und die Suggestivkraft herangezogen. Während Tageszeitungen tagesaktuell sind, kann jedoch nur eine relativ geringere Reichweite von 51% (gemessen an der Gesamtbevölkerung) festgestellt werden. Die Disponibilität wird als hoch eingeschätzt, da Zeitungen zu jeder Zeit und an jedem Ort konsumiert werden können. Die Suggestivkraft wird als geringer im Vergleich zum Fernsehen eingeschätzt, mit der Begründung, dass Zeitungen weder bewegte Bilder, noch Ton zur Verfügung stehen. In der Gesamtbetrachtung wird der Tageszeitung somit

ein Meinungseinfluss zugewiesen, der etwa $\frac{2}{3}$ des Einflusses des Fernsehens entspricht. Weiterhin führt die KEK an, dass die Auflage aller Tageszeitungen, die von der Springer AG herausgegeben werden, einen Anteil von 26% an der gesamten Tagespresse (unter Einbeziehung von überregionalen und regionalen Abonnement- und Straßenverkaufszeitungen) hat. Durch Multiplikation mit dem Gewichtungsfaktor von $\frac{2}{3}$ berechnet die KEK dann einen Marktanteil, der einem Zuschaueranteil von ca. 17% im Fernsehmarkt gleichgestellt wird. Mit anderen Worten entspricht nach Aussage der KEK der Meinungseinfluss der Zeitungen des Axel Springer Verlags dem Einfluss eines Fernsehsenders, der einen Marktanteil von 17% innehat.

Nach dem gleichen Muster wurden dann die weiteren Medien des Axel Springer Verlags analysiert und mithilfe der Kriterien Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft bewertet. Jedem Medium wurde dann ein entsprechendes Gewicht zugewiesen und somit ein bestimmter fernsehadaquater (Ausdruck) Marktanteil berechnet (vgl. Tabelle 2). Ausnahmen wurden lediglich bei den Anzeigenblättern und beim Hörfunk gemacht. Während der Anteil von Anzeigenblättern als gering für den Meinungseinfluss eingeschätzt wird, führt die KEK bezüglich des Hörfunks an, dass der Axel Springer AG am gesamten Hörfunkmarkt als gering bewertet werden kann.

Medium	Gewicht	Marktanteil	Entspricht einem Zuschaueranteil von ungefähr
Zeitungen	$\frac{2}{3}$	26%	17%
Programmzeitschriften	$\frac{1}{7}$	29%	4%
Publikumszeitschriften	$\frac{1}{10}$	8,16%	1%
Anzeigenblätter	-	-	-
Online-Aktivitäten	$\frac{1}{2}$	5,7%	3%
Hörfunk	$\frac{1}{2}$	-	-
Summe	401/210		25%

Tabelle 2: Zuschaueranteilsberechnung KEK, Datenquelle: KEK (2006)

Insgesamt kommt die KEK mit dieser Berechnung auf einen Marktanteil, der einem Unternehmen entspricht, das einen Zuschaueranteil von 25% im Fernsehmarkt hat. Summiert man diesen Wert mit dem Marktanteil von 22%, den die ProSiebenSat.1 Media AG im Fernsehmarkt aufweist und subtrahiert noch die nach dem Staatsvertrag vorgesehenen Anteile für Regionalprogramme und Drittfenster, so ergibt sich ein gesamter Marktanteil von 42%. Folgt man der KEK, so würde mit der Fusion also ein Medienunternehmen entstehen, das einen Meinungseinfluss aufweist, der einem Sender mit einem 42% Zuschaueranteil entspricht. Da dieser Wert aber größer als die vom Rundfunkstaatsvertrag festgelegten 30% ist, wurde die Fusion als nicht unbedenklich eingestuft (vgl. KEK, 2006).

5.2.2 Bewertung der Analyse der KEK

Wie bereits diskutiert, ist die Aufgabe der KEK, eine Gesamtbetrachtung aller Aktivitäten der Medienunternehmen vorzunehmen und einen Vergleichsmaßstab für den Meinungseinfluss der Fernsehsender zu entwickeln, als äußerst undankbar zu bezeichnen. Ein sinnvoller Vergleich kann nur dann vorgenommen werden, wenn Meinungsmacht messbar ist und sich die einzelnen Marktanteile in den verschiedenen Märkten übertragen lassen. Es spricht jedoch einiges dafür, dass ein solcher Vergleich nicht möglich ist, bzw. nur mit sehr hohem Aufwand durchgeführt werden könnte. In jedem Fall erscheint das Vorgehen der KEK jedoch als zu kurz gegriffen, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden.

Auswahl und Abgrenzung der einzelnen Medien

Eine erste Kritik betrifft die Auswahl der unterschiedlichen Medienmärkte bei der Bestimmung der unterschiedlichen Gewichte. So wird auf der einen Seite von einem gemeinsamen Markt für Tageszeitungen ausgegangen, mit der Begründung, dass die Vertriebsform nicht entscheidend für die Analyse der Meinungsmacht sei. Während eine solche Begründung für die Unterscheidung von überregionalen Abonnement-tageszeitungen und überregionalen Straßenverkaufszeitungen noch nachvollziehbar erscheint (auch wenn hier nicht klar ist, ob eine gemeinsame Betrachtung tatsächlich adäquat ist), stellt sich die Frage, inwiefern regionale Tageszeitungen mit den überre-

gionalen Zeitungen gleichgestellt werden sollten. Aus ökonomischer Sicht spricht einiges dafür, dass regionale und überregionale Zeitungen unterschiedlichen Märkten zuzuordnen sind. Sowohl die Leser- als auch die Anzeigenmärkte sind unterschiedlich abzugrenzen, da die Substitutionsbeziehungen zwischen den Medien als gering eingestuft werden können. Für die Bewertung des Meinungseinflusses kann dieser Umstand mindestens zwei Bedeutungen haben. Zum einen definiert sich der Meinungseinfluss nicht zuletzt über die Verbreitung der einzelnen Medien und an der wettbewerblichen Situation in den Märkten. Demnach kann ein bestimmter Marktanteil im nationalen Zeitungsmarkt nicht einfach mit den einzelnen Marktanteilen in den heterogenen regionalen Märkten gleichgesetzt und summiert werden, ohne damit eine Verzerrung und unterschiedliche Gewichtungen zu produzieren. A priori ist dabei nicht klar, ob es somit zu einer Über- oder Unterschätzung des tatsächlichen Meinungseinflusses kommt. Die wettbewerbliche Situation und eine adäquate Marktabgrenzung sind also durchaus relevante Faktoren bei der Messung von Meinungsmacht. Auf der anderen Seite ist es ebenso relevant, die tatsächlichen Beziehungen zwischen den einzelnen Zeitungsarten zu kennen. Da regionale und überregionale Zeitungen wohl eher in komplementärer Beziehung zu einander stehen sollten, als in einer substitutionalen, bedeutet ein hoher Marktanteil in beiden Märkten, dass es zu einem Mehrfachkonsum gleicher oder ähnlicher Inhalte und Meinungen kommen kann. Eine Gleichbehandlung der Produkte ist also zumindest zu hinterfragen.

Im Gegensatz zu den Tageszeitungen hat sich die KEK bei der Analyse von Publikumszeitschriften einer anderen Strategie bedient. So wurde sowohl eine allgemeine Analyse von Publikumszeitschriften, als ein gemeinsamer Sektor durchgeführt, jedoch eine getrennte Untersuchung für Programmzeitschriften vorgenommen. Dabei erschließt sich dem Leser aber nicht der Grund für dieses Vorgehen.¹³ Auch wenn sich eine Programmzeitschrift bezüglich der genannten Kriterien von anderen Zeitschriften abheben sollte, so kann dies allerdings für verschiedenste Zeitschriftengenes festgestellt werden. Eine Begründung, warum gerade zwischen Programmzeitschriften und anderen Zeitschriftengenes zu trennen ist, wird von der KEK jedenfalls nicht explizit angeboten.

¹³ Auch wenn die Studie des Hans-Bredow-Instituts die Stellung der Programmzeitschriften hervorhebt, so sieht sie diese jedoch nicht als stärker an als andere aktuelle Zeitschriften.

Als ein weiteres Geschäftsfeld werden die Online-Aktivitäten der Springer AG sowie von ProSiebenSat.1 untersucht. Hervorgehoben wird dabei insbesondere die Kooperation zwischen der Bild-Zeitung und T-Online auf der einen Seite und der Kooperation zwischen ProSiebenSat.1 und T-Online auf der anderen Seite.¹⁴ Ausreichende Daten zur Online-Nutzung stehen der KEK nach eigenen Aussagen nicht zur Verfügung, um adäquate Reichweiten zu berechnen. Dennoch wird auf die Daten der IVW (Informationsgemeinschaft zur Feststellung zur Verbreitung von Werbeträgern) verwiesen, die nach eigenen Aussagen Informationen über ca. 50% aller Seitenaufrufe in Deutschland vorliegen hat und auswertet. Abgesehen davon, dass hier nur Informationen über deutsche Angebote aufgeführt sind, also sich ausschließlich auf das deutsche Angebot bezieht und somit alle möglichen Substitute aus dem (deutsch- und anderssprachigen Ausland) ignoriert werden, führt die IVW in ihrer Zählung im Juni 2006 gerade mal 497 Angebote an.¹⁵ Es ist nicht anzunehmen, dass mit dieser geringen Zahl tatsächlich 50% aller Seitenaufrufe abgedeckt sind. Die Berechnung eines Marktanteils von 5,7% für das neue fusionierte Unternehmen, erscheint daher mehr als fraglich. Besonders unglaubwürdig wird dieser Wert, wenn man bedenkt, dass nicht zwischen verschiedenen Inhalten der Seiten oder Zielgruppen unterschieden wird, sondern alle Internetinhalte gleichgewichtig in die Berechnung eingehen. Außerdem ist fraglich, inwiefern eine solche Messung überhaupt technisch möglich ist, um 50% aller Seitenaufrufe in Deutschland abzudecken.

Bestimmung und Art der Gewichte

Die von der KEK zugewiesenen Gewichte werden anhand der ausgewählten Kriterien zwar motiviert, eine genauere Erläuterung, der einzelnen Größen fehlt allerdings. Dabei ist durchaus nachvollziehbar, dass Tagesaktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft eine Reihung der Medien bezüglich des Meinungseinflusses zulässt und die Erstellung einer ordinalen Skala (bei der z.B. Zeitungen ein höherer Mei-

¹⁴ Bemerkenswert ist dabei, dass eine Kooperation zwischen T-Mobile und ProSiebenSat.1 seit April 2006 nicht mehr besteht.

¹⁵ Im Januar 2006, als die KEK die Entscheidung zur Fusion bekannt gegeben hat, lagen lediglich 407 Angebote vor. Allerdings sind die Online-Angebote teilweise in verschiedene Seiten unterteilt, so dass von einer höheren Zahl an Internetseiten ausgegangen werden kann. Eine genaue Zahl kann jedoch nicht festgestellt werden, da auch Mehrfachbenennungen einer Seite (z.B. Handelsblatt.de, Handelsblatt.com, Handelsblatt.net) existieren, die letztlich alle zu denselben Inhalten führen (vgl. <http://ivwonline.de/ausweisung2/suchen2.php>, 1. August 2007).

nungseinfluss zugewiesen wird als etwa Anzeigenblättern), sollte auf diese Weise problemlos möglich sein. Ein mathematisch exakter und kardinaler Wert kann aber nur dann abgeleitet werden, wenn auch die ausgewählten Kriterien anhand einer kardinalen Skala abgebildet werden. Wird jedoch, wie in diesem Fall geschehen, lediglich eine Einschätzung über die ungefähre Stärke der Kriterien abgegeben (lediglich die Reichweite ist hiervon ausgenommen), so erscheint die Wahl der Gewichte willkürlich. Insbesondere dann, wenn durch die Multiplikation der Gewichte mit den einzelnen Marktanteilen ein scheinbar mathematisch exakter Wert berechnet wird, kann auf eine genaue Bestimmung dieser Größen nicht verzichtet werden. Wie auch schon im Gutachten des Hans-Bredow-Instituts, liegt hier ein schwerwiegendes Problem bei der Analyse des Meinungseinflusses vor.

Die Berechnung der Gewichte im Einzelnen ist bei fast allen Medien nur schwer nachvollziehbar. Beispielhaft sei der Bereich der Internetpräsenz genannt. So führt die KEK an, dass zwar die Reichweite mit ca. 28% noch gering und auch die räumliche und zeitliche Disponibilität nicht sehr hoch sei. Auf der anderen Seite wird aber von einer hohen Suggestivkraft und Tagesaktualität gesprochen. Insbesondere aber sei das Potential des Mediums sehr hoch. Auch wenn dieser Einschätzung nur schwer widersprochen werden kann, stellt sich die Frage, warum gerade ein Gewicht von 1/2 veranschlagt werden sollte. Auf ähnliche Weise ließe sich auch ein Gewicht von 60% oder aber 40% begründen. Je nach Marktanteil der beteiligten Unternehmen würde dies jedoch bedeuten, dass deutliche Zuschaueranteilsschwankungen berechnet werden würden. Bei der entsprechenden 30%-Grenze besteht hier ein großer Spielraum, die entsprechenden Anteile zu variieren. Noch deutlicher wird dieser Spielraum bei Gewichten, die noch höher angesetzt werden, wie etwa bei Tageszeitungen.

Bei der gewählten Vorgehensweise erweckt die KEK zwar den Eindruck, ein mathematisches Modell zur Bestimmung der Zuschaueranteile zu Rate zu ziehen, tatsächlich hält dieses Modell einer genaueren Analyse jedoch nicht stand. Dies ist nicht nur an der Bestimmung der Gewichte festzumachen, sondern ebenso daran, welche Eigenschaften diese Gewichte ausweisen. Ein geeignetes Modell müsste zumindest die Eigenschaft haben, dass die größte Meinungsmacht nur von einem Monopolisten bzw. einem Meinungskartell ausgehen kann. Ein Unternehmen, das also die größtmögliche Meinungsmacht aufweist müsste zu einem Marktanteil führen, der einem

Zuschaueranteil im Fernsehmarkt von 100% entspricht. Dass die von der KEK gewählten Gewichte diese Eigenschaft jedoch nicht besitzen, lässt sich allein schon daran festmachen, dass deren Summe 401/210 oder ca. 1,91 entspricht. In der Summe kann also ein Unternehmen, das in verschiedenen Medienmärkten tätig ist, einen Meinungseinfluss haben, der einem Fernsehunternehmen entspricht, das einen Zuschaueranteil von etwa 200% aufweist. Ein Medienunternehmen kann also einen Meinungseinfluss aufweisen, der dem eines doppelten Monopolisten entspricht. Ein Vergleich mit der im Rundfunkstaatsvertrag genannten 30% als Vermutungstatbestand ist damit nicht möglich, solange nicht die natürliche Grenze von 100% erreicht wird. Denn letztendlich kann ein Monopolist auch nur einen Einfluss eines Monopolisten haben. Ein größerer Meinungseinfluss, als der maximale Einfluss ist nur schwer vorstellbar.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass eine „hundertprozentige Meinungsmacht“ nur über alle Medien zu messen ist, ist das Bewertungsschema der KEK nicht haltbar. In diesem Fall müsste entweder eine absolute Zahl (etwa 100% mal Anzahl vorhandener Medienmärkte) definiert werden, um dann ein relatives Maß zur Bestimmung der Meinungsmacht berechnen zu können. Alternativ könnte eine entsprechende nachträgliche Normierung auf 100% vorgenommen werden. Beide Möglichkeiten haben jedoch den Nachteil, dass ein Bezug zur im Rundfunkstaatsvertrag vorgeschriebenen 30%-Grenze nicht vorhanden ist und somit eine Bewertung nicht vorgenommen werden kann. Ein Vergleich der Märkte im Sinne des Gesetzes kann also weder anhand der gewählten Methode, noch mithilfe leichterer Manipulationen der Gewichte nicht vorgenommen werden. Ein Vergleich der Märkte ist somit nur möglich, wenn ein neues statistisch valides Bewertungsverfahren entwickelt wird. Beide, das von der KEK verwendete, als auch das vom Hans-Bredow-Institut vorgeschlagene System, ist nicht geeignet Meinungsmacht medienübergreifend zu messen und somit als unzureichend zu bezeichnen.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Vorgehensweise der KEK als äußerst problematisch zu bezeichnen ist. Mithilfe der (fehlenden) Marktabgrenzung und Bestimmung einzelner Gewichte besteht ein zu großer Spielraum bei der Beurteilung der Gesamtaktivitäten. Darüber hinaus ist eine kardinale Skala nur dann abzuleiten, wenn auch die verschiedenen Kriterien kardinal messbar oder zumindest mithilfe

einer vorher definierten Skala umsetzbar sind. Die Anzahl der Einflüsse, die die Stärke des Meinungseinflusses determinieren, ist zu groß, um anhand weniger Kriterien eine Einschätzung abgeben zu können. Es erscheint sogar fast unmöglich, auf diese Weise Meinungsmacht zu messen. Vielmehr sollte entweder auf eine solche Einschätzung verzichtet werden und lediglich festgesetzte Grenzen (wie die 30%-Grenze) als Vermutungstatbestand herangeführt werden. Sollte dies juristisch nicht möglich oder politisch nicht gewünscht sein, sollten in jedem Fall in einem größeren Umfang wirtschafts- und kommunikationswissenschaftliche Erkenntnisse herangezogen werden, um ein exakteres System zur Messung von Meinungsmacht zu entwickeln. In der bestehenden Form ist die Messung von Meinungsmacht jedoch nicht zu vertreten.

6 Fazit

Das vorliegende Papier betrachtet den Zusammenhang von crossmedialen Fusionen und Meinungsvielfalt aus einer ökonomischen Perspektive. Dazu wurden zunächst die verschiedenen Anreize für Zusammenschlüsse zwischen Medienunternehmen im Allgemeinen und im Fall von crossmedialen Fusionen im Speziellen analysiert. Im Anschluss wurde dann die ökonomische Literatur zu den Auswirkungen von Medienfusionen diskutiert. Im Zentrum standen dabei die Auswirkungen auf die Vielfalt, im Sinne einer horizontalen Produktdifferenzierung und im Sinne der Meinungsvielfalt. Eindeutige Effekte von Unternehmenszusammenschlüssen konnten dabei allerdings nicht festgestellt werden. Sowohl (Meinungs-)Vielfalt als auch der Medienbias können durchaus positiv von einer zunehmenden Konzentration beeinflusst werden. Ein Hinweis darauf, dass Vielfalt einer stärkeren Konzentrationskontrolle bedarf, als dies im Fall der Wettbewerbsanalyse notwendig ist, konnte demnach nicht identifiziert werden.

Aufgrund der bisherigen Ergebnisse, stellt sich die Frage, ob nicht eine Deregulierung des Medienrechts notwendig ist, um den neuen ökonomischen Erkenntnissen Rechnung zu tragen. Mehr noch stellt sich die Frage, ob eine Analyse der Marktmacht nicht eventuell ausreichend ist, um möglichen Wettbewerbsbeschränkungen und auch Beschränkungen der Meinungsvielfalt zu begegnen. Sollte Konzentration

Meinungsvielfalt verhindern, so gibt es jedoch im Umkehrschluss keinen Grund anzunehmen, dass die Marktmachtkontrolle nach dem Wettbewerbsrecht nicht ausreichend ist, Meinungsmacht angemessen zu begrenzen. Eine Anpassung der Vermutungstatbestände bzw. eine alleinige Regulierung durch das Bundeskartellamt könnten hier zu einer adäquaten Lösung führen.

In einem weiteren Schritt, wurde dann das Problem der Messung von Meinungsmacht dargestellt und anhand der geplanten Fusion der ProSiebenSat.1 Media AG und der Axel Springer AG untersucht. Hierbei hat sich gezeigt, dass weder die Messung von Meinungsmacht, noch der adäquate Vergleich des Meinungseinflusses in den unterschiedlichen Medienmärkten, eine triviale Aufgabe darstellt. Neben der Bestimmung von medienrelevanten Märkten und der Definition von einheitlichen Kriterien, die dazu dienen, Meinungseinfluss zu operationalisieren, ist es vor allem notwendig, ein geeignetes Analysesystem zu entwickeln, nach dem Markt- bzw. Zuschaueranteile aus den einzelnen Märkten miteinander verglichen werden können. Ein solches System muss aus statischer Sicht valide sein und einige Eigenschaften erfüllen, die einen solchen Vergleich auch ermöglichen.

Aufgrund der unterschiedlichen Struktur der verschiedenen Mediengenes aber auch aufgrund der Unterschiede zwischen den einzelnen Produkten eines Genres (wie etwa zwischen unterschiedlichen aktuellen Publikumszeitschriften) selbst, erscheint es fast unmöglich einen adäquaten Vergleichsrahmen zu erstellen. So variiert der Anteil an redaktionellen Inhalten, die Zielgruppe oder die Erscheinungsweise bzw. das Verbreitungsgebiet doch zum Teil recht stark, sodass eine starke Aggregation zu verzerrten Ergebnissen führen muss. Eine Einzelfallbetrachtung könnte hier zwar Abhilfe schaffen, hat aber zum einen den Nachteil hoher Regulierungskosten und zum anderen würde dadurch ein relativ großer diskretionärer Spielraum bei der Bewertung einzelner Medien geschaffen.

Letztendlich erscheint die bestehende Regulierung von crossmedialen Fusionen, nach dem Rundfunkstaatsvertrag und im Sinne einer ökonomischen Analyse des Rechts, als suboptimal. Ohne ein exakteres Bewertungssystem ist weder die KEK, noch eine andere Institution in der Lage Meinungsmacht in adäquater Form zu messen. Ob sich ein solches System aber in zufriedenstellender Form überhaupt entwi-

ckeln lässt bleibt fraglich. Auch hier wäre eine Lösung, die Gesamtbetrachtung aller Aktivitäten der Medienunternehmen aus dem Rundfunkstaatsvertrag zu streichen. Fraglich bleibt auch, ob die Prüfung vorherrschender Meinungsmacht überhaupt in einem unabhängigen Verfahren geprüft werden muss.

Literaturverzeichnis

- Albarran, A.B. & J. Dimmick*, 1996, Concentration and Economies of Multiformity in the Communication Industry, *Journal of Media Economics* 9(4), 41-50.
- Alexander, P.J. & B.M. Cunningham*, 2005, Diversity in Broadcast Television: An Empirical Study of Local News, *International Journal on Media Management* 6, 176-183.
- Anderson, S. & S. Coate*, 2000, Market Provision of Public Goods: The Case of Broadcasting, NBER Working Paper Nr. 7513, National Bureau of Economic Research.
- Anderson & J. McLaren*, 2007, Media Mergers and Media Bias with Rational Consumers, Mimeo, University of Virginia.
- Barry, S.T. & J. Waldfoegel*, 2001, Do Mergers Increase Product Variety? Evidence from Radio Broadcasting, *Quarterly Journal of Economics* 116(3), 1009-1025.
- Beebe, J.H.*, 1977, Industrial Structure and Program Choices in Television Markets, *Quarterly Journal of Economics* 91(1), 15-37.
- Bornemann, R.*, 2006, Wie die KEK gefühlte Meinungsmacht in eine Eingriffskompetenz umrechnet, *MultiMedia und Recht* 5, 275-279.
- Bourreau, M.*, 2003, Mimicking vs. Counter-programming Strategies for Television Programs, *Information Economics & Policy* 15(1), 35-54.
- Budzinski, O. & K. Wacker*, 2007, The Prohibition of the Proposed Springer-ProSiebenSat.1 Merger: How much Economics in German Merger Control, *Journal of Competition Law & Economics* 3(2), 281-306.
- Bundeskartellamt*, 2006, Beschluss B6-103/05 (Axel Springer/Pro Sieben Sat1 Media) vom 19.1.2006, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion06/B6-103-05.pdf>.
- Chambers, T.*, 2003, Radio Programming Diversity in the Era of Consolidation, *Journal of Radio Studies* 10(1), 33-45.
- Dewenter, R.*, 2004, Essays on Interrelated Media Markets, Nomos-Verlagsgruppe Baden-Baden.
- Dewenter, R.*, 2006, Two-sided Markets, *MedienWirtschaft – Zeitschrift für Medienmanagement und Kommunikationsökonomie* 2/2006, 57-62.

- Dewenter, R. und U. Kaiser*, 2005, Fusionen auf dem Printmedienmarkt aus wirtschaftstheoretischer Sicht, in: R. Dewenter und B. Frank (Hrsg.), Wettbewerbsprobleme in Pressemärkten, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 74(2005), 51–63.
- Doyle, C.*, 1998, Programming in a Competitive Broadcasting Market: Entry, Welfare and Regulation, *Information Economics and Policy* 10, 23-39.
- Gabszewicz, J.J., Laussel, D., & N. Sonnac*, 2001, TV-Broadcasting Competition and Advertising, Mimeo, CORE.
- Gal-Or, E. & A. Duke*, 2003, Minimum Differentiation in Commercial Media Markets, *Journal of Economics & Management Strategy* 12(3), 291-325.
- Gentzkow, M. & J.M. Shapiro*, 2005, Media Bias and Reputation, *Journal of Political Economy* 114, 280-316.
- George, L.*, 2007, What's Fit to Print: The Effect of Ownership Concentration on Product Variety in Daily Newspaper Markets, erscheint in: *Information Economics and Policy*.
- Goldberg, B.*, 2002, *Bias: A CBS Insider Exposes How the Media Distort the News*, Regnery Publishers, Washington.
- Gounalakis, G. & G. Zagouras*, 2006, Konglomerate Medienkonzerne und die Wettbewerbsaufsicht – Eine Nachlese zum Fall Springer/ProSiebenSat.1, *Neue Juristische Wochenzeitschrift* 59(23), 1624–1627.
- Grau, C. & T. Hess*, 2007, Kostendegression in der digitalen Medienproduktion: Klassischer First-Copy-Cost-Effekt oder doch mehr?, *Medien Wirtschaft, Zeitschrift für Medienmanagement und Kommunikationsökonomie*, Sonderheft 2007.
- Hans-Bredow-Institut*, 2003, Zur Berücksichtigung medienrelevanter Märkte bei der Anwendung des Zuschaueranteilsmodells (§ 26 Abs. 2 Satz 2 RStV), *Hans-Bredow-Institut für Medienforschung an der Universität Hamburg*.
- Hartwich, T.*, 2007, *Content Choice in Media Markets*, Dissertation, Ruhr-Universität Bochum.
- Hotelling, H.*, 1929, Stability in Competition, *Economic Journal* 34, 41-57.
- Irmen, A. & J.F. Thibse*, 1998, Competition in Multi-Characteristics Spaces: Hotelling was almost right, *Journal of Economic Theory*, vol. 78, 76-102.

- KEK, 2006, Beteiligungsveränderungen bei Tochtergesellschaften der ProSieben-SAT.1 Media AG Aktienzeichen: KEK 293-1 bis -5, abrufbar unter: <http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf>
- Kruse, J., 1996, Publizistische Vielfalt und Medienkonzentration unter dem Einfluss von Marktkräften und politischen Entscheidungen, in: Klaus-Dieter Altmeyden (Hrsg.), *Ökonomie der Medien und des Mediensystems*, Opladen, Westdeutscher Verlag, S. 25-52.
- Lancaster, K., 1971, *Consumer Demand – A New Approach*, Columbia University Press, New York.
- Mangani, A., 2003, Profit and Audience Maximization in Broadcasting Markets, *Information Economics & Policy* 15(3), 305-315.
- Mencken, H., 1975, *A Gang of Pecksniffs*, Arlington House Publishers, New Rochelle, New York.
- Mullainathan, S. & A. Shleifer, 2005, The Market for News, *American Economic Review* 95(4), 1031-1053.
- Owen, B., & Wildman, S., 1992, *Video economics*, Cambridge, Harvard University Press.
- Papandrea, F., 1997, Modelling Television Programming Choices, *Information Economics and Policy* 9, 203-218.
- Rochet, J.C. & J. Tirole, 2003, Platform Competition in Two-sided Markets, *Journal of the European Economic Association* 1(4), 990-1029.
- Rothenberg, J., 1962, Consumer Sovereignty and the Economics of TV Programming, *Studies in Public Communication* 4, 45-54.
- Steiner, P.O., 1952, Program Patterns and Preferences and the Workability of Competition in Radio Broadcasting, *Quarterly Journal of Economics* 66(2), 194-223.
- Sutcliffe, J., 1991, *Sunk Cost and Market Structure*, Cambridge, MIT Press.
- Tirole, J., 2005, The Analysis of Tying Cases: A Primer, *Competition Policy International* 1(1), 1–25.
- van der Wurff, R. & J. v. Cuilenburg, 2001, Impact of Moderate and Ruinous Competition on Diversity: The Dutch Television Market, *Journal of Media Economics* 14(4), 213-229.

- Waterman, D.*, 2005, The Economics of Media Programming, in: A. B. Albarran, S. Chan-Olmsted & M.O. Wirth (Hrsg.), Handbook of Media Management and Economics.
- Wildman, S.S. & B.M. Owen*, 1985, Program Competition in the New Video Industry, in: E. Noam (Hrsg.), Rivalry Among the Video Transmission Media, Columbia University Press.
- Wildman, S.S. & N.Y. Lee*, 1989, Program Choice in a Broadband Environment, Paper presented at the Integrated Broadband Networks Conference, Columbia University.
- Williams, G., and S. Roberts*, 2002, Radio Industry Review 2002: Trends in Ownership, Format, and Finance, FCC Media Bureau Staff Research Paper, Media Ownership Working Group Studies.
- Williams, G., K. Brown, and P. Alexander*, 2002, Radio Market Structure and Music Diversity. FCC Media Bureau Staff Research Paper, Media Ownership Working Group Studies
- Wiles, P.*, 1963, Pilkington and the Theory of Value, *Economic Journal* 73, 183-200.
- Wright, J.*, 1994, Television Advertising Regulation and Program Quality, *Economic Record* 70, 361-367.

Die Entscheidung des Bundeskartellamtes zum Zusammenschlussvorhaben Axel Springer AG und ProSiebenSat. 1 Media AG

Prof. Dr. rer. pol. Hermann H. Kallfaß*

1	Einleitung	91
2	Das Vorhaben und die formellen Voraussetzungen einer Prüfung durch das Bundeskartellamt	91
3	Zur Prüfung der materiellen Untersagungsvoraussetzungen.....	93
4	Der bundesweite Fernsehwerbemarkt	94
5	Der bundesweite Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen.....	96
6	Der bundesweite Anzeigenmarkt für Zeitungen	97
7	Weitere Märkte	99
8	Angebotene Abhilfemaßnahmen.....	99
9	Kritikpunkte an der Untersagungsentscheidung aus ökonomischer Sicht	100

* Professor für Wirtschaftspolitik am Institut für Volkswirtschaftslehre an der Technischen Universität Ilmenau.

1 Einleitung

In den letzten zwei Jahrzehnten von 1986 bis 2005 prüfte das Bundeskartellamt (nachfolgend: BKartA) auf Grundlage des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (nachfolgend: GWB)¹ jährlich ca. 1.380 geplante Zusammenschlüsse von Unternehmen. Davon untersagte das Amt durchschnittlich 4,5 Vorhaben pro Jahr, weil diese zu einer nach dem Kartellrecht nicht genehmigungsfähigen Marktmacht geführt hätten.² Im Jahr 2006 gehörte der geplante Erwerb der ProSiebenSat. 1 Media AG (nachfolgend: P7S1) durch die Axel Springer AG (nachfolgend: AS) zu den vom BKartA nicht genehmigten Vorhaben.³ Für den Mediensektor ist diese Entscheidung wegen der Größe der beteiligten Unternehmen und deren Positionen auf den Medienmärkten, der Bedeutung der Medien für die Meinungsbildung sowie wegen einiger erstmalig aufgetretener ökonomischer Fragestellungen von besonderem Interesse. Im Folgenden wird das Kontrollverfahren für diese Entscheidung des Amtes übersichtsartig dargestellt. Obgleich die AS nach der Untersagung des Vorhabens aufgab, legte sie wegen der grundsätzlichen Bedeutung beim OLG Düsseldorf gegen die Entscheidung eine Beschwerde ein, über die bisher noch nicht entschieden wurde.⁴

2 Das Vorhaben und die formellen Voraussetzungen einer Prüfung durch das Bundeskartellamt

Im August 2005 gaben die AS und die Investorengruppe um die Saban Holdinggesellschaften der Öffentlichkeit die geplante vollständige Übernahme aller Stammaktien der P7S1 durch die AS bekannt. Die AS erzielte im vorhergehenden Geschäftsjahr 2004 insbesondere mit Tageszeitungen, Publikumszeitschriften, Druckerzeugnissen und neuen Medien einen Gesamtumsatz von 2,4 Mrd. € und hielt zu dem Zeitpunkt

¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114, zuletzt geändert durch Art. 7 Abs. 11 des Gesetzes vom 26. März 2007 (BGBl. I S. 358)). Zum Wortlaut des GWB siehe auch <http://bundesrecht.juris.de/gwb.html>.

² Eigene Berechnungen nach Monopolkommission (2006), S. 259.

³ Vgl. Bundeskartellamt (2006), Beschluss in dem Verwaltungsverfahren Axel Springer AG/ProSiebenSat. 1 Media AG vom 19. Januar 2006, B 6 - 92202 - Fa - 103/05, WuW/E DE - V 1163 sowie im Volltext unter: <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion06/B6-103-05.pdf>.

⁴ Das OLG Düsseldorf nahm die Beschwerde zunächst nicht an, weil die AS das Vorhaben nicht mehr verfolgt. Der BGH entschied jedoch, dass ein Interesse an einer Klärung der Rechtsfrage bestehen könne und deshalb über die Beschwerde zu entscheiden ist (Bundesgerichtshof KVR 30/06).

über die SAT.1 Beteiligungs GmbH bereits mittelbar einen durchgerechneten Anteil von 12 % an den Stammaktien der P7S1.⁵ Die P7S1 fasst als alleinige Gesellschafterin die privaten Fernsehprogrammveranstalter Sat. 1, ProSieben, N24 und Kabel 1 sowie den Transaktionssender Neun live zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammen. Vor allem im Kerngeschäft, den werbefinanzierten Fernsehprogrammen (Free-TV), erwirtschaftete die P7S1 im Geschäftsjahr 2004 nahezu ausschließlich in Deutschland einen Gesamtumsatz von 1.835 Mio. €. Die stimmberechtigten Anteile an den Stammaktien der P7S1 werden durchgerechnet zu 88 % von der P7S1 Holding L.P. gehalten. Diese Holding ist eine Tochtergesellschaft der German Media Partners L.P., deren Anteile mittelbar von Herrn Saban und seiner Ehefrau Cheryl Saban sowie von mehreren Fonds gehalten werden.⁶

Das Vorhaben wurde dem BKartA von den beteiligten Unternehmen mit Schreiben vom 25. August angemeldet, obgleich Vertreter des Amtes bereits im Vorfeld, im März und April 2005, in mehreren Gesprächen mit den Vertretern der beiden Unternehmen auf erhebliche Bedenken gegen das geplante Vorhaben hingewiesen hatten.⁷

Vor einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit einem Vorhaben prüft das BKartA, ob es für die Kontrolle des geplanten Mehrheitserwerbs zuständig ist. Im vorliegenden Fall stellt das Amt erstens zutreffend fest, dass der geplante Erwerb der Stimm- und Kapitalanteile an der P7S1 durch die AS den Zusammenschlusstatbestand gemäß § 37 (1) Nr. 3a) GWB und den Tatbestand des Kontrollerwerbs gemäß § 37 (1) Nr. 2 GWB erfüllt. Zweitens überschreiten die weltweiten und die inländischen Umsatzerlöse der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen - bereits ohne Berücksichtigung der besonderen Gewichtung der Umsätze von Verlagen und Rundfunkprogrammmanbiotern gemäß § 38 (3) GWB - die in § 35 (1) Nr.1 und Nr. 2 GWB festgelegten Grenzwerte bezüglich der weltweiten Umsatzerlöse von 0,5 Mrd. € und der Inlandsumsätze von 25 Mio. €. Drittens greift wegen der Größe der beiden Unter-

⁵ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 5-10.

⁶ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 10-13. Zur Übersicht über die Anteilseignerstruktur an der P7S1 siehe auch: KEK (2006), Beteiligungsveränderungen bei Tochtergesellschaften der ProSiebenSat. 1 Media AG, Aktenzeichen: KEK 293-1 bis -5, Entscheidung vom 10.01.2006, Abbildung 1, S. 4. in: <http://www.kek-online.de/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf> (17.05.2006).

⁷ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 17. Gespräche zwischen Vertretern des Amtes und von Unternehmen, die einen Zusammenschluss planen sind üblich, um im Vorfeld die Risiken einer Untersagung geplanter Vorhaben abzuschätzen.

nehmen nicht die De-Minimis-Klausel nach § 35 (2) Nr. 1 GWB und wegen des hohen Volumens einiger betroffener Märkte nicht die Bagatellklausel gemäß § 35 (2) Nr. 2 GWB. Viertens fällt das Vorhaben nicht in den Zuständigkeitsbereich der europäischen Fusionskontrolle (FKVO) gemäß Verordnung (EG) 139/2004.⁸ Denn die beiden Unternehmen überschritten im Geschäftsjahr 2004 einerseits nicht die Aufgreifschwelle von 5 Mrd. € nach Art. 1 (2a) FKVO und andererseits erzielten sie jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in Deutschland [(Art. 1 (3) 2. Halbsatz, VO EG Nr. 139/2004)]. Somit ist das BKartA gemäß § 35 GWB für die inhaltliche Kontrolle der angemeldeten Übernahme der P7S1 durch die AS zuständig. Dieser Befund ist nicht in Frage zu stellen.

3 Zur Prüfung der materiellen Untersagungsvoraussetzungen

Das BKartA hat die ordnungspolitische Aufgabe wirksamen Wettbewerb zu schützen. Im Rahmen der allgemeinen Zielvorgabe soll das Instrument der Zusammenschlusskontrolle verhindern, dass Unternehmen durch Zusammenschluss beherrschende Stellungen auf Märkten erringen oder solche verstärken.⁹ Für die marktbezogene Betrachtung sind vom Amt die vom jeweiligen Zusammenschlussvorhaben betroffenen sachlich und räumlich relevanten Märkte zu ermitteln, auf denen eine Marktbeherrschung bereits vorliegen oder durch den Zusammenschluss entstehen oder verstärkt werden kann.

Eine Übernahme der P7S1, der führenden deutschen privaten Anbieterin werbefinanzierter Fernsehprogramme, durch die AS, dem größten Zeitungsverlag in Deutschland, führt nach der Prüfung durch das BKartA wegen der unterschiedlichen Aktivitätsschwerpunkte der beiden Unternehmen generell zu keiner spürbaren Erhöhung von Marktanteilen durch eine Addition der Marktanteile der beiden Unternehmen bei einem Zusammenschluss. Vom Amt wird aber auf Grund marktübergreifender Effekte des geplanten Vorhabens eine Verstärkung der vorhandenen 1. kollektiven Marktbeherrschung auf dem Fernsehwerbemarkt, 2. marktbeherrschenden Stellung der AS auf dem bundesweiten Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen und der

⁸ VO EG Nr. 139/04 des Rates vom 20.01.2004, ABl. L 24 vom 29.01.2004, S. 1.

⁹ Siehe hierzu den Wortlaut von § 36 (1) GWB.

3. marktbeherrschenden Position der AS auf dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Tageszeitungen erwartet.¹⁰

Die Tatbestände und Argumente, die diese Einschätzungen des Amtes begründen sollen, werden im Folgenden kurz dargestellt.

4 Der bundesweite Fernsehwerbemarkt

Das Angebot an Fernsehprogrammen, das die Sender der P7S1 den Zuschauern als Free-TV Programme ohne Entgelt anbieten, wird durch die in die Programme integrierten Werbezeiten finanziert, die an Werbung betreibende Unternehmen verkauft werden. Unter Verweis auf eine eigene frühere Entscheidung (BKartA in WuW, DE-V 53 - Premiere) grenzt das BKartA den bundesweiten Fernsehwerbemarkt als den sachlich und räumlich betroffenen Markt ab, auf dem Fernsehprogrammveranstalter Werbezeiten für Dritte anbieten.¹¹ Die sachliche Abgrenzung der Werbung in Fernsehprogrammen gegenüber der Werbung im Hörfunk sowie in den Print- und Onlinemedien erfolgt ohne jede weitere inhaltliche Begründung, ohne eine aktuelle Überprüfung und wird nicht durch Daten über das Verhalten der Werbung betreibenden Unternehmen auf der Nachfrageseite belegt.¹² So wird nicht analysiert, in welchen Bereichen und in welchem Umfang die Nachfrage nach Werbung in den verschiedenen Medien voneinander unabhängig, zueinander komplementär oder substitutiv ist.

Von den ermittelten Einnahmen aus der Werbung im Fernsehen in Höhe von 3,66 Mrd. € im Jahr 2004 entfielen erstens ca. 45 % auf Sender der P7S1 und zweitens weitere ca. 45 % auf Sender der Bertelsmann/RTL-Gruppe. Die restlichen 12 % der Einnahmen verteilen sich auf die öffentlich-rechtlichen Anbieter ARD und ZDF mit ca. 8 % sowie auf einen Kranz kleiner Anbieter.¹³

¹⁰ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 23.

¹¹ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 25.

¹² Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 25.

¹³ Hierzu gehören die Sender DSF, MTV, Premiere, MTV, MTV 2POP, VIVA und VIVApuls. Vgl. Bundeskartellamt (2006), Tabelle 2, S. 26 f.

Tabelle 1: Marktstruktur auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt im Jahr 2004

Sendergruppe	Marktanteil
P7S1	ca. 45 %
Bertelsmann + RTL II	ca. 45 %
ARD + ZDF	ca. 8 %
Sonstige Sender	ca. 2 %

Vgl. Bundeskartellamt (2006), Tabelle 2, S. 26 f.

Wegen der hohen Anteile von jeweils um 40 % an den Einnahmen aus der Werbung im Fernsehen untersuchte das BKartA das Verhalten zwischen den beiden Senderfamilien der P7S1 und der Bertelsmann/RTL II-Gruppe sowie deren Verhalten gegenüber dem Kranz der kleinen Wettbewerber. Zwischen den beiden Senderfamilien der P7S1 und der Bertelsmann/RTL II-Gruppe diagnostiziert das BKartA fehlenden Binnenwettbewerb, den es mit vergleichbaren Vertriebs- und Kostenstrukturen der beiden großen Unternehmensgruppen, ähnlichen Werbezeiten, einer hohen Transparenz bei den Kosten, Werbepreisen und Umsätzen, mit gleich hohen Werbepreisen, annähernd gleichen Rabatten und parallelen Preisentwicklungen auch bei stark schwankender Nachfrageentwicklung sowie einer nahezu unveränderten Verteilung der Marktanteile begründet.¹⁴ Ein Wettbewerbsdruck von außen auf das Duopol wird verneint, da ARD und ZDF auf Grund rundfunkrechtlicher Regelungen ihren Marktanteil auf dem Werbemarkt nicht ausweiten können, die übrigen Sender nahezu bedeutungslos sind und für neue Anbieter erhebliche Markteintrittsbarrieren bestehen würden. Weil wesentlicher Wettbewerb weder zwischen ihnen noch durch aktuelle oder potenzielle Anbieter bestehen würde, stuft das BKartA die beiden Senderfamilien der P7S1 und der Bertelsmann/RTL II-Gruppe insgesamt als markt-

¹⁴ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 30-36.

beherrschendes Duopol im Sinne des § 19 (2) Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 GWB auf dem abgegrenzten bundesweiten Markt für Fernsehwerbung ein.¹⁵

Das BKartA erwartet, dass der geplante Zusammenschluss das bestehende Duopol aus der P7S1 und der Bertelsmann/RTL II Gruppe durch weitere Angleichung der Strukturen, damit einher gehende Interessenkongruenzen und zusätzlichen Vergeltungspotenzialen gegenüber anderen Anbietern verstärkt,¹⁶ u.a. weil die AS/P7S1 und Bertelsmann über vergleichbare Ressourcen, einen ähnlichen Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie beide über eine Vielzahl von Beteiligungen an Zeitschriften verfügen. Daneben entfallende durch den Zusammenschluss „auch die bislang bestehende Randsubstitution auf dem bundesweiten Fernsehmarkt durch die Bild-Zeitung“,¹⁷ die vom Amt aber inhaltlich nicht belegt wird. Für ein wettbewerbsloses Parallelverhalten sprächen zudem diverse Unternehmensverflechtungen, die zwischen der AS und Bertelsmann bestehen, und die zu erwartende Angleichung der Finanzkraft der P7S1/AS an Bertelsmann. Zudem sinke der Wettbewerbsdruck von außen, da die Stärkung des Duopols die Markteintrittsbarrieren steigert und die Zugangsmöglichkeiten für die Newcomer verringert.

5 Der bundesweite Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen

Den bundesweiten Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen grenzt das BKartA gegenüber den Abonnement-Tageszeitungen ohne inhaltliche Begründung unter Verweis auf frühere höchstrichterliche Entscheidungen ab.¹⁸ Auf dem Markt wird gemessen an der verkauften Auflage im Februar 2005 für die AS ein Anteil von 81 % ermittelt, der fast ausschließlich mit der Bild-Zeitung erreicht wird. Die überragende Marktstellung der Bild-Zeitung wird auf Grund der Marktdurchdringung, Verbreitung, stabilen Marktanteile, Ressourcen und der multimedialen Absicherung im Internet als dauerhaft und unangreifbar beurteilt.¹⁹

¹⁵ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 41.

¹⁶ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 38 f.

¹⁷ Bundeskartellamt (2006), S. 39.

¹⁸ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 42, Fußnote 56.

¹⁹ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 43.

Die geplante Beteiligung der AS an der P7S1 führt zu keiner Marktanteilsaddition auf dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen. Es würde aber aus Sicht des BKartA durch die Verbindung der AS mit der P7S1 ein Medienkonglomerat entstehen, welches zusätzliche marktübergreifende Handlungsoptionen zur Verstärkung der Marktposition der Bild-Zeitung erhält. Unter dem Oberbegriff der Cross-Promotion werden mit crossmedialer Werbung zugunsten konzernerzeugter Produkte, publizistischer Cross-Promotion und crossmedialen Werbekampagnen für Produkte nicht konzernzugehöriger Werb etreibende drei Handlungsbereiche unterschieden.²⁰ Die letztgenannte Handlungsoption wird aber erst beim bundesweiten Anzeigenmarkt für Zeitungen diskutiert.

Unter crossmedialer Werbung zugunsten konzernerzeugter Produkte diskutiert das BKartA beispielsweise die Möglichkeit der AS, nicht gebuchte Fernsehwerbezeit bei P7S1-Sendern kurzfristig mit Werbung für die Bild-Zeitung zu belegen oder diese Zeitung durch Produktplatzierung in Free-TV-Programmen zu bewerben.²¹ Publizistische Cross-Promotion liegt vor, wenn im redaktionellen Teil eines Medienprodukts d.h. außerhalb der Werbezeit/Werbefläche auf ein anderes Medienprodukt verwiesen wird bzw. dieses implizit angepriesen wird. Beispielsweise könnte nach dem geplanten Zusammenschluss von der AS und der P7S1 „bei der Berichterstattung in Nachrichten auf P7S1-Sendern Bezug auf die am Folgetag erscheinende Bild-Zeitung genommen werden.“²² Oder die Zeitung könnte durch die Einführung einer Boulevard-Sendung „Bild-TV“ auf einen P7S1-Sender gefördert werden. Insgesamt würden die beiden zusätzlichen Strategiemöglichkeiten eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Bild-Zeitung auf dem bundesweiten Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen ergeben.²³

6 Der bundesweite Anzeigenmarkt für Zeitungen

Im Anzeigengeschäft konkurriert die Bild-Zeitung aus Sicht vom BKartA mit alternativen Möglichkeiten zur Schaltung bundesweiter Anzeigen in Straßenverkaufs-

²⁰ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 51.

²¹ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 51-53.

²² Bundeskartellamt (2006), S. 56 f.

²³ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 53-58.

und Abonnement-Tageszeitungen und Anzeigenblätter. Angebote regionaler und lokaler Tageszeitungen bleiben unberücksichtigt, da deren Preise für eine bundesweite Werbung nicht konkurrenzfähig sind.²⁴ Anzeigen in Publikumszeitschriften werden wegen fehlender funktionaler Austauschbarkeit auf Grund anderer Aktualität, Druckbilder, Zielgruppen und Anzeigenpreise vom bundesweiten Anzeigenmarkt für Zeitungen sachlich abgetrennt bzw. als eine komplementäre Werbeform eingestuft. Auf dem so abgegrenzten relevanten Anzeigenmarkt ermittelt das BKartA für die AS - auch ohne Sonntagszeitungen - eine marktbeherrschende Stellung mit über 40 % Marktanteil.²⁵

Obleich der beantragte Zusammenschluss der AS mit der P7S1 auch zu keiner Addition von Marktanteilen auf den bundesweiten Anzeigenmarkt führt, wird vom BKartA auf diesem eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung erwartet. Sie wird damit begründet, dass nach dem Zusammenschluss die AS/P7S1 für nicht konzerneigene Produkte crossmediale Werbung in Print- und TV-Medien als Bündel anbieten kann. Solche Kombinationsangebote würden erstens nachgefragt werden, weil sich die Nutzergruppen der Anzeigenwerbung bei der AS und der Fernsehwerbung bei der P7S1 überschneiden,²⁶ und zweitens die Stellung von der AS/P7S1 auf dem Fernsehwerbemarkt und auf dem Anzeigenmarkt verbessern, weil diverse Produkte oder Ereignisse in beiden Medien beworben werden und Mix-Kampagnen bzw. kanalübergreifende Kommunikationsangebote aus Sicht von Fachleuten als vorteilhafter als reine TV- und Print-Kampagnen angesehen werden. Bezüglich solcher Mix-Kampagnen gäbe es im Printbereich für die Werbung an ein Massenpublikum keine Alternative zur Bild-Zeitung.²⁷ In obiger Argumentation betrachtet das BKartA somit die Werbung in der Bild-Zeitung einerseits als ein komplementäres Gut zur Werbung in anderen Medien. Andererseits wird die Anzeigenwerbung als ein

²⁴ Jedoch werden auch die Gesamtbelegungs-Angebote der Nielsen-Ballungsraum-Zeitung Service GmbH, die Belegungskombinationen verschiedener regionaler/lokaler Zeitungen der Ballungsräume vermarktet, zum bundesweiten Anzeigenmarkt gezählt, da diese Angebote preislich konkurrenzfähig sind. Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 59.

²⁵ Vgl. Bundeskartellamt (2006), Tabelle 6, S. 61 f.

²⁶ Während die Anmelderinnen ein Gutachten von Booz Allen Hamilton vorlegten, nach dem keine Überschneidungen im Portfolio der Werbetreibenden von AS und P7S1 bestünden, zeigen die Daten dieser Studie aus Sicht vom BKartA durchaus Überschneidungen auf. Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 63 f.

²⁷ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 62-66.

Substitut zur Werbung im Fernsehen angesehen, wenn das BKartA vom geplanten Zusammenschluss eine Beseitigung des Wettbewerbsdrucks erwartet, den die Bild-Zeitung auf die Werbepreise ausüben kann.²⁸ Aber weder für die komplementäre noch für die substitutive Beziehung zwischen der Werbung im Fernsehen und in der Bild-Zeitung werden in der Entscheidung erhobene Aussagen der Nachfrager oder empirische Daten vorgelegt.

7 Weitere Märkte

Auf allen anderen Märkten, auf denen die AS und die P7S1 tätig sind, entstehen nach Ermittlung des Amtes keine marktbeherrschenden Stellungen oder wird eine solche verstärkt. Dies stellt das BKartA für den Zuschauermarkt für Fernsehprogramme, auf dem die Free-TV-Programme mit den gebührenfinanzierten Programmen der öffentlich-rechtlichen Sender und den Pay-TV-Programmen um die Aufmerksamkeit der Zuschauer konkurrieren, sowie bezüglich der Märkte für regionale Abonnement-Tageszeitungen, den Lesermärkte für Sonntagszeitungen und diversen Zeitschriftenmärkten fest. Auf den Märkten für Online-Werbung und der Produktion von Fernsehprogrammen führt das Vorhaben nur zu addierten Marktanteilen von unter 5 und unter 10 %, die keine Marktbeherrschung erlauben.²⁹

8 Angebotene Abhilfemaßnahmen

Um die drohende Untersagung des Vorhabens abzuwenden, haben die Anmelderrinnen dem BKartA als Abhilfemaßnahmen angeboten, erstens Verhaltensauflagen in die Verträge über die Rundfunklizenzen aufzunehmen und zweitens bestehende Beteiligungen an anderen Unternehmen zu veräußern. In die Rundfunklizenzen der Sender der P7S1 sollten fünf Verpflichtungen zum Verhalten nach dem Zusammenschluss aufgenommen werden, d.h. zur Unterbindung von Cross-Promotion, zu einer Differenzierung der Werbepreise zu Gunsten der Bild-Zeitung im Fernsehen sowie bezüglich einer getrennten Vermarktung von TV-Werbezeit und Anzeigenwerbung. Das BKartA hält die angebotenen Verpflichtungen, die zu einer laufenden Verhal-

²⁸ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 18, S. 39 und S. 64 f.

²⁹ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 23 und S. 66.

tenskontrolle führen würden, für nicht geeignet, die wettbewerblichen Bedenken gegen den Zusammenschluss zu beseitigen. Zudem sollte die Einhaltung der von den Antragsstellerinnen angebotenen Verpflichtungen durch die Landesmedienanstalten und Wirtschaftsprüfer erfolgen, die weder über hinreichende Anreize zur Ausübung der Kontrolle noch über Sanktionen bei Verstößen verfügen, die nicht unabhängig sind und die nicht dem Wettbewerbsgesetz verpflichtet sind.³⁰ Die von der AS angebotenen Veräußerungen von Beteiligungen an Unternehmen, an denen gleichzeitig Bertelsmann beteiligt ist, führt aus Sicht vom BKartA nur dazu, dass es zu keinen zusätzlichen Verflechtungen zwischen den Duopolmitgliedern auf dem Markt für Fernsehwerbung kommt und verhindert nicht die Verstärkung dieses Duopols.³¹

Kurz vor Ablauf der Prüfungsfrist brachte die AS den Vorschlag, den Sender ProSieben zu veräußern, in das Verfahren ein. Die Veräußerung des Senders an einen Dritten hätte aus Sicht vom BKartA die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Fernsehwerbung verbessert. Das Amt hätte den Vorschlag unter der Voraussetzung akzeptiert, dass der Sender bereits vor dem Zusammenschluss veräußert wird. Diese Voraussetzung war für die AS nicht akzeptabel. Daraufhin zog die AS den Vorschlag nach vier Tagen wieder zurück und das BKartA fällte seine Untersagungsentscheidung.³²

9 Kritikpunkte an der Untersagungsentscheidung aus ökonomischer Sicht

Die Analyse und Argumentation des Bundeskartellamtes, die der Entscheidung zu Grunde liegt, weist aus Sicht der Industrieökonomik mehrere Schwächen auf, die im Folgenden teilweise kurz dargestellt werden.

Ein erster Bereich, in dem die Argumentation nicht befriedigt, betrifft die Abgrenzung der für die Entscheidung relevanten Märkte. Das BKartA grenzt mit dem Fernsehwerbungsmarkt, dem Anzeigenmarkt für Zeitungen und dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen drei relevante Märkte mit bundesweiter Ausdehnung ohne

³⁰ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 66-73.

³¹ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 73 f.

³² Vgl. Bundeskartellamt (2006a), Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom 24.01.2006, Bundeskartellamt untersagt Fusion Springer/ProSiebenSat. 1.

qualifizierte Begründungen ab. Zum Lesermarkt ist der alleinige Verweis auf vor zwei Jahrzehnten getroffene höchstrichterliche Entscheidungen ohne aktualisierte Untersuchungen wegen zwischenzeitlich eingetretener Änderungen im Medienangebot unbefriedigt,³³ obgleich die fortbestehende Existenz eines Lesermarktes für Straßenverkaufszeitungen plausibel erscheint. Zur Begründung der Abgrenzung der beiden bundesweiten Märkte für Fernsehwerbung und für Anzeigen in Straßenverkaufszeitungen legt das Amt keinerlei empirische Daten zum tatsächlichen Verhalten der Nachfrager, den Werbung treibenden Unternehmen, vor. Theoretisch kann die Nachfrage nach Werbung in Zeitungen und im Fernsehen zueinander substitutiv, komplementär oder unabhängig sein. Das Amt begründet einerseits eine substitutive Beziehung mit dem Hinweis auf eine erhebliche Schnittmenge unter den Nachfragern von Anzeigen in der Bild-Zeitung und von Werbezeit im Free-TV als auch durch Verweis auf vergleichbare Reichweiten und Tausend-Kontakte-Preise,³⁴ ohne jedoch den Grad der Austauschbarkeit zu quantifizieren, obgleich die beiden Werbemöglichkeiten bei hoher Substitution in einem Markt zusammen zu fassen wären.³⁵ Andererseits werden die beiden Werbeträger in den Ausführungen zu den Vorteilen von Mix-Kampagnen als komplementär betrachtet.³⁶ Sie sollen sich in der gemeinsamen Verwendung einander ergänzen. Diese widersprüchliche Einschätzung³⁷ belegt, wie erforderlich konkrete Angaben der Werbetreibenden zur fundierten Abgrenzung des oder der Werbemärkte sind. Zudem ist in diesem Zusammenhang die völlig fehlende Betrachtung der Werbung im Hörfunk unbefriedigend, denn erstens könnte die Werbung im Hörfunk ein enges Substitut zur Werbung in den beiden anderen Werbeträgern darstellen, zweitens ist die AS an diversen Hörfunksendern beteiligt³⁸ und drittens ist der werbefinanzierte Hörfunkmarkt wenig transparent.³⁹

³³ Vgl. von Wallenberg (2007), Kommentar, Eine „Heuschrecke“ steigt bei ProSiebenSat.1 Media ein.

³⁴ Vgl. Bundeskartellamt (2006), insbesondere S. 39, 63-65.

³⁵ Vgl. Monopolkommission (2006), S. 280, Tz. 535. Wenn die bundesweite Werbung in Straßenverkaufszeitungen und im Fernsehen in einem Markt zusammengefasst wird, dann ist das Vorhaben als horizontaler und nicht als konglomerater Zusammenschluss zu bewerten. Vgl. Monopolkommission (2006), S. 281, Tz. 536.

³⁶ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 48.

³⁷ Vgl. Kuchinke/Schubert (2006), S. 482.

³⁸ Vgl. Bundeskartellamt (2006), S. 7 f.

³⁹ Vgl. Lange (2005), S. 551.

Eine zweiter Komplex von Schwachstellen in der Argumentation ergibt sich daraus, dass das BKartA die Existenz indirekter externer Effekte zwischen zwei Märkten einer Plattform, die durch die Theorie zweiseitiger Märkte (Two-sided Markets) problematisiert wird,⁴⁰ in den Untersuchungen zu den betroffenen Medien in unzulässiger Weise⁴¹ völlig vernachlässigt.

So können die Anbieter von Fernsehwerbung nur dann Werbezeit verkaufen, wenn sie mit den Inhalten angebotener Programme die Aufmerksamkeit von Zuschauern gewinnen. Je mehr Personen ein Programm anschauen, desto mehr Werbekontakte können in den Werbepausen für die Werbung treibenden Unternehmen hergestellt werden. Damit sind die Free-TV-Programme nicht eine Plattform für Fernsehwerbung, sondern müssen zunächst Zuschauer auf dem Markt für Aufmerksamkeit gewinnen. Auf diesem Zuschauermarkt konkurrieren sie mit den öffentlich-rechtlichen Sendern ARD und ZDF, die im Jahr 2004 mit insgesamt 42 % den höchsten Zuschaueranteil erzielten, und mit den Pay-TV-Anbietern.

Tabelle 2: Zuschaueranteile der Sendergruppen im Jahr 2004 (gerundete Werte)

Sendergruppe	Anteil
P7S1	22 %
Bertelsmann + RTL II	27 %
ARD	28 %
ZDF	14 %
Sonstige	9 %

Vgl. Bundeskartellamt (2006), Tabelle 1, S. 24.

Die öffentlich-rechtlichen Sender haben im Wettbewerb um die Aufmerksamkeit den großen Vorteil, dass sie sich fast ausschließlich durch die Gebühren finanzieren,

⁴⁰ Vgl. Baxter (1983), Armstrong (2006 [2002]), Caillaud/Jullien (2003), Dewenter (2006).

⁴¹ Vgl. Evans (2002) und Wright (2004), S. 44-64.

die alle Haushalte mit einem Fernsehgerät unabhängig von ihren Fernsehgewohnheiten zahlen müssen. Die anderen Anbieter müssen demgegenüber ihre Programme durch Werbung (Free-TV) oder ein Entgelt der Zuschauer (Pay-TV) finanzieren. Die Entscheidung für letztere Anbieter erzeugt für die Zuschauer zusätzliche Belastungen durch die Werbeunterbrechungen oder durch das zu zahlende Entgelt für das empfangene Programm. Wegen der Zusatzlast ziehen Zuschauer die durch Werbung finanzierten Programme gegenüber den Programmen der öffentlich-rechtlichen Sender nur dann vor, wenn die Zusatzlast durch eine bessere Ausrichtung der Inhalte an ihren individuellen Präferenzen überkompensiert wird. Das in den letzten Jahrzehnten stark ausgeweitete Angebot der öffentlich-rechtlichen Sender begrenzt deshalb nachhaltig die mögliche Expansion der Programme, die durch Werbeeinnahmen finanziert werden können, und deren Einschaltquoten. Nach der Theorie zweiseitiger Märkte sind in der Analyse des Wettbewerbs immer die beiden interdependent miteinander verbundenen Märkte zu betrachten. Im Fall der Free-TV-Sender bestimmen einerseits die mit den Programminhalten erzielte Aufmerksamkeit (Intensität und Dauer der Aufmerksamkeit) und die angesprochenen Zielgruppen (Art und Anzahl der Zuschauer) sowie die davon abhängige Anzahl und Attraktivität der Werbekontakte die Höhe der erzielbaren Erlöse auf dem Fernsehwerbemarkt. Andererseits bestimmen die Einnahmen aus der Werbung das Budget für den Erwerb und die Eigenproduktion von Programminhalten, mit denen die Aufmerksamkeit der Zuschauer gewonnen wird. Zugleich beeinflusst die Anzahl und Dauer der Werbeunterbrechungen sowie die Inhalte der Werbung auch die Attraktivität der Programme auf dem Zuschauermarkt.⁴² Letztlich ist die Höhe der Werbepreise vor allem von der relativen Attraktivität der Inhalte aus Sicht der Zuschauer gegenüber den Programmen der öffentlich-rechtlichen Anbieter, den Einschaltquoten, der Zusammensetzung und Aufmerksamkeit der Zuschauer abhängig. Für die Beurteilung des Wettbewerbs zwischen den Sendern der P7S1 und der Bertelsmann/RTL II-Gruppe ist deshalb zwingend erforderlich, deren Angebotsverhalten auf dem Zuschauermarkt zu analysieren. Eine solche Untersuchung hat das BKartA nicht vorgenommen, sondern es zog vorschnell Schlussfolgerungen aus Preis- und Marktanteilsentwicklungen auf

⁴² Senkt die Zunahme der Werbeunterbrechung c.p. die Anzahl der Zuschauer, so muss der Programmanbieter dem positiven Effekt zunehmender Werbezeit den negativen Effekt sinkender Zuschauerzahlen auf die Werbeerlöse gegenüber stellen.

dem Werbemarkt, die das Ergebnis sehr unterschiedlicher Verhaltensweisen der beiden Sendergruppen auf dem Zuschauermarkt sein können. So kann z. B. eine parallele Entwicklung der Werbeerlöse von zwei Sendern auch darauf beruhen, dass sich deren Zuschauerzahlen trotz dynamischen Wettbewerbs bei den Programminhalten im Ergebnis ähnlich entwickelten. Die Abhängigkeit der Werbeerlöse von der Aufmerksamkeit der Zuschauer beeinträchtigt zudem nachhaltig die Möglichkeit der Verhaltenskoordination im Duopol auf dem Fernsehwerbemarkt. Eine Verhaltensabstimmung beim Wettbewerb der Programme erscheint wegen der Vorlaufzeiten neuer Sendungen, der geringen Prognostizierbarkeit der Zuschauerreaktionen und des umfangreichen Angebots an Programmen der öffentlich-rechtlichen Anbieter kaum realisierbar. Zukünftige Zuschauerzahlen bereits laufender Sendereihen oder neu konzipierter Formaten sind einerseits die Basis der Rivalität auf dem Werbemarkt, aber andererseits in der dynamischen Umwelt nur eingeschränkt vorhersehbar und vom Duopol ex ante nicht zu koordinieren. Es ist deshalb problematisch, allein auf der Grundlage vergleichbarer Vertriebsstrukturen und Kosten, ähnlichen Marktanteile, homogenen Produkte, einheitlicher Preisentwicklung sowie einer hohen Preistransparenz auf dem Werbemarkt, auf ein wahrscheinlich koordiniertes Verhalten der durch Werbung finanzierten Programmanbieter P7S1 und Bertelsmann/RTL II zu schließen.

Ein dritter unzureichend analysierter Komplex betrifft die Wirkungen, die auftreten können, wenn ein Eigentümer verschiedener Werbeträger die Medien auf der Angebotsseite koppelt oder bündelt und nur crossmediale Werbekampagnen oder diese gemischt mit der Werbung in einzelnen Medien anbietet.⁴³ Prinzipiell ist für die Nachfrageseite zu vermuten, dass Werbetreibende für ihr Produkt und die anzusprechenden Zielgruppen die ideale Mischung aus den Werbemedien suchen, zu denen neben Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften, der Werbung im Fernsehen auch die Werbung im Kino, auf Plakaten, im Internet, durch Postwurfsendungen, auch das Sponsoring und weitere Möglichkeiten gehören. Dies spricht für die vom BKartA zitierte Aussage einer Studie: „Reine TV- oder Print-Kampagnen sind weniger effi-

⁴³ Werden Produkte nur im Paket verkauft, so liegt eine reine Bündelung vor. Werden Produkte sowohl im Paket als auch einzeln verkauft, so liegt eine gemischte Bündelung vor. Vgl. Pindyk/Rubinfeld (2003), S. 557.

ziert als Mix-Kampagnen.“⁴⁴ Auf der Angebotsseite können Medienunternehmen dem entgegen kommen und verschiedene mediale Werbepattformen als Bündel anbieten. Dies kann zu Effizienzvorteilen aus Transaktionskostensparnissen führen. Diesem potenziellen Vorteil stehen aber möglicherweise auftretende Marktmachteeffekte gegenüber. Nach dem Zusammenschluss kann die Kopplung oder Bündelung von Anzeigen in der Bild-Zeitung mit der Werbung in Programmen der P7S1 neben der vom BKartA befürchteten Verdrängung von Konkurrenten, zur Abschöpfung von Renten der Nachfrager,⁴⁵ zur Erhöhung von Markteintrittsbarrieren, zur Verzögerung von Innovationen, zur Reduktion des Preiswettbewerbs oder zur Segmentierung des Marktes führen.⁴⁶ Welche Effekte im vorliegenden Fall zu erwarten sind, wird aber vom BKartA nicht systematisch untersucht.

Neben genannten Komplexen sind weitere Punkte zu nennen, in denen die Analyse unvollständig erscheint. Beispielsweise wird auf dem Fernsehwerbemarkt als Folge des Vorhabens mit mehreren Argumenten eine Zunahme der Symmetrie im Duopol begründet. Jedoch werden nicht die Argumente genannt und geprüft, die für eine Abnahme der Symmetrie sprechen. So diagnostiziert das BKartA einen von den Anzeigen in der Bild-Zeitung ausgehenden Wettbewerbsdruck auf die Fernsehwerbung. Gilt die Diagnose, dann steigen dadurch nach einem Zusammenschluss der AS und der P7S1 die Unterschiede im Duopol, weil die Bertelsmann/RTL-Gruppe nicht über eine vergleichbare Beteiligung auf dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Zeitungen verfügt.

Insgesamt befriedigen die Untersuchungen zur Entscheidungsbegründung aus ökonomischer Sicht nicht. Aber ob eine fundierte ökonomische Analyse die Untersagungsentscheidung des BKartA bestätigt oder diese infrage stellt, kann auf Basis der genannten Schwachstellen wegen der Vielschichtigkeit der Zusammenhänge nicht prognostiziert werden.

⁴⁴ Bundeskartellamt (2006), S. 64.

⁴⁵ Ob eine Abschöpfung von Konsumentenrente durch Bündelung möglich ist, hängt von der Verteilung der Zahlungsbereitschaft für die zwei oder mehr Produkte ab, die gebündelt angeboten werden. Vgl. Pindyk/Rubinfeld (2003), S. 551-565.

⁴⁶ Zu den möglichen Markteffekten siehe Church (2004).

Literaturverzeichnis

- Armstrong, Mark* (2006 [2002]), Competition in two-sided markets, *Rand Journal of Economics*, Vol. 37, No. 3, Autumm 2006, S. 668-691 [Eine vorläufige Fassung wurde bereits im Jahr 2002 als Arbeitspapier unter folgendem Titel veröffentlicht: Competition in Two-Sided Markets, Paper presented at the ESEM meeting in Venice, August 2002.].
- Baxter, William* (1983), Bank Interchange of Transactional Paper: Legal Perspectives, *Journal of Law and Economics*, Vol. 26, S. 541-588.
- Budzinski, Oliver/Wacker, Katharina* (2007), The Prohibition of the Proposed Springer-ProSiebenSat.1-Merger: How much Economics in German Merger Control?, Diskussionsbeitrag aus dem Fachbereich Wirtschaftswissenschaften, Universität Duisburg-Essen, Campus Essen, Nr. 160, März 2007.
- Bundeskartellamt* (2006), Beschluss in dem Verwaltungsverfahren Axel Springer AG/ProSiebenSat. 1 Media AG vom 19. Januar 2006, B 6 - 92202 - Fa - 103/05, WuW/E DE - V 1163 sowie im Volltext unter: <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion06/B6-103-05.pdf>.
- Caillaud, Bernard/Jullien, Bruno* (2003), Chicken & egg: competition among intermediation service providers, *Rand Journal of Economics*, Vol. 34, No. 2 Summer 2003, S. 309-328.
- Church, Jeffrey* (2004), The Impact of Vertical and Conglomerate Mergers on Competition, Final Report for the European Commission, http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/studies_reports/merger_impact.pdf.
- Dewenter, Ralf* (2006), Two-sided markets, *MedienWirtschaft*, H. 2, 2006, S. 57-62.
- Dewenter, Ralf* (2006a), Das Konzept zweiseitiger Märkte am Beispiel von Zeitungsmonopolen, Diskussionspapier Nr. 53, Helmut-Schmidt-Universität, Universität der Bundeswehr.
- Evans, David S.* (2002), The Antitrust Economics of Two-sided Markets, AEI – Brookings Joint Center For Regulatory Studies, Related Publication 02-13, September 2002.

- Evans, David S. / Schmalensee, Richard* (2005), The industrial organization of markets with two-sided platforms, August 19, 2005, <http://www.nber.org/papers/w11603>.
- KEK* (2006), Beteiligungsveränderungen bei Tochtergesellschaften der ProSiebenSat. 1 Media AG, Aktenzeichen: KEK 293-1 bis-5, Entscheidung vom 10.01.2006, Volltext unter: <http://www.kek-online.de/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf>.
- Kuchinke, Björn A./Schubert, Jens M.* (2006), Der Beschluss des Bundeskartellamtes in Sachen Springer - ProSiebenSat.1, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 56. Jg., H. 5, S. 477-485.
- Lange, Bernd-Peter* (2005), Die Übernahme von ProSiebenSat.1 durch den Axel-Springer-Konzern, *Media-Perspektiven*, Heft 11, S. 546-557.
- Pindyck, Robert S./Rubinfeld, Daniel L.* (2003), *Mikroökonomie*, 5., aktualisierte Auflage, München, Boston u.a., 2003.
- Monopolkommission* (2006), Hauptgutachten 2004/2005, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! Baden-Baden 2006.
- von Wallenberg, Gabriela* (2007), Kommentar, Eine „Heuschrecke“ steigt bei ProSiebenSat.1 Media ein, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 57. Jg., H. 2.
- Wright, Julian* (2004), One-sided Logic in Two-sided Markets, *Review of Network Economics*, Vol. 3, Issue 1, March 2004, S. 44-64.

Crossmediale Fusionen, Wettbewerb und erforderliche Vielfalt

Was können wir wissen?

- Ein Kommentar zur Untersagung des Fusionsbegehrens
der Axel Springer AG mit der ProSiebenSat.1 Media AG -

*Dr. rer. pol. Heike Walterscheid**

1	Einleitung	109
2	Die Untersagung der Fusion	110
2.1	Beurteilung des Bundeskartellamts	111
2.2	Beurteilung der KEK	113
3	Mediengüter in Medienmärkten – eine Einordnung	114
3.1	Öffentliche und private Güterkomponenten	115
3.2	Symbiotische Märkte	117
3.3	First Copy Costs.....	119
3.4	Konvergenz der Medien und Medieninhalte	120
4	Crossmediale Fusionen im Mediensektor – eine Einordnung	122
4.1	Formen der Fusionen und Crossmediale Fusionen	123
4.2	Fusionen als Ergebnis der Ausübung von Verfügungsrechten	125
5	Kritische Anmerkungen zur Untersagung der Fusion.....	127
5.1	Marktabgrenzung	127
5.2	Wettbewerbsloses Duopol auf dem Fernsehwerbemarkt.....	129
5.3	Crossmediale Effekte im symmetrischen Duopol.....	131
5.4	Meinungsvielfalt	133
6	Freiheitliche Wettbewerbspolitik und Vielfalt - laissez faire!.....	136
6.1	Evolution und Vielfalt	137
6.2	Wettbewerbsfreiheit und Regeln	138
6.3	Das Teilzentralisierungsdilemma in der Wettbewerbspolitik.....	142
7	Schlussbetrachtung	145

* Wissenschaftliche Assistentin am Fachgebiet Wirtschaftstheorie des Instituts für Volkswirtschaftslehre an der Technischen Universität **Imenau**. Für wertvolle Hinweise und Anregungen danke ich Prof. Dr. Lothar Wegehenkel.

1 Einleitung

§ 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen¹, Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, konstatiert: „Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.“⁴

Auf der Grundlage dieser gesetzlichen Regelung sowie der §§ 35 ff. GWB wurde im Jahr 2005/2006 das crossmediale Fusionsvorhaben Axel Springer AG-ProSiebenSat.1 Media AG vom Bundeskartellamt² gemäß des Rule of Reason-Standards³ geprüft und untersagt. Parallel prüfte die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich⁴ auf der Grundlage des Rundfunkstaatsvertrags⁵ § 26 RStV i.V.m. § 29 RStV (Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen) den potenziellen Tatbestand der vorherrschenden Meinungsmacht und kam zu dem Ergebnis⁶, dass aufgrund eines über alle betroffenen Medienmärkte⁷ zustande kommenden kumulierten Marktanteils von deutlich über 30 % die Fusion zum Schutze der Meinungsvielfalt untersagt werden sollte.

Die Auseinandersetzung mit den vom BKartA sowie der KEK angeführten Begründungen, die auf den crossmedialen Charakter der Fusion fokussieren - werfen jedoch grundsätzliche Fragen im Kontext der Güte der Regeltypen des GWB's sowie des Rundfunkstaatsvertrages auf. Der vorliegende Beitrag beleuchtet aus diesem Grunde das untersagte Fusionsvorhaben Axel Springer AG-ProSiebenSat.1 Media AG im Kontext der Diskussion um die Qualität von Wettbewerbsregeln sowie der

¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114), zuletzt geändert durch Artikel 7 Abs. 11 des Gesetzes vom 26. März 2007 (BGBl. I S. 358).

² Vgl. BKartA (2006). Im weiteren Verlauf als BKartA bezeichnet.

³ Der Rule of Reason-Standard ermöglicht diskretionäre Ermessensentscheidungen im Einzelfall. Vgl. hierzu Knieps, G. (2005), S. 75.

⁴ Im weiteren Verlauf als KEK bezeichnet.

⁵ Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag - RStV) vom 31.08.1991 zuletzt geändert durch Artikel 1 des Neunten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Neunter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) vom 31.07. bis 10.10.2006.

⁶ Vgl. KEK (2006).

⁷ Gemeint sind hier die von der KEK - neben dem Fernsehmarkt - selektiv berücksichtigten medienrelevanten verwandten Märkte. Vgl. hierzu KEK (2006), S. 79 ff.

Anmaßung von Wissen und wurde u. a. durch das Konzept des institutionenökonomisch-evolutionären Wettbewerbsleitbilds⁸ angeregt.

2 Die Untersagung der Fusion

Die Axel Springer AG, die bereits ein Aktienpaket an der ProSiebenSat.1 Media AG hielt, beantragte im August 2005 das Zusammenschlussvorhaben mit der ProSiebenSat.1 Media AG u. a. mit dem Ziel der Aufstockung der Beteiligung auf 100 % der stimmberechtigten Aktien. Somit wäre die ProSiebenSat.1 Media AG von der Axel Springer AG kontrolliert worden. Als crossmediale Fusion wären unterschiedliche Medienmärkte verschieden stark involviert worden. So betätigte sich zum Zeitpunkt des Zusammenschlussvorhabens die Axel Springer AG als größter Zeitungs- und drittgrößter Zeitschriftenverlag in Printmedienmärkten. Daneben existierte die Beteiligung an der ProSiebenSat.1 Media AG und anderen kleineren Sendern sowie Engagements im Bereich TV-Produktion, Hörfunk und Online-Medien.⁹ Die ProSiebenSat.1 Media AG hingegen betrieb ihr Kerngeschäft im Fernseh rezipientenmarkt mit einem Marktanteil von ca. 22 %. Daneben existierten u. a. Engagements im Bereich Mobiles Fernsehen und eine eigene Vermarktungsgesellschaft für Werbeplätze.¹⁰

In solchen Medienmärkten, die in den Bereich des RStV fallen, tritt die Besonderheit auf, dass bei Unternehmenszusammenschlüssen neben dem BKartA die KEK die Wirkungen der Fusion prüft. Während das BKartA auf die ökonomische Vielfalt fokussiert, richtet die KEK ihr Augenmerk auf die Meinungsvielfalt, so zumindest will es der Gesetzgeber. Die Prüfung des Fusionsvorhabens durch das BKartA und die KEK¹¹ führte zu den nachfolgend aufgeführten wesentlichen Ergebnissen.

⁸ Hierzu siehe grundlegend die Ausführungen von Mantzavinos, Ch. (2001) und (2004) sowie die Kommentierung von Schmidchen, D. (2006). Zur Rolle der evolutorischen Ökonomik in der modernen Wirtschaftstheorie siehe Witt, U. (2004). Eine Übersicht zu den unterschiedlichen Wettbewerbstheorien vgl. Mantzavinos, Ch. (1994).

⁹ Vgl. KEK (2006), S. 65 sowie BKartA (2006), S. 5 ff.

¹⁰ Vgl. KEK (2006), S. 6 sowie BKartA (2006), S. 10 ff.

¹¹ Hierzu siehe auch die Übersicht zum Prüfverfahren von Lange, B.-P. (2005).

2.1 Beurteilung des Bundeskartellamts

Das Fusionsvorhaben wurde nicht als Zusammenschlussvorhaben von EU-weiter Bedeutung eingestuft, da die Aufgreifschwelen des Art. 1 Abs. 2 und 3 der EG-Verordnung (EG) 139/2004 FKVO nicht erreicht wurden. Zuständig war somit nicht die europäische, sondern die deutsche Fusionskontrolle respektive das BKartA. Verkürzt zusammengefasst stellte dieses fest¹², dass es auf den von ihm räumlich und sachlich abgegrenzten relevanten Märkten¹³

- bundesweiter Fernsehwerbemarkt (Pay-TV-Sender und Free-TV-Sender),
- bundesweiter Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen (ohne Abonnementzeitungen) und
- bundesweiter Anzeigenmarkt für Zeitungen (Straßenverkaufszeitungen, Abonnementzeitungen und Anzeigenblätter)

durch den Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung käme.¹⁴ Hierbei würden zum einen marktübergreifende Effekte eine Verstärkung der bereits existenten kollektiven Marktbeherrschung im wettbewerbslosen Duopol¹⁵ von ProSieben-Sat.1 Media AG und der Bertelsmann-RTLGroup mit einem jeweiligen Marktanteil von ca. 44 %¹⁶ auf dem Fernsehwerbemarkt hervorrufen.¹⁷ Zum anderen wäre eine

¹² Zusammenfassend hierzu auch Kuchinke. B./J. Schubert (2006).

¹³ Zur Marktabgrenzung siehe BKartA(2006), S. 25 ff. S. 41 ff. sowie S. 58 ff.

¹⁴ Auf der Grundlage der materiellen Untersagungsvoraussetzungen vgl. BKartA (2006), S. 22 f. Zu den Ergebnissen in einer vor-nach-Fusion Betrachtung für den Fernsehwerbemarkt vgl. ebenda, S. 29 ff. und 38 ff., für den Markt für Straßenverkaufszeitungen vgl. ebenda, S. 42 f. und 43 f. sowie für den Anzeigenmarkt für Zeitungen vgl. ebenda, S. 62 f.

¹⁵ Vgl. hierzu Varian, H.R. (2007), S. 585 ff. sowie als behördliche Stellungnahme vgl. BKartA (2006), S. 31. Wettbewerb im Oligopol besteht als strategisches Spiel der wechselseitigen Aktion-Reaktion aufeinander mit der Folge wettbewerbslosem Parallelverhalten (späte Marktphase) oder intensiven Wettbewerbs (frühe Marktphase). Die Wettbewerbsintensität ist demnach abhängig von der Marktphase und muss unter Berücksichtigung dieser beurteilt werden. Vgl. zu den Marktphasen Heuss, E. (1965). Eine alleinige Betrachtung der Marktstruktur ist somit zu verengt.

¹⁶ Vgl. BKartA (2006), S. 26. Zu den Zuschaueranteilen auf dem Rezipientenmarkt vgl. ergänzend ebenda, S. 24.

¹⁷ „...dass bei dem geplanten Zusammenschluss Bedenken bestehen könnten im Hinblick auf die Verstärkung eines bereits bestehenden wettbewerbslosen Duopols zwischen Bertelsmann und P7S1 auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt, insbesondere wegen Verflechtungen sowie im Hinblick auf crossmediale Effekte, die zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Bild-Zeitung auf dem Lesermarkt führen könnten.“ BKartA (2006), S. 17, und weiter: „Ebenfalls zur Verstärkung des bestehenden Oligopols würde die Verminderung des derzeit bestehenden Substitutionswettbewerbs zwischen dem Fernsehwerbemarkt und dem bundesweiten Anzeigenmarkt führen.“ BKartA (2006), S. 18.

Verstärkung der marktbeherrschenden¹⁸ Stellung der Axel Springer AG von ca. 80 %¹⁹ auf dem bundesweiten Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen sowie von ca. 40 %²⁰ (ohne Sonntagszeitungen) auf dem Anzeigenmarkt für Zeitungen zu erwarten. Die Begründung der Untersagung fokussierte insbesondere auf

1. **stillschweigendem Parallelverhalten in einem wettbewerbslosen Duopol ohne wesentlichen Wettbewerb durch Außenseiter auf dem Fernsehwerbemarkt²¹** – indiziert durch fehlenden Binnen- und Außenwettbewerb.²² Eine Begünstigung erführe dieser Zustand durch die transparenten Tausend-Kontakte-Preise (TKP) sowie das einheitliche Vorgehen der damals nur zwei²³ Werbezeitenvermarkter IP Deutschland und SevenOneMedia. Auch die parallele Aufstellung (eigene Werbevermarktung, Nachrichtensender, Produktionsgesellschaften) deutet auf ein entsprechendes Parallelverhalten hin.
2. **der Entstehung eines „crossmedialen“²⁴ symmetrischen Duopols²⁵** aufgrund der dann strukturell ähnlichen Aufstellung beider Unternehmen Bertelsmann-RTLGroup und Axel Springer AG-ProSiebenSat.1 Media AG in den unterschiedlich von der Fusion betroffenen Medienmärkten – insbesondere den jeweilig relevanten Leser- und Zuschauermarkt.²⁶ Begünstigt würden hierdurch crossmediale Kampagnen unterschiedlich er Ausprägung²⁷ mindestens auf dem Fernsehwerbemarkt sowie Anzeigenmarkt für Zeitungen. Hieraus könnten dann die jeweils bestehenden marktbeherrschenden

¹⁸ Zum Begriff der Marktmacht sowie Marktbeherrschung siehe auch Gey, P. (2004), S. 32 ff. sowie 249 f.

¹⁹ Vgl. BKartA (2006), S. 42.

²⁰ Vgl. BKartA (2006), S. 61.

²¹ Gemäß § 19 Abs. 2, S. 2 GWB.

²² Vgl. BKartA (2006), S. 38.

²³ Wobei seit 2004 RTL II von El Cartel vermarktet wird. Vgl. BKartA (2006), S. 15.

²⁴ Einfügung durch die Verfasserin, da der Marktbezug crossmedial ist. Das BKartA stellt gleichzeitig fest, dass crossmediale Kampagnen branchenüblich seien. Vgl. BKartA (2006), S. 18.

²⁵ Das BKartA stellt ein symmetrisches Oligopol fest. Vgl. BKartA (2006), S. 38. Hierzu siehe die Unternehmensstrukturen von Springer und Bertelsmann in o.V. (2005).

²⁶ Gemäß § 36 Abs. 1 GWB.

²⁷ Unter crossmedialen Kampagnen versteht das BKartA crossmediale Werbung zugunsten von Konzernprodukten sowie publizistische Crosspromotion. Vgl. BKartA (2006), S. 51 ff.

Positionen durch wechselseitige Übertragung verstärkt werden. Zudem würde das „crossmediale“ Parallelverhalten durch bereits bestehende Verflechtungen in Gemeinschaftsunternehmen begünstigt.²⁸

2.2 Beurteilung der KEK

Fusionsvorhaben werden durch die national arbeitende KEK mit Blick auf die Entstehung vorherrschender Meinungsmacht geprüft. Die KEK hat hierbei eine empfehlende und entscheidende Position.²⁹ Gemäß § 25 RStV Abs.1: „Im privaten Rundfunk ist inhaltlich die Vielfalt der Meinungen im wesentlichen zum Ausdruck zu bringen. [...]“ soll zum einen eine einseitig verzerrte Berichterstattung sowie die Verzerrung in der Wiedergabe von Fakten und der vorherrschenden Meinung (Medienbias) minimiert werden. Zum anderen soll das Vorliegen der vom BVerfG begrifflich und inhaltlich geprägten Meinungsmacht geprüft werden. Meinungsmacht bedeutet demnach den einseitigen, in hohem Maße ungleichgewichtigen Einfluss einzelner Veranstalter oder Programme auf die Bildung der öffentlichen Meinung.³⁰

Grundlage für die Entscheidungsfindung der KEK waren zunächst die Marktanteile der ProSiebenSat.1 Media AG auf dem Zuschauermarkt in Höhe von 22 %. Damit wurde weder die 30 %-Schwelle noch die 25 %-Grenze gemäß § 26 Abs. 2 RStV erreicht. Um diese crossmediale Fusion zu beurteilen, war die KEK also gefordert, eine Gesamtbeurteilung aller Aktivitäten vorzunehmen. Diese erfolgte anhand der Marktanteile der Axel Springer AG in verschiedenen Medienmärkten, die unterschiedlich gewichtet wurden, um einen Vergleich zum Fernsehmarkt zu ermöglichen – so das gewählte Vorgehen der KEK, das somit von dem des BKartA abweicht und alle Presseerzeugnisse zu einem Gesamtmarkt zusammenfasst.³¹ Kriterien für die an-

²⁸ Vgl. BKartA (2006), S. 39 und S. 40.

²⁹ Vgl. § 35 ff. RStV, insbs. § 36 RStV, sowie Fechner, F. (2004), S. 260. Es ist hierbei grundsätzlich zu hinterfragen, ob nicht die Beurteilung einer Fusion - wenn - durch eine einzige Kommission ausreichen würde.

³⁰ Vgl. in diesem Kontext BVerfGE 73, 118 - 4. Rundfunkentscheidung (Landesrundfunkgesetz Niedersachsen), Bundesverfassungsgericht, Urteil, 4. November 1986, S. 159 f. sowie BVerfGE 57, 295 - 3. Rundfunkentscheidung, Bundesverfassungsgericht, Urteil, 16. Juni 1981, S. 322 f.

³¹ Vgl. KEK (2006), S. 34 f.

schließende Gewichtung waren Suggestivkraft, Breitenwirkung und Aktualität der Medien.³²

Im Wesentlichen kam die KEK gemäß § 26 Abs. 2 RStV³³ abschließend zu der Auffassung, dass durch die Fusion Meinungsmacht entsteht³⁴, da nach einer **„Gesamtbeurteilung aller Aktivitäten“** (inkl. medienrelevanter Märkte) der **Marktanteil mit 47 % bzw. 42 %**³⁵ den Wert von 30 % deutlich überschreitet.

Um nun die Entscheidungen der beiden in diesem Fall zuständigen Behörden zu kommentieren ist es unerlässlich, sowohl Mediengüter auf Medienmärkten als auch die Eigenschaften von Fusionen etwas eingehender zu beleuchten.

3 Mediengüter in Medienmärkten – eine Einordnung

Im Zuge technischer Innovationen haben sich Mediengüter rasant entwickelt und stellen die Marktordnung bezüglich der Bereitstellung Mediengüter vor neue Herausforderungen. Sowohl die Anpassung des ordnungsrechtlichen Rahmens an diese neuen Entwicklungen³⁶ als auch die Bündelung der Chancen und Risiken der Digitalisierung³⁷ in geeigneten Geschäftsstrategien der Marktteilnehmer in Medienmärkten, z. B. in Form von Unternehmenszusammenschlüssen, ist erforderlich.

³² Vgl. KEK (2006), S. 81 ff.

³³ Vorherrschende Meinungsmacht wird vermutet bei 30 % Marktanteil **oder** bei 25 % Marktanteil und Marktbeherrschung auf einem medienrelevanten Markt **oder** wenn der Marktanteil nach einer „Gesamtbeurteilung aller Aktivitäten“ (inkl. medienrelevanter Märkte) 30 % entspricht. Vgl. § 26 Abs. 2 RStV.

³⁴ Vgl. KEK (2006), S. 2.

³⁵ Gemäß § 26 Abs. 2 RStV nach Berücksichtigung von Boni durch Regionalfenster o. ä. nach § 25 RStV.

³⁶ Es können neue oder veränderte Knappheitsphänomene entstehen, die das Rechtssystem nicht hinreichend abbilden kann. Das Erfordernis der Anpassung der handlungsrechtlichen Struktur kann auftreten.

³⁷ Medieninhalte werden weitgehend in digitalisierter Form produziert. Die sukzessive Digitalisierung analog gespeicherter älterer Medieninhalte erfolgt parallel, um auch diese den Rezipienten digital zugänglich zu machen. Die Digitalisierung der Medieninhalte (Content) ermöglicht die Mehrfachverwertung, bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass auch die Distribution digital erfolgt. Digitalisierte Inhalte werden im Zeitungs- und Zeitschriftenmärkten sowohl als Printversion als auch als Online-Version angeboten. Wenn in diesem Beitrag von digitalen Mediengütern die Rede ist, sind sowohl Medieninhalt als auch das Medium der Distribution digital.

3.1 Öffentliche und private Güterkomponenten

Mediengüter bestehen – wie andere Güter auch – aus Kombinationen öffentlicher und privater Komponenten. Der Medieninhalt trägt die Merkmale öffentlicher Güter³⁸, es besteht Nichtrivalität in der Nutzung und Nicht-Ausschließbarkeit von Nutzern. Das Medium hingegen trägt die Merkmale privater Güter, es besteht Rivalität und Ausschließbarkeit.

Die eigentliche Nutzenstiftung von Mediengütern geht primär von der öffentlichen Komponente aus, diese wird jedoch erst in Kombination mit einer oder mehreren privaten Komponenten möglich.³⁹ Gleichzeitig eröffnet die Kopplung der öffentlichen Komponente mit der privaten Komponente die Option des Ausschlusses und macht Mediengüter dann zu ausschließbar öffentlichen Gütern,⁴⁰ in Folge dessen also marktfähig. Ob der Ausschluss jedoch tatsächlich praktiziert wird, ist dann abhängig von den rechtlichen Rahmenbedingungen sowie, sofern der Ausschluss technisch möglich ist, den Ausschlusskosten, deren Höhe von der Art der Produktion und Distribution – beide Güterkomponenten gekoppelt oder getrennt voneinander – abhängig ist.

Bei den diesem Fusionsbegehren zugrunde liegenden Mediengütern handelt es sich hauptsächlich um werbefinanziertes Fernsehen sowie anzeigenfinanzierte Zeitungen. Fernsehen umschreibt die Konsumtionsoption der Medieninhalte „Fernsehprogramme“ als öffentliche Mediengutkomponente in Kombination mit einem getrennt davon produzierten und distribuierten Empfangsgerät (z. B. TV-Gerät, Internet) als private Mediengutkomponente. Fernsehprogramme sind somit – soweit kein Ausschluss von der Nutzung über Smartcard o. ä. erfolgt – rein öffentliche Güter. Zeitungen sind durch eine Verbundproduktion und -distribution von öffentlicher und privater Mediengutkomponente gekennzeichnet. Die Medieninhalte „Texte“ werden auf das Medium „Papier“ gedruckt und gekoppelt über einen beliebigen

³⁸ Vgl. zu öffentlichen Gütern Samuelson, P.A. (1954) und (1955) sowie auch Musgrave, R.A./P.B. Musgrave/L. Kullmer (1990), S. 54 ff.

³⁹ In Rahmen der Haushaltsproduktionsfunktion erfolgt dann die direkte Nutzenstiftung von Medieninhalten. Vgl. Becker, G. S.(1993a), S. 97 ff.

⁴⁰ Zu ausschließbar öffentlichen Gütern im Kontext privater und öffentlicher Güter bzw. Handlungsrechtskomponenten siehe Buchanan, J.M. (1965) und (1968) sowie Demsetz, H. (1970) und Wegehenkel, L. (1991), S. 116 ff.

Distributionsweg an die potenziellen Rezipienten verteilt. Texte werden somit zu ausschließbar öffentlichen Gütern.

In Abhängigkeit von den Ausschlussmöglichkeiten, die bei Verbundproduktion und -vertrieb vergleichsweise leichter praktikierbar sind als bei getrennter Produktion und Distribution der privaten und öffentlichen Mediengutkomponenten, tritt in beiden Fällen, jedoch graduell unterschiedlich, das Problem des Trittbrettfahrens auf. Die Nachfrager nach Medieninhalten sind sich bewusst, nur bedingt oder auch nicht ausgeschlossen zu werden und haben somit einen Anreiz, in großen Nutzergruppen unspürbar für Dritte ihre Präferenzen zu verschleiern und niedrigere Zahlungsbereitschaften als tatsächlich vorhanden anzugeben.⁴¹ Dieser Sachverhalt führt zu Ineffizienzen im Bereich der Bereitstellung öffentlicher bzw. ausschließbar öffentlicher Güter. Gelingt es Anbietern sowie potenziellen Anbietern von Medieninhalten nicht, im Fall des Auftretens umfassenden Trittbrettfahrerverhaltens die Präferenzen der nachfragenden Wirtschaftssubjekte respektive Rezipienten von Medieninhalten aufzudecken und einen Zahlungsbeitrag gemäß ihrer wahren Präferenzen einzufordern, könnten - so zumindest auf den ersten Blick - Mediengüter solcher Ausprägung in Märkten nicht oder nur mit staatlicher Hilfe angeboten werden. Somit könnte die quantitativ und qualitative Beförderung eines Kommunikationssurplus⁴² durch staatliche respektive politische Entscheidungsträger Rechtfertigung finden. Auf den zweiten Blick jedoch kann die Symbiose zwischen jeweils zwei oder mehreren Märkten, z. B. dem Rezipientenmarkt und dem Werbemarkt, sowie die Kenntnis über die Herstellung der Marktfähigkeit öffentlicher Güter durch Koppelung an eine private Komponente (Fernsehprogramm gekoppelt mit Receiver und Smartcard) die marktliche Bereitstellung öffentlicher und ausschließbar öffentlicher Mediengüter ermöglichen⁴³ und diese Rechtfertigung entkräften.

⁴¹ Eine effiziente Bereitstellung öffentlicher und ausschließbar öffentlicher Güter setzt die Aufdeckung der wahren Präferenzen sowie eine anschließende Preisdifferenzierung voraus. Hierzu siehe das Modell von Lindahl, E. (1994), S. 108 ff.

⁴² Ein Kommunikationssurplus ist dann der Leistungszuwachs des Gesellschaftssystem als Gesamtsystem aus sich vollziehender Kommunikation.

⁴³ Mit steigendem relativem Wertanteil der öffentlichen Komponente zur privaten Komponente nimmt die Bedeutung der Quersubventionierungsoption im Fall symbiotischer Märkte zu.

3.2 Symbiotische Märkte⁴⁴

Durch die Aufhebung des staatlichen Anzeigenmonopols im Jahr 1850⁴⁵ entstand für das Zeitungswesen die zweite Einnahmequelle – der Anzeigenverkauf. Durch den Anzeigenverkauf konnte nun die Zeitung selbst günstiger verkauft werden, was zu einer wesentlich größeren Verbreitung führte. Die Existenz eines Werbemarktes respektive Markt für Werbeträgerdienstleistungen⁴⁶ - machen sich heute *alle* Anbieter werbefinanzierter Mediengüter zunutze, um das Angebot von Medieninhalten in Rezipientenmärkten über Einnahmen auf den Werbemärkten querzusubventionieren, indem die Aufmerksamkeit des Rezipienten gegen Werbeplätze getauscht wird. Für die Diskussion um Meinungsvielfalt und Konzentration ist insbesondere diese Interdependenz von Bedeutung. In Anlehnung an die Anzeigen-Auflagen-Spirale⁴⁷, die graduell unterschiedlich bei anzeigenfinanzierten Printmedien wirken kann, sowie die Werbespot-Reichweiten-Spirale, die graduell unterschiedlich in analog oder digital distribuierten Medieninhalten wirken kann, besteht ein Zusammenhang zwischen der Anzahl der erreichten Kontakte (z. B. Leser, Zuschauer), der Nachfrage nach Werbeplätzen sowie dem Preis für Werbeplätze (Werbegrundpreis),⁴⁸ der mit einer Rückkopplung verbunden sein kann und den Anreiz beinhaltet, zum einen die Anzahl der Kontakte und folglich den Marktanteil zu erhöhen sowie zum anderen Medieninhalte nicht unabhängig von der Nachfrage auf dem Markt für Werbeträgerdienstleistungen zu produzieren und anzubieten.

⁴⁴ Symbiotischen Märkten werden in der Literatur auch als Two-Sided Markets bezeichnet. Für einen Überblick siehe die Arbeiten von Rochet, J.-Ch./J. Tirole, (2004) und (2005). Für den Bereich der Printmedien vgl. Dewenter, R. (2007).

⁴⁵ Vgl. Wilke, J. (2002), S. 422 ff. Einen kurzen historischen Abriss bieten auch Greiffenberg, H./W. Zohnhöfer (1984), S. 580 f.

⁴⁶ Aber auch anderer Märkte, so z. B. Märkte für Merchandising-Produkte.

⁴⁷ Vgl. kritisch zur Anzeigen-Auflagen-Spirale Hass, B.H. (2007), S. 70 ff.

⁴⁸ Dieser spiegelt sich im Tausend-Kontakte-Preis (TKP) wider. Der TKP ist das Ergebnis aus dem Werbegrundpreis \times 1000/Anzahl der Kontakte. Vgl. hierzu Greiffenberg, H./W. Zohnhöfer (1984), S. 590 f. Qualitative Aussagen über die Zielgruppenspezifität sind im TKP jedoch nur enthalten, wenn dieser gewichtet wird. Eine direkte Vergleichbarkeit der TKP's ist also nur bei gleichen Zielgruppen aussagekräftig. Zum TKP und dem nach Zielgruppenreichbarkeit gewichteten TKP vgl. u. a. Meffert, H. (2000), S. 815 ff., insbesondere S. 817. Das Gutachten des BKartA berücksichtigt jedoch nur Netto- und Brutto-TKP's. Vgl. hierzu BKartA (2006), S. 28 ff.

Der Ablauf der o. g. rückkopplungsinduzierten Spirale⁴⁹ geht von einer zufälligen Nachfragerhöhung für ein jeweiliges werbefinanziertes Mediengut auf dem Rezipientenmarkt aus.⁵⁰ Daraufhin sinkt der Tausend-Kontakte-Preis, der Lenkungsfunktion für die Mediaplanung hat. Die Nachfrage nach Werbeplätzen in dem betreffenden Mediengut steigt relativ und führt gegebenenfalls zu Mehrerlösen durch einen zusätzlichen Verkauf von Werbeplätzen (Mengeneffekt). Je nach Medium können zudem bei gegebenen Kapazitäten Stückkostendegressionseffekte durch die nachfragerhöhungsinduzierte Steigerung der Angebotsmenge auftreten. Werden die Erlöse zur weiteren Steigerung der Nachfrage eingesetzt und erfolgt diese dann auch, so kann im Zeitverlauf eine Anpassung des Werbegrundpreises und somit erneut die Realisierung von Mehrerlösen erfolgen (Preiseffekt). Da jedoch die Erhöhung des Werbegrundpreises auf den Tausend-Kontakte-Preis wirkt, ist die Höhe des Preiseffektes abhängig von der Elastizität der Nachfrage auf dem Werbemarkt und kann im Fall eines trade offs auch den Wert 0 annehmen.

Das Ende der jeweiligen Spirale wird zum einen durch die Präferenzen der Rezipienten bestimmt. Die in Werbemärkten indirekt gehandelte Aufmerksamkeit der Rezipienten ist mit der Entstehung von Opportunitätskosten⁵¹ – die demnach einen impliziten Preis⁵² darstellen - verbunden. In Abhängigkeit von seiner Opportunitätskostenelastizität⁵³ wird der Rezipient ab einer bestimmten Qualität des Mediengutes Substitutionshandlungen in der Verwendung seiner gebundenen Kapitalgüter vornehmen.⁵⁴ Hieraus wird die Bedeutung der Urteilskraft des Rezipienten über die

⁴⁹ Des Weiteren allgemeingültiger als Werbeplatz-Reichweiten-Spirale bezeichnet, sofern kein konkreter Marktbezug besteht.

⁵⁰ Zum Ablauf am Beispiel der Anzeigen-Auflagen-Spirale im Pressebereich siehe Greiffenberg, H./W. Zohnhöfer (1984), S. 591 f.

⁵¹ Opportunitätskosten entstehen durch die Bindung von Produktionsfaktoren u. ä. in einer Verwendungsmöglichkeit, so dass diese keiner oder nur beschränkt einer anderen Verwendungsmöglichkeit für die Zeit der Bindung zur Verfügung stehen. Zu Opportunitätskosten im Bereich der Mediengüter siehe z. B. Never, H. (2002), S. 225.

⁵² Rezipienten zahlen mit ihrer Aufmerksamkeit - somit also mit einem impliziten Preis in Form von Opportunitätskosten. Ähnlich Conslik, J. (1988), S. 214.

⁵³ Es handelt sich bei der Opportunitätskostenelastizität um eine höchst individuelle und zudem kaum messbare Größe. Da es aufgrund des Individualitätsbezuges keine einheitlichen Opportunitätskosten geben kann, existiert folglich – im Gegensatz zu expliziten Einheitspreisen bei privaten Gütern - kein impliziter Einheitspreis.

⁵⁴ Hier sei an die Haushaltsproduktionsfunktion erinnert. Der Rezipient bindet mindestens sein Humankapital, welches im Moment der Rezeption keiner anderen und nur teilweise einer anderen

Qualität eines Mediengutes für den Markterfolg desselben deutlich.⁵⁵ Zum anderen beenden – neben begrenzten technischen Kapazitäten⁵⁶ – im Bereich Fernsehen gemäß RStV die Restriktion von Werbezeiten im Fernsehen⁵⁷ sowie der Marktanteile privater Fernsehsender das Wirken der oben beschriebenen Spirale. Neben diesen staatlich induzierten Restriktionen wirken staatliche Marktzutrittsschranken per se auf den Konzentrationsgrad in Medienmärkten, da nur eine definierte Anzahl von Anbietern Sendelizenzen erhält.

3.3 First Copy Costs⁵⁸

Bei der Produktion von Mediengütern entfällt ein hoher Anteil der Produktionskosten auf die Produktion des Medieninhalts als öffentliche Mediengutkomponente respektive den Kommunikationsinhalt⁵⁹ der in diesem Beitrag relevanten Mediengüter Zeitungen und Fernsehen⁶⁰. Gekoppelt mit der privaten Komponente *Medium* als Träger des Kommunikationsinhaltes und Güterkomponente mit den relativ geringeren Produktionskosten pro Stück, werden dann Mediengüter vertrieben. Diese Konstellation führt mit einem Anstieg der Rezipientenkontakte bei der privaten Komponente zu Betriebsgrößenvorteilen respektive economies of scale. Einmal produziert kann der Medieninhalt in Form der ersten Kopie - dem Master - beliebig vervielfältigt werden, ohne dass weitere Produktionskosten für den Medieninhalt entstehen. Somit haben die Produktionskosten der öffentlichen Komponente den Charakter von Fixkosten, es fallen nur noch variable Kosten der mediumgebundenen Dist-

(im Fall des Nebenbei-Mediengutes) Verwendung zur Verfügung steht Gerade die Humankapitalbindung kann hohe Opportunitätskosten erzeugen.

⁵⁵ Diese Annahme wird durch die Studie zur Mediennutzung von Pietraß, M./B. Schmidt/R. Tippelt (2005) gestützt. Theorien zur Erklärung des Medienkonsums gehen grundsätzlich vom Informations- und Unterhaltungsmotiv aus. Desto höher die Bildung umso eher besteht eine Informationsorientierung im Medienkonsum. Vgl. Radde, M./D. Baacke (1998), S. 50 ff. Zur Informations- und Unterhaltungsorientierung bei Jugendlichen wurden bereits ähnliche Beobachtungen gemacht. Vgl. Bonfadelli, H. (1988). So kann angenommen werden, dass der Informationsgrad und das Bildungsniveau der Rezipienten über das Lenkungssignal der Aufmerksamkeit (erreichte Kontakte) einen positiven Einfluss auf die Qualität von Mediengütern haben.

⁵⁶ So z. B. die Kapazitäten der Druckmaschinen sowie im Bereich des Fernsehens die Kapazitäten der technischen Reichweiten (Netze).

⁵⁷ Siehe hierzu § 45 RStV.

⁵⁸ Zum First Copy Cost Effekt grundlegend vgl. Shapiro, C./H.R. Varian (1999), S. 20 ff.

⁵⁹ Also Information, Unterhaltung, Werbung usw.

⁶⁰ Unter Fernsehen werden werbefinanzierte Fernsehprogramme (Free-TV) subsummiert.

tribution an. Mit der Vervielfältigung des Masters sinken die Stückkosten⁶¹, die erste Kopie respektive der Master ist die teuerste. Der First Copy Cost Effekt⁶² wirkt dann bei solchen Mediengütern mit gekoppelten öffentlichen und privaten Komponenten, die über individuell zuordenbare Medien veräußert werden.⁶³ Folglich fällt die Durchschnittskostenkurve stetig. Der jeweilige Produzent von Mediengütern wird tendenziell dazu neigen, intern zu wachsen⁶⁴, was mit der Entstehung einer strukturellen Marktzutrittsschranke⁶⁵ verbunden sein kann. Unternehmerische Leistungsfähigkeit führt dann potenziell zu einer Erhöhung des Konzentrationsgrades in Medienmärkten. Diese Tendenz kann in Märkten für werbefinanzierte Mediengüter verstärkt werden, wenn die Werbeplatz-Reichweiten-Spirale durch First Copy Cost Effekte im Kontext der Reichweitenerhöhung verstärkt wird. Des Weiteren können ebenso economies of scope bei der Produktion der privaten Komponente Medium sowie im Rahmen der Distribution auftreten, sobald eine Mehrfachverwertung von Content möglich ist. Dieser Aspekt soll nachfolgend im Zuge der Konvergenz der Medien beleuchtet werden.

3.4 Konvergenz der Medien und Medieninhalte

Auf Medienmärkten vollzog und vollzieht sich ein rasanter Wandel der technischen Eigenschaften von Mediengütern in Richtung Digitalisierung von Medieninhalten und einer entsprechenden Distribution durch – allgemein gefasst – elektronische Medien. Eine wachsende Bedeutung bekommt im Zuge der inhaltlichen und technischen Konvergenz das Internet einschließlich diverser mobiler und stationärer Endgeräte als Distributionsmedien, wo unterschiedliche Medieninhalte wie z. B. Vi-

⁶¹ Vgl. Beck, H. (2006), S. 224.

⁶² Hierzu vergleiche die empirische Evidenz in den Ausführungen von Picard, R. G. (1989) zu Zeitungen und die Unterscheidung zu den Reproduktionskosten, Varian, H. R. (1995) im Kontext akademischer Journals. Neuerdings kritisch zur Wirkung des First Copy Cost Effekts im Kontext digitaler Mediengüter siehe Grau, C. /T. Hess (2007).

⁶³ Dieser Zusammenhang gilt also nicht für das Mediengut Fernsehen.

⁶⁴ Die Konzentrationskontrolle durch die KEK sieht sowohl im externen als auch im internen Unternehmenswachstum eine Gefahr für die publizistische Vielfalt und vernachlässigt hierbei den Aspekt der Leistungs- bzw. Wettbewerbsfähigkeit als Ursache für Konzentration. Hierzu siehe kritisch die Monopolkommission (2006), S. 279 ff. insbes. Rn 537 ff.

⁶⁵ Zu den typischen Formen von strukturellen Marktzutrittsbarrieren siehe Bain, J.S. (1956). Zu staatlichen respektive institutionellen Marktzutrittsbarrieren vgl. Schmidt, F. (1998), S. 75 ff.

deos, TV, Musik, Zeitungen und Zeitschriften usw. gebündelt angeboten werden. Die Substitution von Medieninhalten, die sich in einigen Bereichen zunehmend angleichen, kann der Rezipient bei Raumüberwindungskosten, die gegen 0 gehen, vornehmen.⁶⁶ Gleichfalls kann sich – wie z. B. im Bereich der Musik - durch die Digitalisierung von Medieninhalten das technische Problem des Ausschlusses⁶⁷ und somit die Bedeutung von symbiotischen Märkten respektive das Erfordernis der Werbefinanzierung von Medieninhalten verstärken.⁶⁸

Der Begriff Konvergenz bzw. Medienkonvergenz beschreibt „ein Zusammenwachsen und Verschmelzen bisher traditionell getrennter Kommunikationsbereiche“⁶⁹. Medienkonvergenz kann sich auf der inhaltlichen sowie auf der technischen Ebene vollziehen.⁷⁰ Auf der technischen Ebene wachsen - wie oben angedeutet - verschiedene Einzelmedien zu einem gemeinsamen multifunktionalen Medium zusammen, verbunden mit dem durch Digitalisierung von Daten möglichen Zusammenlaufen der Distributionswege. Auf inhaltlicher Ebene meint Medienkonvergenz die oft gleichzeitige Verbreitung eines Medieninhalts über verschiedene Medien und beschreibt somit crossmediale Transaktionen. Diese Betrachtung umfasst dann auch die Mehrfachvermarktung von Content und steht folglich im Bereich der privaten Güterkomponenten im Zusammenhang mit der Realisierung von Economies of Scale und Scope, die Konzentrationsprozesse begünstigen.

Aus den bisherigen Ausführungen kann vorerst entnommen werden, dass eine generelle Neigung zur Konzentration in Märkten des Mediensektors als primär natürliches, nämlich strukturell begründetes Verhalten der Wirtschaftssubjekte besteht. Das Ergebnis kann eine Reduktion der Vielfalt sein, da sich die Anzahl selbst-

⁶⁶ So finden z. B. Substitutionsbewegungen vom Fernsehen hin zum Internet insbesondere in jüngeren Nutzerschichten statt. Hierzu vgl. Eugster, J. (2006).

⁶⁷ Medieninhalte treten in Gestalt von 0/1 Signalen auf und werden erst durch Endgeräte zum erkennbaren Medieninhalt. Das Trägermedium reduziert sich auf die Distributionswege und das Endgerät, wobei die Distribution in P2P-Netzen erfolgen kann. Kursieren Medieninhalte zugänglich im Internet, kann der Ausschluss mit prohibitiv hohen Kosten verbunden sein.

⁶⁸ So wächst der Markt für Online-Werbung. Vgl. Schmidt, H. (2006). Dies könnte ein Indiz für den zunehmenden Trend zur Werbefinanzierung von Content im Zuge der Ausschlussproblematik sein.

⁶⁹ Vgl. Knothe, M (1999) sowie auch Krieb, M. (2001), S. 29. Damit einhergehend sinken die „Raumüberwindungskosten“ im Rahmen der Substitution des Angebots von Medieninhalten.

⁷⁰ Vgl. hierzu Wagner, U./H. Theunert/Ch. Gebel/A. Lauber (2004), S. 17 ff.

ständiger, unabhängiger Wirtschaftseinheiten reduziert. Dies muss aber zunächst nicht zwangsläufig mit der Senkung der Vielzahl und Vielfalt von Medieninhalten einhergehen.⁷¹

Neben dem in diesem Abschnitt beschriebenen internen Unternehmenswachstum kann externes Unternehmenswachstum als Strategie von Unternehmen im Wettbewerb, sich mit einem oder mehreren Unternehmen zusammenzuschließen, Ursache von Konzentration sein.

4 Crossmediale Fusionen im Mediensektor – eine Einordnung

Die im Zuge der inhaltlichen Konvergenz praktizierte zeitgleiche Präsentation eines Medieninhalts in verschiedenen horizontal verwandten Medien wird als crossmediale Präsentation bezeichnet.⁷² Durch die Digitalisierung der Daten besteht für die Anbieter von Medieninhalten neben dem bisherigen Anreiz der vertikalen Integration entlang der Wertschöpfungskette der Anreiz⁷³ zur „horizontalen Integration“, indem die – auf Mehrfachvermarktung von Content ausgerichtete - Aufbereitung eines Medieninhalts für verschiedene Medien erfolgt.⁷⁴ Crossmediale Transaktionen werfen Fragen im Vorgehen der ohnehin problembehafteten⁷⁵, aber dennoch von den kontrollierenden Behörden praktizierten, Abgrenzung relevanter Märkte auf, da die Einordnung von Fusionen zweier Medienunternehmen auf gleicher Ebene der medialen Wertschöpfungskette, der Produktion von Medieninhalten, jedoch zum einen für das Fernsehen zum anderen für Zeitungen, in das klassische Muster der Unternehmenszusammenschlussformen,⁷⁶ zunächst nicht eindeutig ist.

⁷¹ So haben Monopole einen Anreiz, Produkte entsprechend der Präferenzen der Nachfrager zu differenzieren und über Preisdifferenzierung ein vergleichsweise höheres Gewinnmaximum zu realisieren als z.B. im Cournotschen Angebotsmonopol. Folglich schließen sich Vielfalt und die Existenz von Monopolen nicht aus.

⁷² Zu den Potenzialen crossmedialer Präsentation vgl. Gleich, U. (2003), S. 510 ff., zur Definition insbesondere S. 510.

⁷³ Die Mehrfachnutzung von Content ermöglicht das Ausschöpfen von Netzeffekten über zwei Märkte (Rezipienten und Werbemarkt) in verschiedenen Nutzergruppen.

⁷⁴ Aufgrund der technischen Konvergenz sind zudem parallel Konzentrationstendenzen in den Distributionsmärkten zu beobachten, die dazu führen können, dass die Zugangskontrolle zukünftig über das Angebot an Medieninhalten bei den Rezipienten entscheidet.

⁷⁵ Hierzu siehe auch die kritischen Anmerkungen der Monopolkommission (2006), S. 280 f. Rn 534 ff.

⁷⁶ So ebenfalls kritisch die Monopolkommission (2006).

4.1 Formen der Fusionen und Crossmediale Fusionen

Schließen sich Unternehmen unter Aufgabe ihrer Selbständigkeit zusammen, so wird von einer Fusion gesprochen.⁷⁷ Neben überproportionalem internem Unternehmenswachstum sowie Marktzu- und -austritten erhöhen Fusionen als Form des externen Unternehmenswachstums die Konzentration auf Märkten.⁷⁸ Konzentration als Prozess beinhaltet die Verminderung der Zahl an selbständigen Wirtschaftseinheiten als wettbewerblicher Entscheidungsträger.⁷⁹ Fusionen zielen als Konzentrations- und potenzielle Ausbeutungsstrategie – neben Verhandlungs- und Behinderungsstrategien zu den potenziellen Wettbewerbsbeschränkungen.⁸⁰ Aus diesem Grund sind Fusionen in Abhängigkeit von der Relevanz definierter Aufgreif- und Eingreifkriterien⁸¹ und Zuständigkeiten formal gegenüber dem BKartA und/oder der EU-Kommission für Europäische Fusionskontrolle anzumelden. Der Begriff der cross-medialen Fusion impliziert, dass es sich um eine Fusion über unterschiedliche Medienmärkte hinweg handelt. In Abhängigkeit von der Marktabgrenzung kann eine Einordnung in die tabellarische Darstellung der horizontalen, vertikalen oder konglomeraten Fusionsform und damit der jeweiligen strategischen Zielsetzung sowie potenziellen Wirkung erfolgen.

⁷⁷ Vgl. Abele, G. (1992), S. 58 sowie zum Verständnis der Fusion im Kontext des Tatbestandes des Zusammenschlusses Olten, R. (1995), S. 129 f. Das GWB kennt vier Zusammenschlusstatbestände. Hierzu siehe § 37 GWB.

⁷⁸ Vgl. Schmidt, I. (2005), S. 141 ff. sowie 150 ff.

⁷⁹ Vgl. zur Definition des Begriffs *Konzentration* sowie weitere Erläuterungen zur Entstehung und Messung von Konzentration Schmitt, I. (2005), S. 137 ff.

⁸⁰ Hierzu siehe grundlegend Aberle, G. (1992), S. 52 ff. Horizontale, vertikale und diagonale Wettbewerbsbeschränkungen können nach den Ursachen in Verhandlungsstrategie, Behinderungsstrategie und Konzentrationsstrategie differenziert werden. Vgl. hierzu Schmidt, I. (2005), S. 121 ff. Die Beurteilung bezieht sich auf potenzielle Entwicklungen gemäß § 1 GWB.

⁸¹ Für einen Überblick auf EU-Ebene gemäß EG-Fusionskontrolle, Art. 2 und 3 FKVO vgl. Knieps, G. (2005), S. 131 ff. sowie Schmidt, I. (2005), S. 240 ff. Auf Bundesebene in Deutschland gemäß §§ 35 und 36 GWB siehe Schmidt, I. (2005), S. 177 ff.

Zusammen- schlussform	horizontal	vertikal	konglomerat
Richtung	gleicher (relevanter) Markt	vorgelagerte oder nachgelagerte Produktionsstufe	Diagonal bzw. lateral (weder horizontal noch vertikal)
Motive und potenzielle Effizienz-wirkung	economies of scale, politische Einflussnahme	Transaktionskosten-ersparnisse, politische Einflussnahme	economies of scope, Risikostreuung, politische Einflussnahme
Marktstrategische Zielsetzungen			
potenzielle Wettbewerbs-wirkung	Marktmacht und Beschränkung des Preiswettbewerbs, Marktzutrittsbarrieren	Marktzutrittsbarrieren durch Monopolisierung der Bezugs- oder Absatzwege, Übertragung von Marktmacht	Kosten und Risikenüberwälzung, Kopplungsgeschäfte, Quersubventionierung, Konzentration von Verfügungsbefugnissen
potenzielles Kostenkalkül und Ineffizienzen	economies of scale vs. diseconomies of scale	Transaktionskosten vs. Organisationskosten	economies of scope vs. diseconomies of scope
Potenzielle X-inefficiencies			

Tab. 1: Formen von Unternehmenszusammenschlüssen, eigene Darstellung weitgehend in Anlehnung an Schmidt, I. (2005), S. 141 ff.

Das diesem Beitrag zugrunde liegende Fusionsbegehren bezog sich im Wesentlichen auf die Axel Springer AG als Produzent und Anbieter von werbefinanzierten Medieninhalten im Printbereich sowie auf die ProSiebenSat.1 Media AG als Produzent und Anbieter von werbefinanzierten Medieninhalten im Fernsehbereich. Wird der relevante Markt nach dem üblichen Bedarfsmarktkonzept⁸² abgegrenzt, kommen - mit Blick auf die Konvergenz der Medien - zunächst die horizontale und konglomerate Fusionsform in Frage. Da beide Unternehmen Produzenten digitalisierter

⁸² Vgl. BKartA (2007a), S. 8. Zu einem Markt gehören nach dem Bedarfsmarktkonzept solche Güter, die aus Sicht des verständigen Verbrauchers substituierbar sind. Vgl. Bain, J.S. (1968), S. 6 i.V.m. S. 224. Eine Übersicht zu verschiedenen Methoden der Bestimmung des (räumlich, sachlich und zeitlich) relevanten Marktes bietet Schmidt, I. (2005), S. 49 ff.

Medieninhalten sind, könnten diese einem Markt zugeordnet werden. Es läge eine horizontale Fusion vor, die auf vor- und nachgelagerte Wirtschaftsstufen wirken könnte. Da beide Unternehmen aber unterschiedliche Medien nutzen, um ihre Inhalte in die - überwiegend von der Fusion betroffenen - Rezipientenmärkte für Fernsehen und Zeitungen zu distribuieren, wäre ebenfalls die konglomerate Fusionsform zutreffend.⁸³ Da die Beurteilung der kontrollierenden Behörden gemäß des Bedarfsmarktkonzepts⁸⁴ erfolgt und zudem der Fernsehwerbemarkt sowie der Anzeigenmarkt für Zeitungen in der jeweiligen symbiotischen Beziehung zum Rezipientenmarkt betroffen gewesen wären, wurde das Fusionsvorhaben als crossmediale Fusion der konglomeraten Fusionsform zugeordnet.

„Fusionskontrollrechtlich ging es bei der Akquisition nicht um einen horizontalen Zusammenschluss; denn die Fusion hätte unmittelbare Auswirkungen weder auf den Markt, auf dem die ProSiebenSat.1-Gruppe über Meinungsmacht verfügt, noch auf die drei Märkte gehabt, auf denen das BKartA eine Verstärkung der beherrschenden Stellung der AS (Axel Springer. Anm. d. Verf.) befürchtete. Es ging vielmehr um eine konglomerate (crossmediale) Fusion, bei der eine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nur als Folge zusätzlicher wettbewerbsbeschränkender Praktiken zu erwarten ist.“⁸⁵

4.2 Fusionen als Ergebnis der Ausübung von Verfügungsrechten

Im Rahmen der gemäß Art. 2 Abs. 1 GG⁸⁶ verfassungsrechtlich verankerten Vertragsfreiheit schließen Unternehmen horizontale, vertikale sowie laterale Verträge mit anderen Wirtschaftssubjekten. So ist demnach ein Unternehmen selbst nichts anderes als ein Netz von relationalen Austauschverträgen, die im Rahmen der Produktion von Gütern und Dienstleistungen mit Eigentümern von Produktionsfaktoren abgeschlossen werden. Erst durch Fusionen aus Einpersonenernehmungen entstehen

⁸³ Hierzu siehe auch die Monopolkommission (2006), S. 280 Rn 534.

⁸⁴ Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes nach dem Bedarfsmarktkonzept handelt es sich jedoch eher um ein Kriterium der Üblichkeit als der Richtigkeit.

⁸⁵ Säcker, F.J. (2006), S. 223.

⁸⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 28. August 2006 (BGBl. I S. 2034).

dann Mehrpersonenunternehmungen, die mit einer Verbesserung der Arbeitsteilung einhergehen können.⁸⁷

Aus handlungsrechtlicher Perspektive ist eine Fusion im Rahmen der Vertragsfreiheit dann zunächst die Zusammenlegung der eigentumsbegründenden Verfügungsrechtsbündel⁸⁸ zweier oder mehrerer Unternehmen zu einem Unternehmen und stellt damit den Gegenpol zur Ausgründung eines Unternehmens aus einem Unternehmen dar. Fusionen und Ausgründungen sind Ergebnisse eines Kalküls des Make or Buy, der Frage also, welche handlungsrechtliche Struktur bei gegebenen Marktbedingungen die marginal kostengünstigere ist: Die der Inanspruchnahme dezentraler marktlicher Koordination unter Entstehung von Transaktionskosten oder die der Inanspruchnahme unternehmerischer Hierarchie unter Entstehung von Organisationskosten? Das Kalkül der Grenzkosten der Inanspruchnahme des Marktes vs. der Grenzkosten der Inanspruchnahme der Hierarchie verschiebt sich bei einer Erhöhung der Transaktionskosten dann zugunsten der Hierarchie.⁸⁹ Transaktionskosten können durch zunehmende Anonymisierung und die damit verbundenen steigenden Kosten der Kontrolle und Durchsetzung von Handlungsrechten aus Vertragsabschlüssen, durch technischen Fortschritt und Spezialisierung der Produktion bedingten Anstieg der Koordinationskosten,⁹⁰ aber auch durch staatlichen Einfluss⁹¹ auf marktliche Transaktionen⁹² steigen. Des Weiteren können marktliche Gegebenheiten wie Wettbewerbsintensität und Marktstruktur aber auch technologische externe Effekte⁹³ auf horizontaler und vertikaler Ebene Anreize für die Zunahme der Unternehmensgröße durch Fusion darstellen. Funktioniert der

⁸⁷ Hierzu vgl. Coase, R.H. (1937) sowie die Ausführungen von Wegehenkel, L. (1980a), S. 30 ff.

⁸⁸ Zur handlungsrechtlichen Struktur von Eigentum siehe Walterscheid, H. (2007), S. 101.

⁸⁹ Vgl. zur Bedeutung von Transaktionskosten grundlegend Coase, R.H. (1937) und später Williamson, O.E. (1990). Zu Transaktionskosten im Zuge der Spezifizierung von Rechtskomponenten vgl. Wegehenkel, L. (1980a), S. 15 ff.

⁹⁰ Vgl. Wallis, J.J./D.C. North (1986).

⁹¹ Z. B. Auflagen für Transaktionen z. B. Nachweis- oder Dokumentationspflichten

⁹² Gleichfalls steigt der Anreiz für außermarktliche Transaktionen (z. B. Schwarzmärkte), um hohe staatlich induzierte Transaktionskosten zu umgehen.

⁹³ Hierzu vgl. Tirole, J. (1999), S. 398 f. (horizontale externe Effekte, z. B. bietet Händler A einen hohen Beratungsservice, der zu Spillover-Effekten bei Händler B führt) sowie S. 377 f. (vertikale externe Effekte, z. B. durch verkaufsfördernde Maßnahmen in einer der Wertschöpfungsstufen, die als positiver externer Effekt rückkoppeln).

Wettbewerb, kann durch Fusionen entstehende Marktmacht intertemporal wieder erodiert werden.⁹⁴

Die bisherigen Ausführungen befassten sich mit strukturell bedingten Ursachen von Konzentration in Medienmärkten und tragen – sofern eine vertretbare Marktabgrenzung erfolgt - dazu bei, ein zu beobachtendes Marktverhalten einschließlich der daraus resultierenden interdependenten Größen der Marktstruktur und des Marktergebnisses zu erklären, nicht jedoch vorherzusagen.

5 Kritische Anmerkungen zur Untersagung der Fusion

Die Untersagung der Fusion basiert im Wesentlichen auf Argumenten, die aus der Marktabgrenzung, der Marktstruktur, crossmedialen Effekten sowie Marktanteilen abgeleitet sind. Eine stärkere Fundierung der Argumentation wäre wünschenswert gewesen, da die Nachvollziehbarkeit der Entscheidung an einigen Stellen der Beschlüsse nicht hinreichend gegeben ist und folglich Rechtsunsicherheit aufgrund fehlender Prognostizierbarkeit zukünftigen Verhaltens der betreffenden Behörde erzeugt wird.

5.1 Marktabgrenzung

Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung steht und fällt mit der Abgrenzung des Marktes, so dass dieser ersten grundlegenden Analyse – bei aller grundlegenden Kritik an der Abgrenzung relevanter Märkte⁹⁵ - besondere Sorgfalt durch das BKartA entgegengebracht werden sollte. Umso mehr verwundern an dieser Stelle einige Inkonsistenzen im Vorgehen des BKartA. So wird der bundesweite Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen ohne Abonnement-Tageszeitungen betrachtet, also ausschließlich Anbieter von regionalen Boulevardzeitungen wie der „Bild“, „Hamburger MoPo“, u. a.⁹⁶. In Abweichung hierzu wird der bundesweite Anzeigenmarkt für Zeitungen nicht auf die gleichen Anbieter bezogen, sondern auf Abonnementzeitungen, Straßenverkaufszeitungen (jedoch nicht deckungsgleich mit

⁹⁴ In Anlehnung an Überlegungen von Kirzner, I.M. (1978), S. 71 ff.

⁹⁵ So entscheidet bspw. die Enge oder Weite der Marktabgrenzung über die im Anschluss festzustellende Marktstruktur. Hoppmann, E. (1974), S. 42.

⁹⁶ Vgl. BKartA (2006), S. 42.

der Abgrenzung des Lesermarktes) und Anzeigenblätter wie die „FAZ“, „Die Welt“, „Bild“.⁹⁷ Mit Blick auf die Zielgruppenspezifität von Werbung, die neben dem TKP entscheidend für die Medienplanung ist und im gewichteten TKP Berücksichtigung findet⁹⁸, verwundert die fehlende Übereinstimmung in der Marktabgrenzung.

Des Weiteren ist nicht nachvollziehbar, warum bei der Betrachtung des Fernsehwerbemarktes festgestellt wird, dass aufgrund fehlender Preise kein Rezipientenmarkt besteht.⁹⁹ Hierbei wird völlig vernachlässigt, dass die Aufmerksamkeit der Rezipienten, die auf dem Rezipientenmarkt als impliziter Preis (Opportunitätskosten) bezahlt wird, auf dem Markt für Werbeträgerdienstleistungen verkauft wird. Gerade im Fall der Werbefinanzierung und der daraus resultierenden symbiotischen Beziehung zwischen Rezipienten- und Werbemarkt ist dieser Aspekt entscheidend für die Übertragung oder Feststellung von Marktmacht, wobei es im Übrigen um die Vermutung nicht jedoch um tatsächlich beobachtetes Verhalten geht. Des Weiteren würde die Einbeziehung des Rezipientenmarktes deutlich machen, welche Marktmacht die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ARD und ZDF mit einem Marktanteil von 42 % gegenüber ProSiebenSat.1 mit 22 % und der RTLGroup mit 27 % haben.¹⁰⁰ Auch wäre eine Gegenüberstellung der jeweilig verfügbaren Finanzmittel durch Gebühren bzw. Werbeeinnahmen interessant für die Feststellung von Marktmacht gewesen, ebenso wie die Bedeutung bereits bestehender Regulierung¹⁰¹ von z. B. Sendelizenzen, Werbezeiten und Medieninhalten für Konzentrationstendenzen auf dem Fernsehrezipienten- und Fernsehwerbemarkt.¹⁰² Mit Blick auf die Konvergenz der Medien - technisch als auch inhaltlich - ist zusätzlich zu hinterfragen, ob die un-

⁹⁷ Vgl. BKartA (2006), S. 61.

⁹⁸ Zudem ist hierdurch eine Vergleichbarkeit zwischen dem Fernsehwerbemarkt und dem Anzeigenmarkt möglich.

⁹⁹ „Ein Fernseh Zuschauermarkt besteht nur bei Pay-TV. Im frei empfangbaren Fernsehen fehlt es wegen des fehlenden Entgelts an einer für den Leistungsaustausch im Marktprozess wesentlichen Voraussetzung. Gleichwohl hat die Anzahl der Zuschauer einen wesentlichen Einfluss auf den Fernsehwerbemarkt. Den Zuschaueranteilen der Fernsehsender – sowohl im Free-TV als auch im Pay-TV – kommt für die Stellung auf dem Fernsehwerbemarkt eine wichtige Bedeutung zu. Die Zuschaueranteile haben einen gewissen Einfluss auf die Anteile am Fernsehwerbemarkt.“ BKartA (2006), S. 23. Hierzu auch ergänzend Schmidt, K.-E. (1997).

¹⁰⁰ Zu den Marktanteilen im Jahr 2004 vgl. BKartA (2006), S. 24.

¹⁰¹ Zu Erscheinungsformen staatlicher Regulierung in Gestalt von Marktzutrittschranken siehe Schmidt, F. (1998), S. 81 ff.

¹⁰² Im Übrigen wird der Aspekt der Preisbindung gemäß § 30 GWB als Regulierung im Zeitungsmarkt und möglicher Einflussfaktor auf Marktstruktur und -verhalten völlig ignoriert.

terstellten Substitutionsbeziehungen tatsächlich in dieser Form existieren oder die betroffenen Märkte um z. B. Online-Medien hätten erweitert werden müssen. So kann z. B. komplementäre oder gar substitutive Nutzung von Print- und Online-Ausgabe einer Zeitung vorliegen. Weiterhin wird unterstellt, dass eine Substitutionsbeziehung zwischen den Werbeplätzen der Bild-Zeitung und Werbeplätzen nationaler Fernsehsender wie z. B. ProSieben besteht. Aus der Sicht der Werbekunden besteht jedoch in beiden Märkten eine unterschiedliche Werbewirkung, die eine funktionale Austauschbarkeit negiert. Vielmehr handelt es sich um eine komplementäre Beziehung.¹⁰³

Diese Sichtweisen finden im Vorgehen des BKartA keine Berücksichtigung. Unmittelbar daran schließt die Frage an, ob die technische Konvergenz der Medien in Richtung Internet als gemeinsame technologische Distributionsplattform für digitale konvergierende Medieninhalte aus den Zeitungs- und Zeitschriftenmärkten, den Fernseh-, Kino-, Videomärkten usw. möglicherweise in einigen Fällen eine horizontale Betrachtung erforderlich macht und somit zu abweichenden Ergebnissen führen würde.

5.2 Wettbewerbsloses¹⁰⁴ Duopol auf dem Fernsehwerbemarkt

Die in der Beschlussbegründung vorgebrachten Argumente des BKartA im Kontext des wettbewerbslosen Duopols auf dem Fernsehwerbemarkt sind mit Blick auf den bereits vor Fusionsbegehren anzunehmenden¹⁰⁵ fehlenden Außen- und Binnenwettbewerb und die Tragweite einer Fusionsuntersagung nicht schlüssig und scheinen für die Fusion weniger relevant als dargestellt. So muss hinterfragt werden, warum ein - neben der Bertelsmann-RTLGroup bestehendes - zweites diversifiziertes Medienunternehmen Axel SpringerAG-ProSiebenSat.1 Media AG zu weniger Wett-

¹⁰³ Hierzu vgl. Bender, G. (1999), S. 227 sowie zu komplementären Beziehung von Fernseh- und Zeitungswerbung Brummel, S. (1999), S. 37.

¹⁰⁴ Mit Blick auf das komparativ-statische Modell von Hotelling, H. (1929) zum Preiswettbewerb bei Produktdifferenzierung kann eine wettbewerbslose Situation entstehen, wenn sich das Angebot aufgrund fehlenden Preiswettbewerbs angleicht. Wird jedoch ein Wettbewerbsparameter verändert, kann Wettbewerb entstehen. Vgl. zu diesem Zusammenhang Tirole, J. (1999), S. 634 sowie auch Pfähler, W./H. Wiese (1998), S. 240 ff. mit Blick auf generelle Unternehmensstrategien. Eine wettbewerbslose Situation muss ebenfalls im Zusammenhang mit den Marktphasen sowie staatlicher Regulierung - wie bereits erläutert - analysiert werden.

¹⁰⁵ Vgl. BKartA (2006), S. 17.

bewerb auf dem Fernsehwerbemarkt führen soll, als eine Marktstruktur, in der die ProSiebenSat.1 Media AG alleinig mit der Bertelsmann-RTLGroup bei unveränderten Marktanteilen von je ca. 40 % konkurriert. Das scheinbar ausschließlich Abstellen auf crossmediale Effekte ist verwunderlich, hat doch das BKartA seinerzeit die Fusion im Fall Bertelsmann-RTLGroup genehmigt und damit die Option der crossmedialen Effekte zugelassen.¹⁰⁶ Allein die Marktstruktur respektive die Anzahl und Struktur der Unternehmen im Markt lässt zudem zunächst keinerlei Schlüsse auf den Wettbewerb zu.¹⁰⁷

Des Weiteren fraglich ist auch, ob die vom BKartA prognostizierten crossmediale Effekte tatsächlich eintreten. Aufgrund der Restriktion von Werbezeiten gemäß § 45 RStV sind die Potenziale der Werbespot-Reichweiten-Spirale zur Erhöhung der Reichweite, und somit folglich der Marktanteile, auf dem Rezipientenmarkt begrenzt. Folglich wirkt dies auf die Attraktivität des Werbemarktes – wird dem Konzept symbiotischer Märkte respektive Two-Sided markets gefolgt. Gleiches ist im Bereich der im Fokus stehenden Straßenverkaufszeitungen zu vermuten, da die Bildzeitung einen Marktanteil von ca. 80 % inne hat und sich diese bereits marktbeherrschende Stellung aufgrund der anzunehmenden unelastischen Präferenzen der Rezipienten äußerst marginal durch Effekte der Anzeigen-Auflagen-Spirale verstärken würde.

Außer Acht gelassen wurde ebenfalls die Marktentwicklung im Bereich Fernsehen durch die Konvergenz der Medien in Richtung Internet als multimediale Technologie. Der Online-Werbemarkt verzeichnet starke Wachstumsraten¹⁰⁸, die zu Lasten anderer Medien gehen können. Der Wettbewerb müsste also - wenn - über mehrere Werbemärkte einschließlich der dazugehörigen Rezipientenmärkte betrachtet werden, da es sich um potenzielle Substitutionsbeziehungen handelt, die zur Zeit des Fusi-

¹⁰⁶ Diese Position könnte damit erklärt werden, dass das BKartA aus der Freigabe der Fusion Bertelsmann-RTLGroup als Fehler des Typs 1. Ordnung (ungerechtfertigte Freigabe) „gelernt“ hat und folglich in einem zweiten, ähnlich gelagerten Fall – der sich allerdings u. a. durch ein höheres Maß an Internationalität unterschied – crossmediale Effekte verhindert wollte. Dies beinhaltet jedoch die Ungleichbehandlung von Wirtschaftssubjekten und erzeugt Rechtsunsicherheit. Zu Fehlertypen 1. und 2. Ordnung vgl. Knieps, G. (2005), S. 97. Zum Entscheidungsverhalten der Behörden im Kontext des Auftretens Fehler 1. und 2. Ordnung vgl. Neven, D./L.H.Röller (2002) und Röller, L.H./A. Strohm (2005).

¹⁰⁷ Vgl. Hoppmann, E. (1966), S. 310.

¹⁰⁸ Vgl. Schmidt, H. (2006).

onsverfahrens noch als Randsubstitution¹⁰⁹ eingestuft wurden. In diesem Kontext ist zu hinterfragen, ob die Begrenzung der Sendelizenzen sowie der Werbezeiten möglicherweise zum Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit in sich – wie beschrieben – stark wandelnden Märkten förmlich eine bestimmte Unternehmensgröße zwingend erforderlich macht – und somit Fusionstendenzen im Grunde staatlich verursacht wären.

5.3 Crossmediale Effekte¹¹⁰ im symmetrischen Duopol

Das BKartA konstatiert die Entstehung eines symmetrischen Duopols¹¹¹ durch die Fusion. Jedoch ist diese Position zunächst u. a. aufgrund der besonderen Stellung der Bild-Zeitung aber auch aufgrund der starken internationalen Ausrichtung der Bertelsmann-RTLGroup fragwürdig.¹¹² Zudem ist zu fragen, inwiefern hierdurch negative Effekte auf den Wettbewerb entstehen – dieser Aspekt also überhaupt für den konkreten Fusionsfall relevant ist.¹¹³ Durch die reine crossmediale Fusion wird die Anzahl der Marktteilnehmer in den betroffenen Märkten nicht berührt. Verfügungsrechtliche Veränderungen durch Eigentumserwerb führen zu veränderten Durchgriffsrechten bezüglich der unternehmerischen Strategien der nun verbundenen, aber auf verschiedenen Märkten agierenden Teilunternehmen sowie zu einer Konzentration von Vermögen und folglich Verfügungsrechtsbündeln.¹¹⁴ Symmetrische Duopole bieten aufgrund der hohen Transparenz beider Unternehmen ohne Frage Potenzial für kollusives Verhalten, jedoch bestand dieses Potenzial auch bereits vor dem Fusionsbegehren. Zudem ist die Existenz eines symmetrischen Duopols nicht zwangsläufig wettbewerbsschädigend wenn in Betracht gezogen wird, dass Unternehmen von der wettbewerblichen Strategie anderer Unternehmen lernen und sich allein aus diesem Grund ähnliche Unternehmensstrukturen im dynamischen

¹⁰⁹ Randwettbewerb durch Außenseiter um den relevanten Markt, so z. B. die Bildzeitung als Randwettbewerber zum Fernsehwerbemarkt. Vgl. BKartA (2006), S. 39.

¹¹⁰ Für eine Einordnung in der Fusionskontrolle siehe Bohne, M. (2006).

¹¹¹ Zur Struktur siehe o.V. (2005).

¹¹² Hierzu siehe auch Kuchinke, B./J. Schubert (2006).

¹¹³ So stellt das BKartA heraus, dass bisher nur die Bertelsmann-RTLGroup die Möglichkeit zu crossmedialen Kampagnen hat. „Die Möglichkeit, solche Kampagnen „aus einer Hand“ durchzuführen, hat gegenwärtig nur Bertelsmann.“ BKartA (2006), S. 39. Gleichzeitig sieht das BKartA jedoch das Hinzutreten eines zweiten Anbieters (Axel SpringerProSiebenSat.1) als wettbewerbsgefährdend an.

¹¹⁴ Vgl. hierzu bereits früher Lenel, H.O. (1962), S. 2.

Wettbewerb und unter der Bedingung der Vertragsfreiheit z. B. als Diversifikationsstrategie¹¹⁵ temporär herausbilden und zur Realisierung von Effizienzgewinnen¹¹⁶ führen können.¹¹⁷

Bleibt somit das Argument der potenziellen crossmedialen Effekte durch crossmediale Strategien, die sich in Gegenseitigkeitsgeschäften ausdrücken können und zu einer Übertragung einer marktbeherrschenden Stellung (Marktmacht) in andere verwandte Märkte führen sollen.¹¹⁸ Crossmediale Strategien bezeichnen den abgestimmten Einsatz unterschiedlicher Kommunikationskanäle – insbesondere neuer elektronischer Medien - mit dem Ziel, die addierte Werbewirkung jeder einzelnen Maßnahme mit Blick auf den Wiedererkennungseffekt zu übertreffen.¹¹⁹ Crossmediale Präsentationen scheinen insofern nur bedingt den Erfolg von Werbung der werbetreibenden Marktteilnehmer zu steigern, da es sich im Fall des Fernsehwerbungsmarktes um einen regulierten Markt handelt, indem Werbezeiten durch den RStV einer Mengenbeschränkung unterliegen.¹²⁰ Neben den Überlegungen zur begrenzten Wirkung von Werbeplatz-Reichweiten-Spiralen kommt noch eine weitere hinzu: Die Anbieter ohnehin knapper Werbeplätze haben einen Anreiz, Werbeplätze im Rahmen des unternehmerischen Kosten-Nutzen-Kalküls bestmöglich zu vermarkten. Dies wird umso schwieriger, desto stärker eine Abwanderung der Werbetreibenden in Richtung Online-Medien erfolgt. Eine unternehmensgruppeninterne Vermarktung auf Gegenseitigkeit würde mit der Sendezeit variierende hohe Opportunitätskosten gegenüber der Vermarktung der Werbeplätze an Dritte erzeugen. Da zudem der Wert eines Werbeplatzes mit der Anzahl der Kontakte (TKP) positiv korreliert, ist langfristig die unterstellte starke Wirkung einer crossmedial angelegten Aktivität auf dem Rezipientenmarkt nur anzunehmen, wenn gezielt Sendezeiten mit hohen Einschaltquoten ge-

¹¹⁵ Klassisches Motiv für konglomerate Zusammenschlüsse z. B. um Risiken durch Risikostreuung in verschiedenen Märkten aufzufangen und Verluste durch Quersubventionierung zu kompensieren.

¹¹⁶ Vgl. hierzu auch die Monopolkommission (2006), S. 281 Rn 538.

¹¹⁷ Vgl. zum Erreichen optimaler Betriebs- und Unternehmensgröße im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle Noll, B. (1986), S. 152 ff.

¹¹⁸ Hierzu siehe ergänzend die Ausführungen aus rechtlicher Perspektive von Schaarschmidt, U. (2005).

¹¹⁹ In Anlehnung an Kracke, B. (2001), S. 15.

¹²⁰ Die Wirkung von Werbung ist ebenso mit Blick auf die Bindung an bestimmte Produkte und folglich den Aufbau von Markteintrittsbarrieren nicht eindeutig. Vgl. hierzu die Darstellungen von Schohl, F. (1992), S. 32 f.

wählt werden und somit auf hohe Werbeeinnahmen von Dritten verzichtet wird. Ist dieses Verhalten nicht kurzfristig angelegt, widerspricht es dem Gewinnmaximierungskalkül eines werbeplatz anbietenden Medienunternehmens.¹²¹

5.4 Meinungsvielfalt

Die Sicherung der Meinungsvielfalt wird in Deutschland als meritorisch orientierte Aufgabe verstanden und als Quasi-Staatsaufgabe¹²² deklariert. Politische Entscheidungsträger als Repräsentanten des Staates nehmen Einfluss auf Wettbewerbsparameter, um ein bestimmtes Marktergebnis bzw. Marktverhalten zu provozieren. So werden auch über bestimmte Medien vermittelte Meinungen als meritorische Güter, deren Qualität und Nutzungsintensität Gegenstand der kontrollierenden Behörden sind, behandelt. Meritorisch motiviert soll die Vielfalt der Meinungen befördert und geschützt werden.¹²³ Aus der Sicht staatlicher Entscheidungsträger werden meritorische Güter nicht in hinreichendem Umfang oder Qualität von den potenziellen Rezipienten konsumiert, so dass ein regulierender¹²⁴ Eingriff und somit ein Eingriff in die Konsumentenautonomie erforderlich ist. Diese grundsätzliche Vorgehensweise wird verfassungsrechtlich jedoch nur bedingt impliziert.¹²⁵

Historisch bedingt stellt das Bundesverfassungsgericht auf der Grundlage des deutschen Grundgesetzes das Recht auf eine mediale Grundversorgung durch den öffentlichen-rechtlichen Rundfunk unter Schutz. Das Rundfunkrecht wurde zu einem Großteil vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz abge-

¹²¹ Das Angebot führt bei langfristiger Orientierung an der kurzfristigen Preisuntergrenze zur Kapitalaufzehrung. Der nachhaltige Erfolg einer kurzfristig angelegten Strategie zur Gewinnung von Marktanteilen, die Meinungsmacht erzeugen, wird bezweifelt.

¹²² (Unabhängige) Anstalten des öffentlichen Rechts übernehmen an Staatsstelle die Aufgabe der Sicherung der Meinungsvielfalt, um die inhaltliche Unabhängigkeit des Rundfunks vom Staat zu gewährleisten.

¹²³ Zum Konzept der Meritorik im Kontext des Angebotes von Mediengütern siehe die Arbeit von Lobigs, F. (2006).

¹²⁴ Regulierung bedeutet i. d. R. Eingriffe in den marktlichen Wettbewerb über die Preis- und Nicht-Preiswettbewerbsparameter. Vgl. hierzu Abele, G. (1992), S. 14 f. Dies impliziert eine Beeinflussung der Funktionen des Wettbewerbs (Allokations-, Verteilungs-, Kontroll-, Selektions-, Innovationsfunktion) und seiner Prozesseigenschaften. Vgl. als kurze Übersicht ebenda, S. 13 und 15 f.

¹²⁵ Die Definition der Meinungsvielfalt durch das Bundesverfassungsgericht lässt durchaus auch andere Sichtweisen zu. Dort geht es in erster Linie um die möglichst unverzerrte Abbildung der in der Gesellschaft vorhandenen Meinungen. Vgl. Sell, F.-W. v. (1992), S. 100.

leitet. Die Rundfunkfreiheit wird hierbei als eine dienende Freiheit angesehen. Der Gesetzgeber muss also eine positive Ordnung schaffen, die die Meinungsvielfalt sicherstellt und eine vorherrschende Meinungsmacht als den „einseitigen, in hohem Maße ungleich gewichtigen Einfluss einzelner Veranstalter oder Programme auf die Bildung der öffentlichen Meinung“¹²⁶ vermeidet. Gleichfalls leiten sich aus dieser Position alle meritorisch motivierten Eingriffe¹²⁷ in Medienmärkte des Fernsehens – nicht jedoch in andere Medienmärkte für Meinungen – ab.

Wird die Legitimation der KEK nicht in Frage gestellt und der Fokus auf die Verfahrensweise der KEK im vorliegenden Fall gesetzt, so steht die Methode der KEK zur Ermittlung der entscheidenden Gesamtmarktanteile der damalig potenziell fusio- nierenden Unternehmen Axel Springer AG und ProSiebenSat.1 Media AG in zwei- felhaftem Licht. Denn neben einem zunächst auf dem Fernsehmarkt unbedenkli- chem Marktanteil der ProSiebenSat.1 Media AG von ca. 22 % wurden die auf diver- sen verwandten Printmärkten bestehenden Marktanteile der Axel Springer AG auf Grundlage der Kriterien Suggestivkraft, Breitenwirkung und Aktualität¹²⁸ gewichtet und im Anschluss addiert. Neben der Tatsache, dass hierbei -methodisch fragwürdig- unterlassen wurde, die umgerechneten Marktanteile auf einen entsprechend umge- rechneten Gesamtmarkt von 100 % zu beziehen,¹²⁹ bestehen zusätzlich Bedenken mit Blick auf die Messbarkeit der Meinungsvielfalt und der Anwendung der 2. Alter- native aus § 26 RStV.¹³⁰ Des Weiteren findet eine qualitative Bewertung der

¹²⁶ BVerfGE 73, 118 - 4. Rundfunkentscheidung (Landesrundfunkgesetz Niedersachsen), Bundesverfassungsgericht, Urteil, 4. November 1986, S. 1 sowie 26.

¹²⁷ Die Eingriffe beziehen sich an dieser Stelle auf Nicht-Preis-Wettbewerbsparameter wie z. B. Wer- bung u. a. § 45 RStV oder Programminhalte u.a. § 30 RStV.

¹²⁸ Siehe KEK (2006), S. 81 ff.

¹²⁹ Zur Vorgehensweise siehe KEK (2006), S. 85 ff. sowie abschließend S. 102. Siehe hierzu die deutliche Kritik der Monopolkommission an der Verfahrensweise der KEK. Vgl. Monopolkom- mission (2006).

¹³⁰ „Problematisch ist dagegen die zweite Alternative. Der RStV lässt den Begriff des „Meinungseinflusses“ undefiniert und hebt lediglich hervor, dieser Meinungseinfluss dürfe nicht dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 Prozent im Fernsehen entsprechen. Von einem solchen Unternehmen wird in § 26 Abs. 1 RStV vermutet, dass es „vorherrschende Meinungsmacht“ habe. Folglich ist die Schwelle des Meinungseinflusses in § 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alternative RStV gleichbedeutend mit „vorherrschender Meinungsmacht“. Auch dieser Begriff wird freilich im RStV nicht definiert, anders als der Begriff der Marktbeherrschung in § 19 Abs. 2 GWB. Die Vermutung des § 26 Abs. 2 RStV ordnet lediglich keine präzise begriffliche Abgren- zung zu und ist deshalb auch nicht für eine praktische Handhabung zu konkretisieren. Entspre-

Medieninhalte nicht statt. Nach der Verfahrensweise der KEK haben z. B. die Programmzeitschriften „Hörzu“ und „Funkuhr“ einen zehnfach höheren Einfluss auf die Meinungsbildung in der Gesellschaft als die Wochenzeitungen „Spiegel“ und „Stern“.¹³¹

Mit Blick auf das Argument der Meinungsvielfalt kann somit festgehalten werden, dass die Umrechnung von Marktanteilen aus verwandten Medienmärkten des Fernsehens für die Betrachtung des gesamten Medienmarkts handwerklich bedenklich und inhaltlich problematisch ist. Marktanteile auf einem gesamten Medienmarkt über alle Medien, die zur Meinungsvielfalt beitragen – also z. B. auch Bücher – würden zu anderen Ergebnissen führen und eine Untersagung möglicherweise in Frage stellen. Im Übrigen geht bei der Betrachtung potenzieller Meinungsmacht anhand von Marktanteilen auf Rezipientenmärkten völlig unter, dass internes Unternehmenswachstum als Ausdruck unternehmerischer Leistungsfähigkeit bestraft wird.

Das stark umstrittene und veraltete Konzept der Meritorik wird nach wie vor implizit als Legitimation für die Existenz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sowie für eine medienrechtliche Konzentrationskontrolle des privaten Rundfunks¹³² herangezogen. Die Existenz eines öffentlich zugänglichen Rundfunks soll hierbei nicht in Frage gestellt werden¹³³, jedoch die derzeitige programminhaltliche Umsetzung des Verfassungsauftrages. Die Aufgabe öffentlichen Rundfunks sollte in der Verbreitung solcher Informationen wie z. B. Meinungen bestehen, die wettbewerbsorientierte Unternehmungen aufgrund fehlender Anreize nicht anbieten

chend bedenklich ist es, solche Leerformeln zur Grundlage staatlicher Eingriffe zu machen.“ Monopolkommission (2006), S. 84 Rn 109.

¹³¹ Zum Verfahren der KEK vgl. TNS Infratest (2006), Kap 3.2.

¹³² Vgl. hierzu die verfassungsrechtlich gestützte Argumentation respektive Legitimation der KEK in KEK (2006), S. 69 ff.

¹³³ Gesellschaftliche Investitionen (z. B. durch Stiftungen oder den Staat) in öffentlich zugänglichen Rundfunk – und somit indirekt in gesellschaftliches Humankapital – stellen dann einen solchen Konsumverzicht in der Gegenwart dar, der zukünftige gesellschaftliche Erträge erzeugt. Die Vielfalt und somit die Wettbewerbsfähigkeit eines Gesellschaftssystems steigt. Hierzu siehe ergänzend die Ausführungen von Braun, G. (1990), S. 107 ff., insbesondere S. 111 f. Grundsätzlich zum Humankapital vgl. Becker, G.S. (1962) sowie (1993b). Zur Bedeutung von Wissen für die Gesellschaft siehe grundsätzlich Hayek, F.A. v. (1945).

würden.¹³⁴ Faktisch bemüht sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk in Deutschland jedoch um Wettbewerbsfähigkeit mit den privaten Fernsehanbietern.¹³⁵

Das Bundesverfassungsgericht definiert Meinungsvielfalt als „Verbreitung der bestehenden Meinungen in möglicher Breite und Vollständigkeit“¹³⁶ Die *vermittelten* Meinungen sollen also ein möglichst repräsentatives Abbild der in der Gesellschaft *vorhandenen* Meinungen sein. Somit stellt sich im Kontext der Sicherung der Meinungsvielfalt zunächst primär die Frage, wie die *vorhandenen* Meinungen transparent gemacht werden können. Die KEK erhebt im Kontext der Sicherung der Meinungsvielfalt einen beliebigen – da unbekannt – qualitativen sowie quantitativen Anspruch bezüglich des Angebots an Meinungen. Der Begriff der Meinungsvielfalt ist jedoch nicht operationalisierbar, Aussagen über Meinungseinfalt oder zuviel Vielfalt können nicht getroffen werden. Hierzu liefern weder der Rundfunkstaatsvertrag noch die Vorgehensweise der KEK Ansätze.

6 Freiheitliche Wettbewerbspolitik und Vielfalt - *laissez faire*¹³⁷!

Die Fusion wurde untersagt, um den Wettbewerb und die Meinungsvielfalt in Medienmärkten zu schützen. Mit Blick auf das Zustandekommen von Wettbewerb und Meinungsvielfalt wird bezweifelt, dass die betreffenden Behörden über die erforderliche Information verfügen, um marktliche Prozesse mit konkreten Zielvorgaben über Marktstruktur und Marktverhalten zu regulieren. Dies soll in Ansätzen erläutert werden, wobei im Rahmen dieses Beitrags der Komplexität der letztendlich wettbewerbstheoretischen Grundsatzdiskussion nur äußerst begrenzt Rechnung getragen werden kann.

Wird dem Grundgedanken einer freiheitlichen Wettbewerbspolitik gefolgt, so ist eine Wettbewerbspolitik dann freiheitsgefährdend,¹³⁸ „(...)“, wenn sie die 'property

¹³⁴ Zu diesem Thema vgl. die Rechtfertigung zur Existenz öffentlich-rechtlicher Rundfunkanbieter bei Strohmeier, G. (2006).

¹³⁵ Vgl. Assheuer, Th. (2004).

¹³⁶ Zitiert nach Sell, F.-W. v. (1992), S. 100.

¹³⁷ *Laissez faire* wird verstanden als Handlungsfreiheit unter Berücksichtigung sozial anerkannter Regeln, in Anlehnung an Hayek, F.A. v. (2002), S. 63 ff. Zur Auffassung des *laissez faire* in der Wirtschaftspolitik siehe Holzwarth, F. (1985), S. 29 ff.

¹³⁸ Vgl. Schmidtchen, D. (1983), S. 31 f. in Anlehnung an Hayeks freiheitliche Handlungsordnung. Vgl. auch Hayek, F.A. v. (1971).

rights' von Personen (oder Gruppen) verdünnt, obgleich die diese Intervention auslösende Nutzung der 'property rights' keinen Eingriff in die 'property rights' anderer darstellte und sich die 'property rights' der Personen (Gruppen) auch nicht überschritten."¹³⁹

Im Umkehrschluss soll Wettbewerbsfreiheit¹⁴⁰ hingegen den Wettbewerb in Märkten als einen dynamischen, evolutorischen Prozess im Sinne eines Such- und Entdeckungsverfahrens¹⁴¹ sowie der schöpferischer Zerstörung¹⁴² befördern und nur dann freiheitsbegrenzend wirken, wenn im Zuge der Aktivitäten der Marktteilnehmer technologische externe Effekte¹⁴³ auftreten. Dieser Wettbewerb soll als freiheitlich bezeichnet werden. Dem ordnungsrechtlichen Rahmen eines Gesellschaftssystems mit marktwirtschaftlich koordinierendem Wirtschaftssystem kommt dabei eine entscheidende Bedeutung im Kontext der Evolution dieser sozialen Systeme¹⁴⁴ zu.

6.1 Evolution und Vielfalt

Markt- und Mediensysteme sowie Unternehmen sind offene soziale Systeme und als solche Teilsysteme in einem offenen Gesellschaftssystem. Soziale Systeme grenzen sich durch spezifische, ihnen eigene, strukturierte Handlungen mit Sinnverbund voneinander ab und werden somit erkennbar.¹⁴⁵ Während der Sinnverbund der Handlungen im Marktsystem in der Koordination knapper Güter, Ressourcen und Dienstleistungen besteht, handelt es sich im Mediensystem - als Teilsystem des Marktsystems - um den Sinnverbund der Verbreitung knapper Informationen in Gestalt von Fakten, Meinungen, Unterhaltung usw. sowie im Unternehmen um den Sinnverbund der Maximierung einer unternehmensspezifischen Zielgröße z. B. Gewinn.

Offene soziale Systeme stehen in einem stetigen Austausch mit ihrer jeweils relevanten Umwelt. Damit Markt-, Mediensystem und Unternehmen auf Störungen aus

¹³⁹ Schmidtchen, D. (1983), S. 31.

¹⁴⁰ Diese Überlegungen entstammen Hoppmann auf der Grundlage der Ausführungen Hayeks zum Wettbewerbsprozess. Eine Übersicht zu diesem Ansatz bietet Clapham, R. (1981), S. 129 – 148.

¹⁴¹ Vgl. Hayek, F.A. v. (1969), S. 250.

¹⁴² Vgl. Schumpeter, J.A. (1993), S. 138.

¹⁴³ Vgl. grundlegend Buchanan, J.M./C. Stubblebine (1962).

¹⁴⁴ Zum Begriff der Evolution im Wirtschaftssystem siehe Geisendorf, S. (2004), S. 29 ff.

¹⁴⁵ Vgl. Bertalanffy, L. v. (1951) und (1956) sowie Wilke, H. (1993), S. 53.

der Systemumwelt reagieren können, müssen soziale Systeme eine jeweils *erforderliche Vielfalt*¹⁴⁶ aufweisen respektive eine solche Eigenkomplexität besitzen, die diese Störungen ausregelt¹⁴⁷. Nur so kann ein offenes soziales System im jeweiligen Systemwettbewerb überleben. Dieser Prozess, der einhergeht mit der Variation, Selektion und Stabilisierung von Regeln, beschreibt die Evolution des Systems als Prozess der Zunahme von (Eigen-) Komplexität.¹⁴⁸ Regeln führen zu einer Strukturierung von Handlungen und folglich zu einer Beschränkung der individuellen Freiheitsgrade¹⁴⁹ respektive des unendlichen Handlungsmöglichkeitenraums¹⁵⁰, jedoch befindet sich das System auf einem höheren Ordnungsniveau in einem neuen Fließgleichgewicht¹⁵¹; es werden Handlungen auf einem höheren Ordnungsniveau möglich.

Unternehmenszusammenschlüsse sind im systemtheoretischen Zusammenhang nichts anderes als die Reaktion auf eine turbulente Umwelt – den marktlichen Wettbewerbsprozess – und den damit verbundenen “Störungen“ aus der relevanten Systemumwelt – z. B. dem Marktsystem, dem Rechtssystem oder dem politischen System. Unternehmen bauen Eigenkomplexität auf, indem sie eine systemexterne Variation, z. B. durch Zusammenschluss, durchführen. Fusionen können also eine Strategie sowohl findiger als auch leistungsfähiger Unternehmer sein, solche Störungen zu bewältigen.

6.2 Wettbewerbsfreiheit und Regeln

Ist freier Wettbewerb möglich, so dient dieser u. a. als ein Entdeckungsverfahren¹⁵² gesellschaftlich verstreuter sachlicher, räumlicher und zeitlicher Präferenzen für Güter, Ressourcen und Dienstleistungen und somit auch Mediengüter wie z. B. Information. Diese Präferenzen werden über den Markt als Kommunikationsplattform¹⁵³ zwischen den Marktteilnehmern im Rahmen marktlicher Austauschprozesse

¹⁴⁶ Gesetz der erforderlichen Vielfalt Ashby, W.R. (1956), S. 202 ff.

¹⁴⁷ Vgl. Walterscheid, H. (2004), S. 12 ff.

¹⁴⁸ Vgl. zu diesen Zusammenhängen Röpke, J. (1977).

¹⁴⁹ Für einen Überblick zu Hayeks Auffassung von Freiheit siehe Gray, J.N. (1995).

¹⁵⁰ Vgl. Walterscheid, H. (2004), S. 50 ff.

¹⁵¹ In Anlehnung an Fuchs, H. (1973), S. 63 ff.

¹⁵² Hierzu siehe Hayek, F.A. v. (1969), S. 249 ff.

¹⁵³ Es werden Informationen im Zuge marktlicher Transaktionen getauscht.

transparent. Freiheit im Sinne der freiheitlichen Wettbewerbspolitik ist eine Freiheit unter Regeln, die aus der Internalisierung technologischer externer Effekte – also der Ausregelung von Störungen aus der relevanten Systemumwelt qua Regeln - entstammt.¹⁵⁴ Es handelt sich idealerweise um die Entwicklung wohldefinierter Handlungsrechte¹⁵⁵, die als gebündelte Verfügungsrechte exklusives Eigentum begründen.¹⁵⁶ Voraussetzung für eine freiheitliche Wettbewerbsordnung ist dann zum einen die Existenz allgemeiner Regeln¹⁵⁷, die eine gleiche, abstrakte und gewisse Durchsetzung von Handlungsverboten absichern. Zum anderen bedarf es einer solchen dezentralen, eigentumsrechtlichen Ausgangsverteilung, die gewährleistet, dass individuelle Eigentumsrechte nicht verwässert sondern internalisierend eingeschränkt werden.¹⁵⁸ Idealerweise werden dann in einem unendlichen Handlungsmöglichkeitenraum unerwünschte Handlungen durch Verbote, die als per se Verbotsregeln¹⁵⁹ formuliert werden, ausgeblendet.¹⁶⁰ Der individuelle Handlungsspielraum endet somit an der Grenze zu individuellen Handlungsspielräumen Dritter,¹⁶¹ wenn eine Schnittmenge mit technologischen externen Effekten behaftete ist.¹⁶² Die daraus in Korrespondenz mit der relevanten Systemumwelt idealerweise entstehende *erforderliche Vielfalt* an Handlungsmöglichkeiten als Ausdruck von Komplexität im Marktssystem ist Grundlage für Bewältigung von Störungen im Rahmen der Evolution des Systems¹⁶³ und Voraussetzung für eine effiziente Allokation knapper Güter, Ressourcen und Dienstleistungen bei optimalem Internalisierungsgrad¹⁶⁴. Der marktliche Wettbewerb

¹⁵⁴ Vgl. hierzu Wegehenkel, L. (1991).

¹⁵⁵ Vgl. Wegehenkel, L. (1980b), S. 236. Grundlegend siehe Commons, J.R. (1931), Demsetz, H. (1967) und Furubotn, E.G./S. Pejovich (1974).

¹⁵⁶ Vgl. Walterscheid, H. (2007), S. 101.

¹⁵⁷ Vgl. Hayek, F.A. v. (1971), S. 178 - 194 sowie später in Hoppmann, E. (1972), S. 68.

¹⁵⁸ Hierzu grundlegend als Übersicht Schmidchen, D. (1983) sowie Wegehenkel, L. (1991).

¹⁵⁹ Vgl. in Abgrenzung zum Rule of Reason-Standard Noll, B. (1986), S. 215 ff.

¹⁶⁰ Zur Qualität von Wettbewerbsregeln mit Blick auf eine optimale Differenzierung von Regeln siehe die Überlegungen von Christiansen, A./W. Kerber (2006).

¹⁶¹ Individuelle Freiheitsräume in Form exklusiven Eigentums werden unter Berücksichtigung der Reziprozität des Auftretens technologischer externer Effekte definiert. Vgl. auch Wegehenkel, L. (1980b), S. 31 ff.

¹⁶² In Anlehnung an Coase, R.H. (1960), S. 2 f. Ohne A kann B nicht gestört werden. Aber: Fühlt B sich durch die Aktivität von A nicht gestört, besteht keine Fremdbestimmtheit respektive Zwang, ein technologischer externer Effekt liegt – bedingt durch die Präferenzlage - nicht vor.

¹⁶³ Vgl. Kroll, B. (1999), S. 49.

¹⁶⁴ Zur Entstehung eines optimalen Internalisierungsgrades vgl. Wegehenkel, L. (1992).

beschreibt dann die Konkurrenz mindestens zweier Wirtschaftssubjekte (anbieter- oder nachfragerseitig) um dieselbe knappe Sache.¹⁶⁵ Bei geeigneten Spielregeln, dem ordnungsrechtlichen Rahmen, erfüllt der Wettbewerbsprozess als Konkurrenzspiel um knappe Güter, Dienstleistungen und Ressourcen die Funktionen¹⁶⁶

- der leistungsgerechten Verteilung der Einkommen,
- der Verteilung der Produktionsfaktoren auf ihre bestmöglichen Verwendungen (effiziente Allokation),
- der Kontrolle von Marktmacht,
- der Selektion leistungsunfähiger Wirtschaftssubjekte,
- des Anreizes von Innovationen.

Der Prozess der schöpferischen Zerstörung als Abfolge von Innovation, Imitation und Selektion führt zum Verbleib der leistungsfähigen Wirtschaftssubjekte im Wettbewerbsprozess und erzeugt spontane Ordnung¹⁶⁷. Wettbewerb als Entdeckungsverfahren fördert Innovationen auf der Grundlage einer Vielfalt von Informationen, die durch marktlichen Tausch im Zuge des Wettbewerbs für Dritte transparent werden. „The market system with well defined property rights *a priori* provides the entrepreneur with sufficient means and free scope to realize new fruitful ideas.“¹⁶⁸

Grundsätzlich ist bei freiem Marktzutritt¹⁶⁹ und einem hohen Internalisierungsgrad¹⁷⁰ das Auftreten technologischer externer Effekte durch Fusionen unwahrscheinlich, da der Wettbewerb seine Kontrollfunktion erfüllen kann. Aus diesem Zusammenhang leitet sich unschwer ab, dass präventive sowie auf konkrete Marktergebnisse abhebende Eingriffe in das Marktsystem eine Anmaßung von Wissen darstellen.¹⁷¹ Eine Fusions- und Wettbewerbskontrolle der beschriebenen Ausprägung nimmt demnach die Ergebnisse des Marktprozesses prophezeiend vorweg, die durch

¹⁶⁵ Diese Darstellung von Wettbewerb ist sehr verkürzt gefasst. Siehe ausführlicher die Ausführungen zu Wettbewerb bei Hayek, F.A. v. (1976), S. 122 ff.

¹⁶⁶ „Der Zweck der Wettbewerbsordnung ist, den Wettbewerb wirksam zu machen.“ Hayek, F.A. v. (1976), S. 146.

¹⁶⁷ Vgl. im Kontext Hayek, F.A. v. (1969), S. 169 - 198. Umfassend zu Hayeks spontaner Ordnung siehe Bouillon, H. (1991).

¹⁶⁸ Wegehenkel, L. (1984), S. 240.

¹⁶⁹ Strukturelle Marktzutrittsbarrieren sind für diese Betrachtung nicht relevant, solange ihre Existenz tatsächlich auf Leistungsfähigkeit beruht.

¹⁷⁰ Dieser impliziert die Abwesenheit von Rent-Seeking-Potenzialen.

¹⁷¹ Zur generellen Bedeutung von Wissen für ein Gesellschaftssystem siehe Hayek, F.A. v. (1945).

den Wettbewerbsprozess erst entdeckt werden sollen. Ein Abbau der Informationsasymmetrien durch die regulierenden Behörden dürfte prohibitiv hohe Kosten erzeugen.¹⁷² Das von der regulierenden Behörde angestrebte Ergebnis stellt sich nur bedingt ein.¹⁷³

Diese Überlegungen lassen sich unmittelbar auf die Frage der Meinungsvielfalt übertragen. Vorhandene Meinungsvielfalt entsteht im Mediensystem eines Gesellschaftssystems und wird erst dann für Dritte sichtbar, wenn Kommunikation stattfindet. Im dynamischen Prozess der Meinungsbildung in offenen Kommunikationssystemen geht es dann nicht nur um die Aufdeckung von Meinungen innerhalb des Mediensystems, sondern um die Identifikation solcher Meinungen, die die Wettbewerbsfähigkeit des Gesamtsystems stärken.¹⁷⁴

Meinungswettbewerb ist „ein Entdeckungsverfahren, mit dessen Hilfe diejenigen besonderen Meinungen erst entdeckt werden, die geeignet sind, das gesellschaftliche System (...) an Änderungen seiner Außenwelt anzupassen.“¹⁷⁵

Es ist naheliegend, dass diese Leistung nicht vom Staat sondern ausschließlich von den einzelnen Mitgliedern der Gesellschaft in Anhängigkeit von ihrem Bildungsniveau erbracht werden kann. Ebenso stellen Eingriffe des BKartA in die Marktstrukturentwicklung respektive den Prozess der Zunahme von Eigenkomplexität durch Unternehmenszusammenschluss eine staatlich verursachte Verwässerung wertvoller individueller Handlungsrechte der Unternehmen durch präventive Einschränkung der Vertragsfreiheit dar,¹⁷⁶ der keine Störungen aus der relevanten Systemumwelt zugrunde liegen, sondern lediglich die Vermutung über zukünftig auftretende, fusionsbedingte Störungen. Das eigentlich zu entdeckende Ergebnis einer Fusion in komplexen, historisch offenen Marktprozessen¹⁷⁷ und z. T. frühen

¹⁷² Im Marktprozess hingegen bewegen sich findige Arbitrageure, die solche Wissenslücken identifizieren und alternative Handlungsweisen entwickeln, die aus ihrer individuellen Sicht besser erscheinen als z. B. die von einer Behörde geforderten. Aus der Unwissenheit anderer und deren Erosion schöpft der Arbitrageur dann seine Entlohnung. Vgl. ähnlich Kirzner, I.M. (1978), S. 38 f.

¹⁷³ Hierzu siehe Röller, L.-H./ A. Strohm (2005) sowie Neven, D./L.-H. Röller (2002).

¹⁷⁴ Hierzu vgl. Hoppmann, E. (1988), S. 186 f.

¹⁷⁵ Hoppmann, E. (1988), S. 186.

¹⁷⁶ Vgl. Schmidtchen, D. (1983).

¹⁷⁷ Vgl. Aberle, (1992), S. 38.

Marktphasen¹⁷⁸ mit einem hohen Maß an Ungewissheit über weitere technologisch oder sonstig induzierte Entwicklungen¹⁷⁹ wird somit von den kontrollierenden Behörden als bekannt behandelt.

6.3 Das Teilzentralisierungsdilemma in der Wettbewerbspolitik¹⁸⁰

Gemäß einer freiheitlichen Wettbewerbspolitik erfolgt die Bewertung der Aktivitäten des Marktein- und -austritts sowie des Marktverhaltens im marktlichen Wettbewerb nach dem Kriterium technologischer externer Effekte und per se Verbotsregeln unter Anwendung allgemeiner Regeln. Bleiben die Funktionen des Wettbewerbs gewährleistet, besteht also die Abwesenheit technologischer externer Effekte und nicht strukturell bedingter Marktzutrittsbarrieren, liegt folglich kein Grund zur Entwicklung verbotender Regeln oder anderer restriktiver Eingriffe in das Marktgeschehen vor. Wettbewerb an sich ist dann das Ziel, nicht ein definierter Endzustand.¹⁸¹ Gemessen an der Auffassung über eine freiheitliche Wettbewerbspolitik sind regulierende Eingriffe der Fusionskontrolle gemäß §§ 35 ff. GWB i.V.m. § 19 GWB freiheitsgefährdend, da weitgehend Einzelfallentscheidungen gemäß dem Rule of Reason-Standard praktiziert werden, sofern nicht ein per se Verbot in einigen Bereichen¹⁸² diese Verfahrensweise erübrigt. Beliebige Ermessensspielräume¹⁸³ sowie die Abwesenheit allgemeiner Regeln und die fehlende Beachtung des Kriteriums der Existenz technologischer externer Effekte erzeugen Ineffizienzen, da Freiheitsgrade unnötig eingeschränkt werden und erhebliche Rechtsunsicherheit entsteht.

¹⁷⁸ So z. B. die Entwicklung des Online-Werbemarktes. Siehe Schmidt, H. (2006).

¹⁷⁹ Die Entwicklung auf Printmedienmärkten in den letzten Jahren zeigt, dass z. B. Fusionen Strategien zum Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit darstellen können. Vgl. hierzu Dewenter, R./U. Kaiser (2005).

¹⁸⁰ Aufgrund der handlungsrechtlichen Struktur in der Bundesrepublik Deutschland, die durch Fraktionierung und Teilzentralisierung wertvoller Handlungsrechte auf politische Repräsentanten in ihrer Rolle als Staatsvertreter gekennzeichnet ist, und gleichzeitig Veränderungen aus der symbiotischen Beziehung zwischen dem Rechtssystem und dem politischen System erfährt (Gesetze werden im politischen System generiert), können politische Repräsentanten wertvolle individuelle Handlungsrechte verwässern respektive Einfluss auf ihren Wert nehmen. Hierzu vgl. Schmidchen, D. (1983), Wegehenkel, L. (1991) sowie Walterscheid, H. (2004), S. 150 ff.

¹⁸¹ Konstruktivistische Wettbewerbspolitik dieser Ausprägung ist nicht vereinbar mit einer freiheitlichen Handlungsordnung. Hoppmann, E. (1973), 27 ff.

¹⁸² Z. B. das Verbot von Kartellen gemäß § 1 GWB, allerdings ohne die bestehenden Ausnahmeregelungen.

¹⁸³ So z. B. bei der Abgrenzung des relevanten Marktes nach dem Bedarfsmarktkonzept.

Mit Blick auf die erheblichen Ermessensspielräume der Behörden durch den Rule of Reason-Standard, der weitgehend sowohl auf Bundesebene als auch - im Zuge des „more economic approach“¹⁸⁴ - auf EU-Ebene von den Wettbewerbsbehörden praktiziert wird, sowie den Erkenntnissen über die Entstehung *erforderlicher Vielfalt*,¹⁸⁵ ist zu hinterfragen, ob zum einen unter verändertem Ordnungsrecht die prognostizierten Verhaltensweisen (potenziell) fusionierender Unternehmen tatsächlich eintreten und zum anderen die Effizienzverluste durch u. a. Rechtsunsicherheit, Informationsasymmetrien der beurteilenden Behörden, die Problematik um Entscheidungen des Fehlertyps 1. oder 2. Ordnung sowie der Verlust des Evolutionspotenzials nicht bei weitem durch die Vorteile einer durch hinreichend granulierte per se Verbotregeln¹⁸⁶ gekennzeichnete freiheitliche Wettbewerbspolitik kompensiert würden.

Denn die eigentliche Problemstellung für den marktlichen Wettbewerbsprozess resultiert nicht aus einer Fusion an sich. Diese ist im Laufe der Evolution von Marktssystemen und bei freiheitlichem Wettbewerb, wie bereits oben beschrieben, ein eher temporäres Phänomen. Vielmehr ist es der diskretionär-dirigistische Verteilungsspielraum politischer Entscheidungsträger und ihrer ausführenden Bürokratien, der Rent-Seeking-Aktivitäten¹⁸⁷ anreizt und zur Zementierung von Marktmacht¹⁸⁸ führen kann. Jeder Spielraum, der durch die, den Wettbewerb kontrollierenden, Behörden eröffnet wird, wirkt in teilzentralisierten Gesellschaftssystemen potenziell auf wertvolle Handlungsrechte der Wettbewerber und potenziellen Wettbewerber.¹⁸⁹ Dieser Sachverhalt macht anfällig für Begehrlichkeiten der Marktteilnehmer, partikuläre Vorteile¹⁹⁰ zu erzielen und individuell völlig rational Ressourcen aus der Aktivität des

¹⁸⁴ Kritisch hierzu Christiansen, A. (2005) sowie Schmidt, A. (2007) und Strohm, A. (2006).

¹⁸⁵ So können das Fehlen allgemeiner Regeln und eine daraus resultierende Rechtsunsicherheit Grund für die Zunahme an Unternehmensgröße und somit die Veränderung von Vielfalt sein.

¹⁸⁶ Nicht jedoch im Sinne von Fusionsverboten, denn per se Fusionsverbote verhindern, dass Unternehmen im Zuge der Entstehung von Mehrpersonenunternehmen die geeignete Komplexität annehmen, um im marktlichen Wettbewerb zu bestehen.

¹⁸⁷ Vgl. Buchanan, J.M./R.D. Tollison/G. Tullock (1980).

¹⁸⁸ Vgl. hierzu Witt, (1997), S. 257 ff.

¹⁸⁹ Vgl. Walterscheid, H. (2004), S. 194 ff. und die dort angegebenen Literatur. So wird die Anhörung der Beigeladenen im Fusionsverfahren als nicht unproblematisch erachtet, da es sich um Marktteilnehmer in den vom BKartA abgegrenzten Märkten handelt und diese nicht frei von Interessen sind. Siehe die Gruppe der Beigeladenen in BKartA (2006) S. 14 ff. Zur Problemstellung siehe übertragbar Daumann, F. (1999).

¹⁹⁰ Siehe auch Budzinski, O. (2000), S. 251 f.

Profit-Seeking in Aktivitäten des Rent-Seeking umzulenken.¹⁹¹ Große Unternehmen können dann ein Problem für den Wettbewerb darstellen, wenn das betreffende Gesellschaftssystem durch die Fraktionierung wertvoller Verfügungsrechtsbündel und Teilzentralisierung auf politische Repräsentanten eben diese Rent-Seeking-Potenziale eröffnet. So können partikuläre Interessen umso erfolgreicher gegenüber politischen Entscheidungsträgern verhandelt werden, desto stärker das politische Drohpotenzial durch die Marktmacht der betreffenden Unternehmen ist und desto sensibler diese Marktmacht auf das Stimmenmaximierungskalkül der politischen Entscheidungsträger wirkt. Die politische Bevorzugung solcher Marktteilnehmer, die Rent-Seeking betreiben, wirkt in Form technologischer externer Effekte auf die verbleibenden Marktteilnehmer. Allgemeine Regeln kommen nicht zur Anwendung, vielmehr besteht Diskriminierung und Ungewissheit.¹⁹² Evolutorische Prozesse im Marktsystem können aufgrund gewisser Irreversibilitäten und Pfadabhängigkeiten diese Störungen nur begrenzt ausregeln, so dass dann lock-in Effekte ein Teilzentralisierungsdilemma in der Wirtschaftspolitik erzeugen.¹⁹³

Müssen politische Entscheidungsträger und ausführende Bürokratien eine Wettbewerbspolitik realisieren, die im Rahmen der Rule of Law an per se Verbotsregeln, die nach allgemeinen Regeln durchgesetzt werden, gebunden ist und zudem ausschließlich der Internalisierung tatsächlich vorhandener technologischer externer Effekte dient, schwindet der Ermessenspielraum deutlich und Rent-Seeking-Aktivitäten führen nur zu mäßigem oder keinem Erfolg. Eine politische Zementierung der Marktmacht wäre dann weitgehend ausgeschlossen, da die Marktteilnehmer höhere Renten im marktlichen Wettbewerbsprozess mit der Aktivität des Profit-Seeking erzielen. Letztendlich bedingt die bereits durch die Verfassung bewirkte Teilzentralisierung eine solche symbiotische Beziehung zwischen dem politischen und rechtlichen Teilsystem, die politische Entscheidungsträger qua der ihnen obliegenden Gesetzgebung in die Lage versetzt, ihren diskretionär-dirigistischen Entscheidungsspielraum

¹⁹¹ Hierzu vgl. die Ausführungen März, T. (1990), S. 27. Grundlegend siehe Buchanan, J.M. (1980).

¹⁹² Gemessen an den allgemeinen Regeln erfolgt keine Gleichbehandlung der Wirtschaftssubjekte. Hierzu vgl. die Ausführungen von Schmidchen, D. (1983), insbesondere S. 11.

¹⁹³ Zu diesem Zusammenhang siehe Budzinski, O. (2000), S. 257.

aufgrund fehlender faktischer Gewaltenteilung weitgehend beliebig ausdehnen zu können.¹⁹⁴

Die offerierten Rent-Seeking-Potenziale verhindern im Rahmen eines kompetitiven Rent-Seeking per se und nicht nur auf Medienmärkten die Fähigkeit des marktlichen Wettbewerbsprozesses, eine effiziente Allokation von Gütern herbeizuführen.

7 Schlussbetrachtung

In Wirtschaftssystemen respektive Marktssystemen, die jeweils optimal internalisiert sind, entsteht zu jeweils einem bestimmten, beliebig kleinen Betrachtungszeitpunkt *erforderliche Vielfalt* als das Ergebnis eines evolutiven Prozesses des Zusammenspiels von Angebot und Nachfrage als Oszillation um ein imaginäres Gleichgewicht. Diese *erforderliche Vielfalt* ist dann eine Vielfalt aus Medien- respektive Kommunikationsinhalten wie z. B. Informationen, die sich in entsprechenden Märkten für Informationen (Unterhaltung, Meinungsäußerungen etc.) als gesellschaftliche Kommunikationsplattformen widerspiegeln und individuell optimale Bedürfnisbefriedigung ermöglichen können. Vielfalt wird also als ein Ergebnis evolutiver Prozesse verstanden. Ziel einer freiheitlichen Wirtschaftspolitik – insbesondere in regulierten Medienmärkten – kann also nicht die Definition einer bestimmten Vielfalt sein. Dies entspräche einer Anmaßung von Wissen. Vielmehr muss das Augenmerk wirtschaftspolitischer Anstrengungen auf den ordnungsrechtlichen Rahmen fokussieren und diesen nach den Kriterien allgemeiner Regeln derart gestalten, dass unerwünschte Handlungstypen per se verboten werden. Somit erfolgt eine solche Einschränkung der individuellen Freiheitsgrade, die Handlungen auf höherem Ordnungsniveau möglich macht und *erforderliche Vielfalt* erzeugt. Gleiches gilt für die Meinungsvielfalt im Mediensystem. Letztlich entsteht die zu schützende Meinungsvielfalt aus dem Wettbewerb vorhandener Meinungen in einer Gesellschaft und auf der Basis einer soliden gesellschaftlichen Bildung, die eine solche Selektion von Meinungen ermöglicht, die die Wettbewerbsfähigkeit des Gesamtsystems stärkt.

¹⁹⁴ Zum Problem der fehlenden Gewaltenteilung siehe bereits Hayek, F.A. v. (1981), S. 154 ff.

Im Fall des Fusionsbegehrens der Axel Springer AG mit der ProSiebenSat.1 Media AG weisen Medienmärkte aufgrund der Konvergenz der Medien und Medieninhalte, gekoppelt mit dem Phänomen des First Copy Cost Effekts und der Werbeplatz-Reichweiten-Spirale, eine natürliche Tendenz zur Konzentration auf. Zudem schaffen staatliche Entscheidungsträger durch Regulierung Marktstrukturen, wie in diesem Fall auf dem Fernsehmarkt, die Konzentration begünstigen.¹⁹⁵ Die Befürchtung der Verstärkung bereits bestehender Marktmacht allein aufgrund crossmedialer Effekte ist eine Anmaßung von Wissen über Ereignisse, die in der Zukunft liegen. Fusionen in konvergenten Medienmärkten können zudem konvergenzbedingt notwendige Geschäftsstrategien darstellen, um eine erforderliche, wettbewerbsfähige Unternehmensgröße mit hinreichender Risikostreuung zu erreichen und erklären somit auch Symmetrien in der Struktur von voneinander lernenden Unternehmen.

Das Kriterium technologischer externer Effekte im marktlichen Wettbewerbsprozess wird für die Bewertung des Fusionsbegehrens nicht herangezogen. Eine kritische Einbeziehung der staatlichen Regulierung der Sendelizenzen, Werbezeiten und Marktanteile auf dem Fernsehmarkt unterließ sowohl das BKartA als auch die KEK. Des Weiteren erfolgt eine Einzelfallabwägung im Rahmen des Rule of Reason-Standards mit Blick auf die absolute sowie relative Unternehmensgröße und stellt somit eine Diskriminierung bestimmter Unternehmen dar. Die beschriebene Verfahrensweise ist demnach nicht vereinbar mit der Anwendung allgemeiner Regeln. Im Ergebnis führt der Ermessensspielraum der kontrollierenden Behörden zu Rechtsunsicherheit bei zukünftigen Fusionsvorhaben¹⁹⁶ und befördert zudem Rent-Seeking-Aktivitäten.

Zusammenfassend empfiehlt es sich daher grundsätzlich, unerwünschte Verhaltensweisen durch per se Verbotsregeln, die den allgemeinen Regeln genügen, *nach* ihrem Auftreten und der Feststellung der Unerwünschtheit zukünftig zu verhindern. Per se Verbotsregeln beziehen sich dann auf sinnvoll granulierten Handlungen und

¹⁹⁵ Vgl. Wegehenkel, L. (1981), S. 146.

¹⁹⁶ Auf diesem Aspekt basiert die Klage der Axel Springer AG, die im September 2007 am OLG Düsseldorf zugelassen werden musste. Vgl. o.V. (2007). Ungeachtet dessen wird eine stärkere Anlehnung an den „more economic approach“ auf EU-Ebene und somit der verstärkte Einsatz des Rule of Reason-Standards in der deutschen Wettbewerbsaufsicht, insbesondere der Missbrauchskontrolle, diskutiert. Vgl. BKartA (2007b).

führen zur Internalisierung solcher technologischer externer Effekte, die den freien Wettbewerb *tatsächlich* verhindern.¹⁹⁷ Somit gewönne das Gesellschaftssystem nachhaltig an Komplexität und Selektionsresistenz im Systemwettbewerb.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Schlussfolgernd implizieren die in diesem Beitrag angerissenen Problemfelder im Grunde das Erfordernis einer Reform der Konzentrationskontrolle sowie der Wettbewerbskontrolle im Kontext einer übergeordneten, grundsätzlichen Reform des politischen und rechtlichen Teilsystems des Gesellschaftssystems.

¹⁹⁸ Vgl. Wegehenkel, L (1981), S. 143.

Literaturverzeichnis

- Aberle, G.* (1992): Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 2. Aufl., Stuttgart.
- Asbby, W. R.* (1956): Introduction to Cybernetics, London.
- Assheuer, Th.* (2004): Kopfsprung ins Seichte, in: Die Zeit, Nr. 3 im Internet am 15.10.2007 unter <http://www.zeit.de/2004/03/Fernsehen?page=1>.
- Bain, J.S.* (1956): Barriers to new competition, Cambridge (Mass.).
- Bain, J.S.* (1968): Industrial Organization, 2. Aufl., New York.
- Beck, H.* (2006): Medienökonomie – Märkte, Besonderheiten und Wettbewerb, in: Scholz, Ch. (Hrsg.): Handbuch Medienmanagement, Berlin, S. 221 – 237.
- Becker, G.S.* (1962): Investment in Human Capital: A Theoretical Analysis, in: Journal of Political Economy, 70, S. 9 – 49.
- Becker, G.S.* (1993a): Ökonomische Erklärung menschlichen Verhaltens, 2. Aufl., Tübingen.
- Becker, G.S.* (1993b): Human Capital, 3. Aufl., Chicago.
- Bender, G.* (1999): Cross-Media-Ownership. Multimediale Konzentration und ihre Kontrolle, in: Schriftenreihe Kommunikation und Recht, Bd. 1, Heidelberg.
- Bertalanffy, L. v.* (1951): Zu einer allgemeinen Systemlehre, in: Biologia Generalis. Archiv für die allgemeinen Fragen der Lebensforschung, 19, S. 114- 129.
- Bertalanffy, L. v.* (1956): General System Theory, in: Bertalanffy, L. v. (Hrsg.): General Systems. Yearbook of the Society for the Advancement of General Systems Theory, Bd. 1, Ann Arbor, S. 1 - 10.
- Bohne, M.* (2006): Cross-mediale Effekte in der Fusionskontrolle, in: Wettbewerb in Recht und Praxis, Jg. 52, 5, S. 540 - 547.
- Bonfadelli, H.* (1988): Lesen, Fernsehen und Lernen. Eine Studie über differentielle Kommunikationseffekte bei 15jährigen Zürcher Jugendlichen, in: Publizistik, 33(2-3), S. 437 - 455.
- Bouillon, H.* (1991): Ordnung, Evolution und Erkenntnis, Tübingen.
- Braun, G.* (1990): Massenmedien und Gesellschaft, Tübingen.
- Brummel, S.* (1999): Zur Konzentration im deutschen Fernsehsektor. Eine problemorientierte Analyse, Baden-Baden.
- Buchanan, J.M.* (1965): An Economic Theory of Clubs, in: Economica, 32, S. 1 - 14.

- Buchanan, J.M.* (1968): *The Demand and Supply of Public Goods*, Chicago.
- Buchanan, J.M.* (1980): *Rent-Seeking and Profit-Seeking*, in: *Buchanan, J.M./Tollison, R.D./Tullock, G.* (Hrsg.): *Toward a Theory of the Rent-Seeking Society*, College Station, Texas, S. 3 - 15.
- Buchanan, J.M./R.D. Tollison/G. Tullock* (1980)(Hrsg.): *Toward a Theory of the Rent-Seeking Society*, College Station, Texas.
- Buchanan, J.M./W.C. Stubblebine* (1962): *Externality*, in: *Economia* 29, S. 371 - 384.
- Budzinski, O.* (2000): *Wirtschaftspolitische Implikationen evolutorischer Ordnungsökonomik*, Marburg.
- BKartA* (2006): *Beschluss B6 - 103/05 bzw. B 6 - 92202 - Fa - 103/05 vom 19.01.06, „Axel Springer /ProsiebenSat1 Media“*, im Internet am 15.09.2007: <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion06/B6-103-05.pdf?navid=66>.
- BKartA* (2007a): *Formular zur Anmeldung eines Zusammenschlusses beim Bundeskartellamt*, im Internet am 15.09.2007: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/061005_Anmeldeformular_Gliederung_und_Anmerkungen.pdf
- BKartA* (2007b): *Wettbewerbsexperten diskutieren Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Wettbewerbsrecht*, Pressemeldung des Bundeskartellamtes vom 21.09.2007, im Internet am 10.10.2007: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/aktuelles/presse/2007_09_21.php
- Christiansen, A.* (2005): *Der „more economic approach“ in der EU-Fusionskontrolle – eine kritische Würdigung*, im Internet am 15.09.2007: <http://www.dbresearch.com/servlet/reweb2.ReWEB?rwkey=u35591000>.
- Christiansen, A./W. Kerber* (2006): *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of "per se Rules vs Rule of Reason"*, in: *Journal of Competition, Law and Economics*, Vol. 2, S. 215 - 244.
- Clapham, R.* (1981): *Das wettbewerbpolitische Konzept der Wettbewerbsfreiheit*, in: *Cox, H. et al* (Hrsg.): *Handbuch de Wettbewerbs*, München, S. 129 – 148.
- Coase, R.H.* (1937): *The Nature of The Firm*, in: *Economica*, 4, S. 386 – 404.
- Coase, R.H.* (1960): *The Problem of Social Costs*, in. *Journal of Law and Economics*, 3, S. 1 – 44.

- Commons, J.R.* (1931): Institutional Economics, in: *American Economic Review*, 21, S. 648 – 657.
- Conslík, J.* (1988): Optimization Cost, in: *Journal of Economic Behavior and Organization*, Vol. 9, S. 213 – 228.
- Daumann, F.* (1999): *Interessenverbände im politischen Prozeß*, Tübingen.
- Demsetz, H.* (1967): Toward a Theory of Property Rights, in: *American Economic Review*, 57, S. 347 – 373.
- Demsetz, H.* (1970): The private Production of Public Goods, in: *Journal of Law and Economics* 13, S. 293 - 306.
- Dewenter, R.* (2007): Das Konzept der zweiseitigen Märkte am Beispiel von Zeitungsmonopolen, *Medienwirtschaft Sonderheft 2007*, S. 6 – 14.
- Dewenter, R./U. Kaiser* (2005): Anmerkung zur ökonomischen Bewertung von Fusionen auf dem Printmedienmarkt, *Diskussionspapier Nr. 35*, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg, Fächergruppe Volkswirtschaftslehre, Hamburg.
- Eugster, J.* (2006): 'TV ein Medium der Alten?', in: *Online Marketing Report*, 31.03.2006, im Internet am 15.09.2007: <http://www.onlinemarketingreport.ch/20060331>
- Fechner, F.* (2004): *Medienrecht*, 5. Aufl., München.
- Fuchs, H.* (1973): *Systemtheorie und Organisation*, Wiesbaden.
- Furubotn, E.G./S. Pejovich* (1972): Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature, in: *Journal of Economic Literature*, 10, S. 1137 – 1162.
- Furubotn, E.G./S. Pejovich* (1974)(Hrsg.): *The Economics of Property Rights*, Cambridge, Mass.
- Geisendorf, S.* (2004): Der ökonomische Evolutionsbegriff, in: *Lehmann-Waffenschmidt, M./A. Ebner/D. Fornahl* (Hrsg.): *Institutioneller Wandel, Marktprozesse und dynamische Wirtschaftspolitik*, Marburg, S. 79 – 96.
- Gey, P.* (2004): *Potentieller Wettbewerb und Marktbeherrschung*, Baden-Baden.
- Gleich, U.* (2003): Crossmedia – Schlüssel zum Erfolg, in: *Media Perspektiven* 11/2003, S. 510 – 516, im Internet am 15.07.2007: http://www.ardwerbung.com/showfile.phtml/gleich_neu.pdf?foid=9429.

- Grau, C. /T. Hess* (2007): Kostendegression in der digitalen Medienproduktion: Klassischer First-Copy-Cost-Effekt oder doch mehr? in: Medienwirtschaft Sonderheft 2007, S. 26 – 37.
- Gray, J.N.* (1995): Freiheit im Denken Hayeks, Tübingen.
- Greifenberg, H./W. Zohlhböfer* (1984): Pressewesen, in: Oberender, P. (Hrsg.): Marktstruktur und Wettbewerb, München, S. 577 – 627.
- Hass, B. H.* (2007): Größenvorteile von Medienunternehmen: Eine kritische Würdigung der Anzeigen-Auflagen-Spirale, in: Medienwirtschaft Sonderheft 1/2007, S. 70 – 78, im Internet am 15.07.2007: <http://www.unikoblenz.de/FB4/Institutes/IfM/WorkingGroups/AGHass/Publications/anzeigen-auflagen-spirale.pdf>.
- Hayek, F.A. v.* (1945): The Use of Knowledge in Society, in: American Economic Review, 35, No 4, S. 519 – 530.
- Hayek, F.A. v.* (1969): Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze, Tübingen.
- Hayek, F.A. v.* (1971): Die Verfassung der Freiheit, Tübingen.
- Hayek, F.A. v.* (1976): Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, Salzburg.
- Hayek, F.A. v.* (1981): Recht, Gesetzgebung und Freiheit. Eine neue Darstellung der liberalen Prinzipien der Gerechtigkeit und der politischen Ökonomie, Bd. 3: Die Verfassung einer Gesellschaft freier Menschen, Landsberg a.L.
- Hayek, F.A. v.* (2002): Die Ursachen der ständigen Gefährdung der Freiheit, in: Vanberg, V. (Hrsg.): F. A. Hayek Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung, S. 63 – 68.
- Heuss, E.* (1965): Allgemeine Markttheorie, Tübingen-Zürich.
- Holzwarth, F.* (1985): Ordnung in der Wirtschaft durch Wettbewerb, Freiburg.
- Hoppmann, E.* (1966): Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 179, S. 286 – 323.
- Hoppmann, E.* (1972): Fusionskontrolle, Tübingen.
- Hoppmann, E.* (1973): Soziale Marktwirtschaft oder konstruktivistischer Interventionismus?, in: Tuchtfield, E. (Hrsg.): Soziale Marktwirtschaft im Wandel, Freiburg, S. 27 – 68.
- Hoppmann, E.* (1974): Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Baden-Baden.

- Hoppmann, E.* (1988): Meinungswettbewerb als Entdeckungsverfahren. Rundfunkordnung im Kommunikationsprozeß freier Meinungsbildung, in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.): Offene Rundfunkordnung. Prinzipien für den Wettbewerb im grenzüberschreitenden Rundfunk, Gütersloh, S. 163 – 198.
- Hotelling, H.* (1929): Stability in Competition, in: *The Economic Journal*, Vol. 39, 153, S. 41 – 57.
- Kirzner, I. M.* (1978): Wettbewerb und Unternehmertum, Tübingen.
- Knieps, G.* (2005): Wettbewerbsökonomie, 2. Aufl., Berlin-Heidelberg.
- Knothe, M.* (1999): Konvergenz der Medien – eine rechtliche Betrachtung, Bonn.
- KEK (Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich)* (2006): Beschluss vom 10.01.2006 - KEK 293-1, SAT.1 SatellitenFernsehen GmbH: Übernahme sämtlicher Anteile an der ProSiebenSAT.1 Media AG durch die Axel Springer AG, im Internet am 15.07.2007: <http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf>.
- Kracke, B.* (2001)(Hrsg.): Crossmedia-Strategien. Dialog über alle Medien, Wiesbaden.
- Krieb, M.* (2001): Medienkonvergenz und Unternehmensstrategie. Optionen zur branchenübergreifenden Bündelung von Medien- und Kommunikationsdiensten, Frankfurt a.M. u.a.O.
- Kroll, B.* (1999): Leistungsfähigkeit von Wirtschaftssystemen, Marburg.
- Kuchinke, B.A./J. Schubert* (2006): Der Beschluss des Bundeskartellamts in Sachen Springer – ProSiebenSat1, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jg. 56, Heft 5, S. 477 – 485.
- Lange, B.-P.* (2005): Die Übernahme von ProSiebenSat.1 durch den Axel-Springer-Konzern. Zu den Prüfungsverfahren beim Bundeskartellamt und der KEK, in: *Media Perspektiven* 11/2005, S. 546 – 557.
- Leipold, H.* (1988): Wirtschafts- und Gesellschaftssysteme im Vergleich. Grundzüge einer Theorie der Wirtschaftssysteme, Stuttgart.
- Lenel, H.O.* (1962): Ursachen der Konzentration, Tübingen.
- Lindahl, E.* (1994): Just Taxation – A Positive Solution, in: Musgrave, R.A./A.T. Peacock (Hrsg.): *Classics in the Theory of Public Finance*, London-New York, S. 168 – 176.

- Lobigs, F.* (2006): Medienmarkt und Medienmeritorik – Beiträge zur ökonomischen Theorie der Medien, Zürich, im Internet am 15.07.2007: <http://www.dissertationen.unizh.ch/2006/lobigs/diss.pdf>
- Mantzavinos, Ch.* (1994): Wettbewerbstheorie. Eine kritische Auseinandersetzung, Berlin.
- Mantzavinos, Ch.* (2001): Individuals, Institutions und Markets, Cambridge Mass..
- Mantzavinos, Ch.* (2004): Das institutionenökonomische-evolutionäre Wettbewerbsleitbild, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods 2004/1, Bonn, im Internet am 15.07.2007: http://webcluster.mpp-rdg.mpg.de/pdf_dat/2004_1online.pdf.
- März, T.* (1990): Interessengruppen und Gruppeninteressen in der Demokratie, Frankfurt a.M. u.a.O.
- Meffert, H.* (2000): Marketing - Grundlagen marktorientierter Unternehmensführung, Konzepte - Instrumente - Praxisbeispiele, 9. Aufl., Wiesbaden.
- Monopolkommission* (2006): 16. Hauptgutachten der Monopolkommission 2004/2005, im Internet am 15.07.2007: <http://dip.bundestag.de/btd/16/024/1602460.pdf>.
- Musgrave, R.A./P.B. Musgrave/L. Kullmer* (1990): Die öffentlichen Finanzen in Theorie und Praxis, Tübingen.
- Neven, D./L.-H. Röller* (2002), Discrepancies Between Markets and Regulators: An Analysis of the First Ten Years of EU Merger Control. Graduate Institute of International Studies, HEI Working Paper No. 10/2002, Genf.
- Never, H.* (2002): Meinungsfreiheit, Wettbewerb und Marktversagen im Rundfunk. Eine ökonomische Kritik der verfassungsrechtlich geforderten positiven Rundfunkordnung, Baden-Baden.
- Noll, B.* (1986): Wettbewerbs- und ordnungspolitische Probleme der Konzentration, Bayreuth.
- Olten, R.* (1995): Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, München.
- a.V.* (2005): Medienwächter sperren sich gegen Springers Pläne, in: Faz.Net, im Internet am 15.09.2007: <http://www.faz.net/s/RubE2C6E0BCC2F04DD787CDC274993E94C1/Doc~E9983800278194726A4671C5CF485C044~ATpl~Ecommon~Scontent.html>

- a.V.* (2007): Springer darf gegen das Bundeskartellamt klagen, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ), 26.09.2007, Nr. 224, S. 20.
- Pfähler, W. / H. Wiese* (1998): Unternehmensstrategien im Wettbewerb, Berlin-Heidelberg.
- Picard, R.G.* (1989): Media Economics. Concepts and Issues, Newbury Park.
- Pietrafß, M./B. Schmidt/R. Tippelt* (2005): Informelles Lernen und Medienbildung. Zur Bedeutung sozio-kultureller Voraussetzungen, in: Zeitschrift für Erziehungswissenschaft, Vol. 8, Nr. 3, S. 413 - 426.
- Radde, M./G. Frank/D. Baacke* (1998): Medienwelten – Medienorte, in: Horst Dichanz (Hrsg.): Handbuch Medien: Medienforschung. Konzepte, Themen, Ergebnisse, Bonn, S. 50-53.
- Rochet, J.-Ch./J. Tirole* (2004) : Two-Sided Markets: An Overview. im Internet am 15.07.2007: http://faculty.haas.berkeley.edu/hermalin/rochet_tirole.pdf.
- Rochet, J.-Ch./J. Tirole* (2005): Two-Sided Markets: A Progress Report, im Internet am 23.08.2006: http://idei.fr/doc/wp/2005/2sided_markets.pdf.
- Röller, L.-H./A. Strohm* (2005), Ökonomische Analyse des Begriffs „Significant Impediment to effective Competition“, in: Münchner Kommentar zum Wettbewerbsrecht, München.
- Röpke, J.* (1977): Die Strategie der Innovation. Eine systemtheoretische Untersuchung der Interaktion von Individuum, Organisation und Markt in Neuerungsprozeß, Tübingen.
- Säcker, F. J.* (2006): Die Kontrolle konglomerater Fusionen im Medienbereich: "Two shops stop the merger", in: Wirtschaft und Wettbewerb, Jg. 56, Heft 03, S. 223.
- Samuelson, P.A.* (1954): The Pure Theory of Public Expenditure, in: Review of Economics and Statistics, 36, S. 387 – 389.
- Samuelson, P.A.* (1955): Diagrammatic Exposition of a Theory of Public Expenditure, in: Review of Economics and Statistics, 37, S. 350 – 356.
- Schaarschmidt, U.* (2005): Cross-Promotion durch Medienkonglomerate. Schranken des Kartell- und Medienrechts, in: Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht, Bd. 44, Münster.
- Schmidt, A.* (2007): Wie ökonomisch ist der „more economic approach“ in der europäischen Wettbewerbspolitik, in: CeGe-report Februar 2007, Göttingen, S. 3.

- Schmidt, F.* (1998): Institutionelle Markteintrittsschranken, potentielle Konkurrenz und Unternehmerverhalten, Berlin.
- Schmidt, H.* (2006): *Online-Werbung schafft den Durchbruch*, in: FAZ.NET, im Internet am 15.07.2007: <http://www.faz.net/s/RubE2C6E0BCC2F04DD787CDC274993E94C1/Doc~E365C13F70E1C47A4879C2716BC18DC52~ATpl~Ecommon~Scontent.html>
- Schmidt, I.* (2005): Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. neu bearb. Aufl., Stuttgart.
- Schmidt, K.-E.* (1997): Gibt es einen Fernseh Zuschauermarkt im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen?, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Jg. 41,6, S. 472 – 478.
- Schmidtschen, D.* (1983): Property Rights, Freiheit und Wettbewerbspolitik, Tübingen.
- Schmidtschen, D.* (2006): Wettbewerbsfreiheit, Per se Verbote und die Rule of Reason – Anmerkungen zum institutionenökonomisch-evolutionären Wettbewerbsleitbild, CSLE-Discussion Paper 2006-04, im Internet am 15.07.2007: http://www.uni-saarland.de/fak1/fr12/csle/publications/200604_Wettbewerb.pdf.
- Schobf, F.* (1991): Renditeunterschied und Schumpetersche Entwicklung, Berlin.
- Schumpeter, J.A.* (1993): Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 7. Aufl., Tübingen.
- Sell, F.-W. v.* (1992)(Hrsg.): Verfassungsrecht und Rundfunk. Die sieben Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 1961 – 1991, Berlin.
- Shapiro, C. /H.R. Varian* (1999): Information Rules, Boston/Mass.
- Strohm, A.* (2006): International unterschiedliche Eingreifskriterien im Wettbewerbsrecht und ökonomische Konsequenzen, im Internet am 15.09.2007: <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/strohm1.pdf>
- Strohmeier, G.* (2006): Warum wir Rundfunkgebühren bezahlen, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Nr. 38, 18.09.2006, im Internet am 15.10.2007: <http://www.bundestag.de/dasparlament/2006/38/beilage/005.html>
- Tirole, J.* (1999): Industrieökonomik, 2. Aufl., München.
- TNS Infratest* (2006): Beurteilung der Rechenmethode der KEK zur Bestimmung von Meinungsmacht als Grundlage für die Ablehnung der Übernahme der ProSiebenSat.1 Media AG durch die Axel Springer AG, im Internet am 15.09.2007: http://www.blm.de/apps/press/data/gutachten_rechenmethode_kek.pdf.

- Varian, H.R.* (1995): Pricing Information Goods, Symposium on "Scholarship in the New Information Environment", Harvard.
- Varian, H.R.* (2007): Grundzüge der Mikroökonomie, 7. Aufl., München.
- Wagner, U./H. Theunert/Cb. Gebel/A. Lauber* (2004): Zwischen Vereinnahmung und Eigensinn – Konvergenz im Medienalltag Heranwachsender, München.
- Wallis, J.J./D.C. North* (1986): Measuring the Transaction Sector in the American Economy, 1870 – 1970, in: Engerman, St. L./R.E. Gallman (Hrsg.). Long-Term Factors in American Economic Growth, Chicago-London, S. 95 – 161.
- Walterscheid, H.* (2004): Sozioökonomische Evolution, Internalisierungserfordernisse und das Problem der Fraktionierung, Ilmenau.
- Walterscheid, H.* (2007): Exklusives Eigentum an geistigen Werken, das Recht auf Kopie und effiziente Allokation - Eine ökonomische Analyse, in: Fechner, F. (Hrsg.): Die Privatkopie, Ilmenau, S. 96 – 137.
- Wegehenkel, L.* (1980a): Transaktionskosten, Wirtschaftssystem und Unternehmertum, Tübingen.
- Wegehenkel, L.* (1980b): Coase-Theorem und Marktsystem, Tübingen.
- Wegehenkel, L.* (1981): Gleichgewicht, Transaktionskosten und Evolution, Tübingen.
- Wegehenkel, L.* (1984): Property Rights and Entrepreneurial Motivation, in: Leube, K.R./A.H. Zlabinger (Hrsg.): The Political Economy of Freedom. Essays in Honor of F. A. Hayek, München-Wien, S. 227 – 247.
- Wegehenkel, L.* (1991): Evolution von Wirtschaftssystemen und Internalisierungshierarchie, in: Wagner, H.J. (Hrsg.): Anpassung durch Wandel, Berlin, S. 101 – 137.
- Wegehenkel, L.* (1992): Die Internalisierung mehrdimensionaler externer Effekte im Spannungsfeld zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung, in: Wagner, G.R. (Hrsg.): Unternehmerische Risikopolitik und Umweltschutz, München, S. 319 - 335.
- Wilke, J.* (2002): Presse, in: Noelle-Neumann, E./W. Schulz/J. Wilke (Hrsg.): Das Fischer Lexikon Publizistik Massenkommunikation, akt., vollst. überarb. u. erg. Ausgabe. Frankfurt a. M., S. 422 - 459.
- Williamson, O.E.* (1990): Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, Tübingen.
- Willke, H.* (1993): Systemtheorie, 4. überarb. Aufl., Stuttgart-Jena.

Witt, U. (1997): Markteingriffe – eine prozeßorientierte Betrachtung, in: Schmid, H./T. Slembeck (Hrsg.): Finanz- und Wirtschaftspolitik in Theorie und Praxis, Bern, S. 245 – 270.

Witt, U. (2004): Evolution und Geschichte – die ungeliebten Bräute der Ökonomik, in: *Lehmann-Waffenschmidt, M./A. Ebner/D. Fornahl* (Hrsg.): Institutioneller Wandel, Marktprozesse und dynamische Wirtschaftspolitik, Marburg, S. 31 – 51.

**Aktuelle Diskussionen zum Zusammenschlussfall Sony/BMG
und der Klage von Impala:**

Eine wettbewerbsökonomische Würdigung

Dr. rer. pol. Björn A. Kuchinke^{*}, Thomas Henders^{**}

1	Einführung	159
2	Grundlagen zur Entscheidung und zur FKVO	160
	2.1 Novellierung der FKVO und wettbewerbsökonomischer Hintergrund	160
	2.2 Prüfung der Europäischen Kommission	165
3	Urteil des Gerichts erster Instanz	167
4	Ökonomische Analyse	170
	4.1 Überblick	170
	4.2 Analyse des Fehlertyps erster Ordnung	172
	4.3 Koordiniertes und nicht koordiniertes Verhalten in Oligopolmärkten	175
	4.4 Klagen Dritter gegen Kommissionsentscheidungen	178
5	Schlussbemerkungen	180
	Literaturverzeichnis	183

^{*} Wissenschaftlicher Assistent am Fachgebiet Wirtschaftspolitik des Instituts für Volkswirtschaftslehre an der Technischen Universität Ilmenau.

^{**} Angehender Dipl.-Kfm. für Medienwirtschaft an der Technischen Universität Ilmenau.

1 Einführung

Am 9. Januar 2004 gaben die Unternehmen BMG (Bertelsmann Music Group) und Sony Corporation of America bekannt, sich zu einem Joint Venture zusammenschließen zu wollen. Beide Unternehmen waren zu diesem Zeitpunkt weltweit tätige Plattenfirmen und gehörten zu den fünf größten Unternehmen der Branche, die auch als Majors bezeichnet werden.¹ BMG stellt die Musiksparte der Bertelsmann AG dar, dem größten europäischen Medienkonzern.² Im Jahr 2004 konnte BMG einen Weltmarktanteil im Bereich bespielter Tonträger von etwa 11 Prozent für sich verbuchen. Sony Music, dem japanischen Sony Konzern angehörend, kam vor der Fusion auf einen Marktanteil von 14 Prozent.³ Das Joint Venture verengt das Oligopol damit auf vier Anbieter, vereinigt einen Weltmarktanteil von ca. 25 Prozent auf sich und rückt damit zum zweitgrößten Anbieter auf.⁴ Im Juli des Jahres 2004 wurde die Fusion durch die Entscheidung der europäischen Kommission genehmigt.⁵

Neben den Majors gibt es auf dem Markt für bespielte Tonträger eine große Anzahl kleinerer⁶ unabhängiger Wettbewerber. Etwa 2.500 dieser Labels haben sich zu einem gemeinsamen Verband zusammengeschlossen, der sich Independent Music Companies Association (Impala) nennt.⁷ Am 4. Dezember 2004 klagte Impala vor dem Gericht erster Instanz (EuG) gegen die Genehmigung der Europäischen Kommission und erhob Vorwürfe in der Weise, dass die Kommission erhebliche Fehler bei der Prüfung des Fusionsvorhabens gemacht haben soll. Es wurde die Aufhebung der Entscheidung verlangt. Das Gericht entsprach letztendlich der Bitte von Impala nach einem beschleunigten Verfahren und kam am 13. Juli 2006 zu einem Urteil, in dem die Entscheidung aus dem Jahre 2004 und damit die Freigabe der Fusion aufge-

¹ Vgl. Boldt, 2004, S. 69. Auf die fünf größten Gesellschaften entfielen im Jahr 2004 etwa 75 Prozent des weltweiten Umsatzes auf dem Tonträgermarkt.

² Vgl. Europäische Gericht erster Instanz (EuG), 2006b, o. S.

³ Vgl. Boldt, 2004, S. 69. Nach wie vor ist Universal-Music, die in die französische Wvendi-Universal-Gruppe eingegliedert ist, mit knapp 26 Prozent Marktführer der Musikbranche.

⁴ Der Zusammenschluss bezieht sich auf die Bereiche Artist & Repertoire (A & R), vergleichbar mit dem Bereich „Forschung und Entwicklung“ in alternativen Industrieunternehmen.

⁵ Vgl. Kommission, 2004c, o. S.

⁶ „Klein“ bedeutet in diesem Fall mit geringen Marktanteilen.

⁷ Zu einem Überblick vgl. Independent Music Companies Association (Impala), 2007.

hoben wurde.⁸ Die Fusion ist dann gemäß Art. 10 Abs. 5 Fusionskontrollverordnung (FKVO) erneut von der Kommission zu prüfen.⁹

Im vorliegenden Beitrag erfolgt eine wettbewerbsökonomische Einschätzung des Falles Sony/BMG vor dem Hintergrund der Kommissionsentscheidung sowie des Urteiles des Gerichts erster Instanz. Hierzu wird in Kapitel 2 zunächst ein Überblick über die Neuerungen und die aktuellen wettbewerbsökonomischen Diskussionen bezüglich der FKVO gegeben, die in Zusammenhang bzw. als Hintergrund insbesondere für die Gerichtsentscheidung zu sehen sind. Es folgt eine kurze Darstellung der Entscheidung¹⁰ der Europäischen Kommission. In Kapitel 3 wird darauf folgend das Urteil des Gerichts erster Instanz vorgestellt. Die ökonomische Analyse erfolgt in Kapitel 4. Es wird hierbei auf zentrale, ausgewählte Argumente eingegangen, die das Gericht als Kritik am Vorgehen der Kommission vorgebracht hat und eine wettbewerbsökonomische Einordnung vorgenommen. Der Beitrag schließt in Kapitel 5 mit Schlussbemerkungen.

2 Grundlagen zur Entscheidung und zur FKVO

2.1 Novellierung der FKVO und wettbewerbsökonomischer Hintergrund

Mit der Reformierung der FKVO und der ergänzenden Durchführungsverordnung¹¹ im Jahre 2004 hat sich die Herangehensweise der EU-Behörden in Bezug auf

⁸ Vgl. Boldt, 2004, S. 69.

⁹ Das Fusionsvorhaben wurde der Kommission erstmals im Januar 2004 zur Prüfung vorgetragen. Aus diesem Grund muss auch eine zweite Prüfung nach der Fusionskontrollverordnung (FKVO) durchgeführt werden, die zu diesem Zeitpunkt, also im Januar 2004, gültig war. Vgl. Verordnung Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 30.6.1997. Grundlage des laufenden Verfahrens ist aber die gegenwärtige, aktuelle Marktsituation. Vgl. Kommission, 2007a, o. S.

Den beiden Unternehmen wurde nach der Nichtigkeitsentscheidung eine einwöchige Frist eingeräumt, die notwendigen Dokumente erneut einzureichen, auf deren Basis die Prüfung stattfinden kann. Zeitgleich legte Sony/BMG Berufung gegen das Gerichtsurteil ein und erreichte somit einen Zeitaufschub in Bezug auf die Gültigkeit des Urteils. Vgl. o. V., 2006a, o. S.

Am 3. Oktober 2007 gab die Kommission ihre Entscheidung bekannt, den Zusammenschluss beider Unternehmen erneut, d.h. in einer zweiten Entscheidung, zu genehmigen, da für die relevanten Märkte keine negativen Folgen zu erkennen seien. Vgl. Kommission, 2007b, o. S. Der Text dieser zweiten Entscheidung liegt zum aktuellen Zeitpunkt, d.h. bei der Bearbeitung dieses Artikels, noch nicht vor. Es existieren lediglich Pressemitteilungen. Die zweite Entscheidung der Europäischen Kommission kann in diesem Artikel daher leider nicht berücksichtigt werden.

¹⁰ Hier wie im Folgenden ist immer die erste Entscheidung der Kommission gemeint. Vgl. FN 9.

¹¹ Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 7. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

Unternehmenszusammenschlüsse in einigen Bereichen geändert.¹² Noch im Jahr 1997 bescheinigte die deutsche Monopolkommission in ihrem Hauptgutachten - trotz punktueller Änderungen - die Funktionsfähigkeit der FKVO.¹³ Ein Umdenken in der Kontrolle von Zusammenschlussvorhaben wurde im Jahr 2002 eingeleitet, als durch das EuG gleich drei Untersagungsentscheidungen (sog. „schwarze Serie“) der Kommission aufgehoben wurden.¹⁴ Hauptkritikpunkt war in allen drei Fällen eine unzureichende Sorgfalt bei der Beurteilung.¹⁵

In einem dieser Fälle, im Fall *Airtours*, befasste sich die Europäische Kommission beispielsweise mit dem Vorhaben des britischen Pauschalreiseanbieters *Airtours*, das konkurrierende Unternehmen *First Choice* zu übernehmen, und untersagte das Vorhaben. Das Gericht kam jedoch zu einer anderen Entscheidung und stellte hierzu fest, dass die Begründung der Kommission zu einer marktbeherrschenden Stellung nicht stichhaltig ist. In seinem Urteil stellt das Gericht drei Voraussetzungen heraus, die eine Entstehung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung begründen.¹⁶ Demnach ist erstens zunächst Markttransparenz erforderlich, durch welche die im relevanten Markt agierenden Teilnehmer Einblicke in das Handeln der Konkurrenten bekommen können. Nur so können homogene Verhaltensweisen (sog. „koordinierte Effekte“) entstehen.¹⁷ Darüber hinaus müssen zweitens Retorsionsmaßnahmen, also Möglichkeiten zur Sanktionierung vorhanden sein, die die Marktteilnehmer vor abweichendem Verhalten abschrecken. Zuletzt muss drittens sichergestellt sein, dass dieses Vorgehen nicht durch aktuelle oder potenzielle Konkurrenten bzw. durch Konsumenten auf diesem oder auf anderen Märkten gestört wird. Die genannten Kriterien sind ökonomisch unterschiedlich einzuordnen: Während sich die ersten

¹² Verordnung Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 20.01.2004.

¹³ Vgl. Monopolkommission, 1997, S. 280.

¹⁴ T-342/99–*Airtours v Commission*, 06.06.2002; T-310/01–*Schneider Electric v Commission*, 22.10.2002; T-5/02–*Tetra Laval v Commission*, 25.10.2002; vgl. ferner *Bartosch*, 2006, S. 730. Der Fall *Schneider Electric* verschärft die Wirkung von Fehlentscheidungen der Kommission erheblich. Nachdem das Zusammenschlussverbot zwischen dem französischen Unternehmen mit dem *Le Grand* Konzern aufgehoben wurde, stellte der EuG Schadenersatz in Höhe von zwei Drittel des Schadens in Aussicht. Diesen Schaden soll die Fehlentscheidung der Kommission verursacht haben. Auch *Tetra Laval* hat bereits Klage eingereicht.

¹⁵ Vgl. *Christiansen*, 2002, o. S.

¹⁶ Vgl. *EuG*, 2002, o. S.

¹⁷ Siehe dazu Kapitel 4.3.

beiden auf den Binnenwettbewerb beziehen, umfasst das dritte den Außenwettbewerb.¹⁸

Das Gericht kritisierte in seinem Urteil in erheblichen Umfang die Begründung der Kommission im Hinblick auf die ökonomische Herangehensweise einerseits, als auch auf den Umgang mit Beweismitteln andererseits.¹⁹ Mit der Novellierung der FKVO wurden diese Kritikpunkte aufgegriffen und stärker als zuvor ein industrieökonomisch geprägtes Vorgehen in die Fusionskontrolle implementiert. Mithilfe ökonomischer Datenauswertung, spieltheoretischer Modelle und anderer ökonomischer Methoden soll auch eine Annäherung an die amerikanische Wettbewerbspraxis vollzogen und die Kommissionsentscheidungen auf eine fundierte ökonomische Basis gestellt werden. Unter dem Stichwort „Post-Chicago“ soll ökonomische Effizienz vermehrt als Leitbild der Wettbewerbspolitik dienen, wobei hierbei eine Orientierung an die Vorstellungen der Chicago School erfolgt, die ab den siebziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts die Konsumentenwohlfahrt als primäres Ziel wettbewerbspolitischer Eingriffe postulierte.²⁰ Effizienzverbesserungen bei Zusammenschlüssen können sich beispielsweise aus Skalenvorteilen (economies of scale²¹), aus Fixkostendegression oder aus Verbundvorteilen im Bereich des Managements ergeben.²² Im Fokus der Betrachtung stehen alle damit verbundenen Konsumenteninteressen wie Produktvielfalt, niedriges Preisniveau und technologische Neuerung bei Beibehaltung einer hohen Wettbewerbsintensität.²³

Eine wesentliche Neuerung in der europäischen Fusionskontrolle ist der veränderte Prüfungsmaßstab, der sich im neu verfassten Art. 2 Abs. 3 FKVO widerspiegelt. Demnach sind solche Zusammenschlüsse zu untersagen, „[...] durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde [...]“.²⁴ Dieses neu verfasste Eingreifkriterium soll im

¹⁸ Vgl. Weidenbach/Leupold, 2006, S. 436. Der hier im Vordergrund stehende Fall Impala verdeutlicht jedoch, dass die Airtours-Kriterien nicht nur, wie bei den Gerichtsentscheidungen des Jahres 2002, zugunsten der fusionierenden Unternehmen ausgelegt werden können, sondern auch zu deren Lasten. Vgl. Frenz, 2006, S. 545.

¹⁹ Vgl. Christiansen, 2006, S. 151 f.

²⁰ Vgl. Schmidtchen, 2006a, S. 6. ; siehe zum Wohlstandsstand Stroh, 2007, Rn 8 ff.

²¹ Vgl. Carlton/Perloff, 2000, S. 35 ff.; Kerber, 2003, S. 336 f.

²² Siehe zu Effizienztypen und Effizienzgewinnen Böge/Jakobi, 2005, S. 114 f.

²³ Vgl. Monti, 2001.

²⁴ Art. 2 Abs. 3 FKVO.

Gegensatz zur alten Gesetzesfassung auch negativ wirkenden, einseitigen Verhaltensweisen von Unternehmen gerecht werden. Eine derartige Differenzierung zwischen sog. koordinierten und nicht koordinierten Effekten war bislang nicht explizit vorgesehen.²⁵ In diesem Zusammenhang ist der SIEC-Test („Significant Impediment to Competition Test“) zu nennen, der dem angloamerikanischen SLC-Test („Substantial Lessening of Competition Test“) angenähert ist.²⁶ Der SLC-Test beinhaltet eine Vor- und Nachuntersuchung des Marktes, die eine wesentliche Verminderung des Wettbewerbs durch den Zusammenschluss prüfen soll.²⁷ Im Sinne des Effizienzkriteriums soll die Kommissionsentscheidung auf Einzelfallprüfungen (sog. „rule of reason“) ausgerichtet sein, wodurch Fehlertypen erster und zweiter Ordnung sowie deren Fehlerkosten vermindert werden können.²⁸ „Per se“-Verbote dagegen werden im Bereich der Fusionskontrolle abgelehnt und finden zudem in der Praxis keine Anwendung.²⁹ Bei der Entscheidung, ob ein Fusionsvorhaben untersagt wird oder nicht, muss nun verstärkt eine Abwägung im Sinne des konkreten Falls und nicht im Sinne allgemeingültiger Regeln stattfinden.³⁰ Bereits das Airtours-Urteil greift die Forderung nach einer einzelfallorientierten Prüfung in Verbindung mit stichhaltigen Beweisen in Bezug auf die Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung auf und bezieht sich hierbei auf die Kali+Salz Entscheidung aus dem Jahr 1998.³¹

In der Frage nach einer Ausrichtung in Richtung „rule of reason“ und an die bereits erwähnte Anlehnung an das US-amerikanische Recht ist eine interessante Entwicklung zu beobachten. Wird zunächst der Wortlaut der Section 2 Sherman Act berücksichtigt, so sind dort eine Reihe von Tatbeständen vorzufinden, die zunächst als „per se“-Verbote ins Auge fallen. Bei einem Vergleich dieser Regelungen mit der gängigen Rechtsprechung der US-Gerichte ist jedoch zu erkennen, dass bei der Gesetzesanwendung eher eine Form einer „rule of reason“ vorzufinden ist, die das „per

²⁵ Vgl. Emmerich, 2006, Rn. 55 ff.; vgl. hierzu außerdem Kapitel 4.3.

²⁶ Eine zunehmende Konvergenz zwischen europäischem und US-amerikanischem Recht mag aus politisch motivierter Perspektive heraus vor allem für die amerikanische Seite interessant erscheinen, da sich künftig internationale Zusammenschlüsse mehr und mehr den US-Regeln unterwerfen. Ökonomisch gesehen ist diese Entwicklung nicht abschließend einzuschätzen.

²⁷ Vgl. Schmidt, 2005a, S. 193.

²⁸ Vgl. Schmidt, 2006, S. 8 f.; siehe dazu auch Kapitel 4.2.

²⁹ Vgl. Knieps, 2005 S. 132.

³⁰ Vgl. Schaarschmidt, 2005, S. 236.

³¹ Vgl. Kommission, 2002a, Rn. 63; EuGH v. 31.03.1998 – Rs. C-68/94 und C-30/95, Slg. 1998, I-1375 ff., „Kali+Salz“, Rn. 222.

se“ auf dem Papier mittlerweile verdrängt hat.³² Diese Entwicklung wurde schon in den ersten drei Jahrzehnten des Bestehens des Sherman Acts vorangetrieben.³³ Mittlerweile hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass es wenige Verhaltensweisen gibt, denen pauschal eine wettbewerbsbehindernde Wirkung unterstellt werden kann. Der „more economic approach“ als neues Leitbild der europäischen Wettbewerbspolitik greift mit dem eingeschlagenen Weg der Einzelfallprüfung genau diese Erkenntnis auf.³⁴

Die Neuausrichtung der Fusionskontrolle in der EU geht allerdings auch mit einem nicht unerheblichen Mehraufwand für die Kommission einher, da nun umfangreiche Studien und Analysen herangezogen werden sollen. In Bezug auf die Kosten-Nutzen-Abwägung wird teilweise kritisiert, dass die Kosten in einem Missverhältnis zum Nutzen stehen.³⁵ Ob dieser Befürchtung gefolgt werden kann, ist nicht eindeutig, da die Kosten eines Verfahrens nach „rule of reason“ nicht unbedingt höher sein müssen als die Kosten eines Verfahrens gemäß einer „per se“-Regel.³⁶

Im Zusammenhang mit den Entscheidungsregeln muss auch die Frage der Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen thematisiert werden. Während eine „per se“-Regel eine eher verlässliche Wirkung entfaltet, birgt die „rule of reason“ ein gewisses Risiko, da die betreffenden Unternehmen das Ergebnis der Behörde - aufgrund der Einzelfallentscheidung und dem damit womöglich verbundenen Ermessensspielraum der Behörde in Bezug auf die prognostizierten Marktverhältnisse - nicht abschätzen können. Potenziell regulierende Eingriffe seitens der Wettbewerbsbehörde können somit bereits im Vorfeld wohlfahrtsmindernd wirken, wenn aufgrund einer risikoaversen Haltung der Unternehmen u. U. auch solche wettbewerbslichen Aktivitäten unterlassen werden, die im Sinne des europäischen Wohlfahrtskriteriums die Konsumentenwohlfahrt erhöhen.³⁷ Sind nicht-wettbewerbskonforme Handlungen in Form allgemeiner Regeln definiert, so entfallen unsichere Zukunftseinschätz-

³² Vgl. Schmidtchen, 2006b, S. 19.

³³ Vgl. Scherer/Ross, 1990, S. 318 f.

³⁴ Vgl. Schmidtchen, 2006b, S. 23; ; Schmidt, 2006, S. 3; siehe dazu Kapitel 4.1.

³⁵ Vgl. Christiansen, 2005, S. 292 f.

³⁶ Vgl. Wood, 1993, S. 887 ff. Diese Aussage widerspricht nicht der Tatsache, dass die Kosten bei einer „rule of reason“ häufig höher sind als die Kosten eines Verfahrens gemäß einer „per se“-Regel.

³⁷ Vgl. Strohm, 2005, S. 11.

zungen und die Sicherheit bzw. Vorhersehbarkeit der Wettbewerbsteilnehmer erhöht sich.³⁸

Nicht zuletzt wegen der Unsicherheiten in Bezug auf die Beweisanforderungen bei der Prüfung von Marktbeherrschung durch die Kommission kommt die neue FKVO in die Kritik. So sei eine Zusammenschlussprüfung in stark konzentrierten Oligopolmärkten durchaus mit dem neuen Bewertungsmaßstab in Einklang zu bringen. Bei gemäßigt konzentrierten Oligopolmärkten, wie etwa dem Markt für Tonträger, sei dies dagegen eher nicht der Fall. Dies lässt sich auch an den Problemen der Kommission verdeutlichen, eine Marktbeherrschung im Fall Sony/BMG stichhaltig darzulegen. Sie unterlag darüber hinaus offensichtlich auch der Versuchung, den Argumenten der Parteien während der Anhörung zu folgen, um den Zusammenschluss aufgrund des Zeitdrucks fristgerecht freizugeben.³⁹

2.2 Prüfung der Europäischen Kommission

Die Kommission befasste sich von Februar bis Juli 2004 mit der Analyse des geplanten Zusammenschlusses der Unternehmen BMG und Sony Music. Zuständig war in diesem Fall die Europäische Kommission, da die Kriterien des Art. 1 (2) FKVO erfüllt waren und demnach der Fusion eine gemeinschaftsweite Bedeutung beigemessen wurde.⁴⁰ Eine Genehmigung seitens der amerikanischen Wettbewerbsbehörden war nicht notwendig.⁴¹

Zunächst scheiterte der erste Fusionsversuch: Die Europäische Kommission erteilte am 18. Mai 2004 eine Abmahnung, weil sie eine marktbeherrschende Stellung feststellte. Ebenso habe es kollusives Verhalten, also Parallelverhalten ohne konkrete Vereinbarung bereits in der Vergangenheit gegeben. Dieses Verhalten würde sich nach einer Fusion noch verstärken. Die Unternehmen ließen der Kommission eine Fülle von Informationen bezüglich Preis und Preisentwicklung in der Vergangenheit zukommen. Die Parteien erklärten darüber hinaus, dass bestimmte geheime Handels-

³⁸ Vgl. Hoppmann, 1972, S. 82 f. Regeln dieser Art bilden sich nach Ansicht von Hoppmann evolutiv, d. h. im Laufe der Zeit anhand von Präzedenzfällen, die das Recht im Zeitverlauf ungeplant und unbewusst weiterentwickeln; vgl. dazu Hoppmann, 1972, S. 66 f.

³⁹ Vgl. Bartosch, 2006, S. 733.

⁴⁰ Das Verfahren wurde gemäß Art. 6 (1c) FKVO eingeleitet.

⁴¹ Vgl. Logan et al., 2005, S. 67.

rabatte auf dem Musikmarkt üblich seien, so dass die effektiven Preise sich von den Katalogpreisen unterscheiden. Markttransparenz, die ein Parallelverhalten begünstigt, sei dadurch nicht gegeben.⁴²

Nach einer Anhörung beider Parteien am 15. und 16. Juni 2004 gab die Kommission ihre Vorbehalte auf und erklärte am 24. Juli 2004, dass die geplante Fusion doch mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei und gestattete das Vorhaben. Durch die Fusion wurde insofern die weltweit zweitgrößte Plattenfirma zugelassen. Die Zusammenschlussaktivitäten wurden bereits im August 2004 abgeschlossen.⁴³

Den relevanten Produktmarkt definierte die Kommission als den Markt für alle bespielten Tonträger.⁴⁴ Von der Kommission wurden im Fall Sony/BMG drei relevante Märkte festgestellt, die aus der räumlichen und sachlichen Abgrenzung resultieren: Den Markt für bespielte Tonträger, den Markt für Online-Musik und den Markt für Musikverlagswesen.⁴⁵ Da die Bertelsmann AG den Verkauf ihrer Musikverlagssparte BMG Music Publishing anstrebte, und dieser Bereich in der Kommissionsentscheidung sowie im Urteil des EuG eine eher untergeordnete Rolle spielt, wird dieser Markt im Folgenden nicht weiter betrachtet.⁴⁶

Der räumliche Markt im Bereich gespielter Tonträger wird von der Kommission national abgegrenzt.⁴⁷ Als Gründe werden hierbei die unterschiedlichen, nationalen Käuferpräferenzen und Preisniveaus sowie die unterschiedliche Organisationsstruktur der Plattenfirmen in den Mitgliedsstaaten genannt.⁴⁸

Zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss wurde die Entwicklung der durchschnittlichen Nettogroßhandelspreise zwischen den Majors herangezogen, die nach Ansicht der Kommission Aufschluss darüber geben können, ob Preisabsprachen stattgefunden haben.⁴⁹ Hierbei waren neben heterogenen Rabattsystemen gewisse Parallelen in der Preisentwicklung der einzelnen Unternehmen zu erkennen. Für den Beweis koordinierten Verhaltens seien diese allerdings

⁴² Vgl. Kommission, (2004a), Rn. 150.

⁴³ Vgl. o. V., 2006b, o. S.

⁴⁴ Vgl. Löffler, 2001, Rn. 85.

⁴⁵ Vgl. Murschitz, 2006, S. 232; Aigner/Budzinski/Christiansen, 2007, S. 10.

⁴⁶ Die Ausklammerung des Verlagsgeschäfts aus dem Joint Venture wird auch als Entgegenkommen gegenüber der Kommission betrachtet. Vgl. Daniel, 2006, S. 158.

⁴⁷ Vgl. Kommission, 2004a, Rn. 9.

⁴⁸ Vgl. Kommission, 2004a, Rn. 15.

⁴⁹ Vgl. Kommission, 2004a, Rn. 70.

nicht ausreichend. Auch die Untersuchung der Listenpreise sowie der gewährten Rabatte brachte kein gegenteiliges Ergebnis und stützte die These der Marktintransparenz. Weiterer Prüfungsbestandteil im Hinblick auf eine marktbeherrschende Stellung war die Homogenität der Produkte, die Markttransparenz und die Sanktionsmöglichkeiten, da diese für die Frage der kollektiven Marktbeherrschung von elementarer Bedeutung sind.⁵⁰ Eine Existenz geeigneter Sanktionsmöglichkeiten in vergangener Zeit konnte durch die Kommission nicht ermittelt werden.⁵¹

Eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss konnte die Kommission insgesamt nicht feststellen, da die geprüften Sachverhalte diesbezüglich keine Anhaltspunkte ergaben.⁵² Die Reduzierung der Marktteilnehmer im Oligopol von fünf auf vier würde die Marktsituation nach Meinung der Kommission nicht wesentlich verändern.⁵³ Es wurden allerdings Hinweise gefunden, dass die Bertelsmann AG ihre Möglichkeit der vertikalen Integration genutzt und als Rundfunkbetreiber das konzerneigene Unternehmen BMG gegenüber anderen Konkurrenten bevorzugt behandelt hat. Jedoch wurde auch hierbei keine wettbewerbsgefährdende Entwicklung erkannt oder gesehen.⁵⁴

Die Kommission stufte den Markt für Onlinemusik zum Zeitpunkt der Untersuchung als national ein und argumentiert mit dem länderspezifischen Umgang mit Lizenzen. Jedoch wurde auch hier eine gewisse Dynamik festgestellt, die die Situation im Laufe der Zeit durchaus verändern könnte. Im Ergebnis wird eine marktbeherrschende Stellung in diesem Markt von der Kommission verneint.⁵⁵

3 Urteil des Gerichts erster Instanz

Im Zuge der Klage von Seiten der Vereinigung unabhängiger Labels (Impala) gegen die Kommissionsentscheidung befasste sich das EuG bis Juli 2006 mit dem Sachverhalt und gab der Klage am 13. Juli 2006 statt.⁵⁶ Bei der Falluntersuchung konzentrierte sich das Gericht auf die von Impala angeführten Prüfkriterien des

⁵⁰ Vgl. Murschitz, 2006, S. 233.

⁵¹ Vgl. Kommission, 2004a, Rn. 118.

⁵² Vgl. Kommission, 2004a, Rn. 154.

⁵³ Vgl. Kommission, 2004a, Rn. 159 ff.

⁵⁴ Vgl. Kommission, 2004a, Rn. 162 f.

⁵⁵ Vgl. Kommission, 2004a, Rn. 32 ff.

⁵⁶ Vgl. EuG, 2006b, o. S.; Frenz, W., 2006, S. 545.

Airtours-Urteils.⁵⁷ Das Urteil muss im Kontext mit den bereits erwähnten Gerichtsentscheidungen betrachtet werden, bei denen das Gericht ebenfalls die zu Grunde liegenden Sachverhalte sowie ökonomischen Argumentationen und in der Folge die Zusammenschlussversagungen der Kommission aufhob.⁵⁸ Bezüglich des hier zu diskutierenden Falles Sony/BMG handelt es sich dabei um den ersten Fall, bei dem das EuG eine Zusammenschlussgenehmigung der Europäischen Kommission wieder aufhob. Zur Begründung der Entscheidung zur Klage von Impala führte das Gericht die unzureichende Argumentationsgrundlage der Kommission an, auf der die Entscheidung beruht.⁵⁹ Gleichzeitig legte das Gericht strengere Kontrollmaßstäbe an und folgte dem allgemeinen Trend früherer Rechtsprechung hin zu ökonomisch fundierten Entscheidungen.

Wenn der Argumentation der Kommission konsequent gefolgt würde, d. h. , dass der Musikmarkt aufgrund unterschiedlicher Interpretationen und Käuferpräferenzen als heterogen betrachtet werden kann, könnte es nach Ansicht des Gerichtes niemals zu einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich immaterieller und informationsbasierter Güter kommen.⁶⁰ Eine marktbeherrschende Stellung setzt schließlich die Homogenität und damit die Austauschbarkeit bzw. Nicht-Austauschbarkeit voraus.

Im Rahmen der Analyse einer von der Kommission unterstellten Markttransparenz kam das Gericht zu der Auffassung, dass sich diese Behauptung auf eine unzureichende und unvollständige Datenbasis stützt. Wesentliche Daten, die zur Klärung des Sachverhaltes hätten beitragen können, wurden nicht herangezogen.⁶¹

Darüber hinaus wurde der Vorwurf erhoben, dass sich die Kommission zu sehr auf das von den Parteien zur Verfügung gestellte Datenmaterial gestützt habe und zu wenig unabhängige Experten zurate gezogen hätte. Dieses Fehlverhalten geschah hauptsächlich im Zusammenhang mit der Preis- und Rabattgestaltung.⁶² Eine unabhängige und fundierte Einschätzung der ökonomischen Folgerungen aus dem Zusammenschluss ist somit fraglich.

⁵⁷ Vgl. Frenz, 2006, S. 545.

⁵⁸ Vgl. Aigner/Budzinski/Christiansen, 2007, S. 18.

⁵⁹ Wohl aus diesem Grund wurde die Nichtigkeitsentscheidung in der Presse auch salopp als „Luxemburger Ohrfeige“ bezeichnet. Vgl. o. V., 2006d, S. 11.

⁶⁰ Vgl. EuG, 2006a, Rn. 61.

⁶¹ Vgl. EuG, 2006b.

⁶² Vgl. EuG, 2006a, Rn. 345 und 415.

Weiter führte das Gericht an, dass sich die Kommission bei der Analyse von potenziellen Vergeltungsmaßnahmen lediglich auf die Vergangenheit stützt und solche Vorkommnisse nicht feststellen konnte, was als eindeutige Fehlanwendung der Air-tours-Kriterien bezeichnet wurde. Aus der genannten Rechtsprechung ergebe sich, dass nicht nur die reale Existenz, sondern allein die potenzielle Möglichkeit solcher Sanktionsmaßnahmen ausreicht, um die Versagung des Zusammenschlusses in Betracht zu ziehen. Es reiche nicht aus, sich darauf zu berufen, dass Vergeltungsmaßnahmen in der Vergangenheit nicht nachgewiesen werden konnten. Darüber hinaus bestätigte das Gericht derartige Möglichkeiten der Vergeltung. Bei firmenübergreifenden Plattenkompilationen bestehe durchaus die Möglichkeit, abtrünnige Konkurrenten auszuschließen. Aber selbst die Prüfung vergangener Vergeltungsmaßnahmen ist nach Ansicht des Gerichts unzureichend durchgeführt worden, da die Kommission in der mündlichen Anhörung keine Prüfungsmaßnahmen in diese Richtung vorbringen konnte. Jede dieser beiden angeführten Verhaltensweisen der Kommission sei isoliert betrachtet in der Lage, die Entscheidung der Kommission abzulehnen.⁶³

In Bezug auf eine marktbeherrschende Stellung wies das Gericht darauf hin, dass die Analyse einzelfallorientiert und auf Basis solider Daten stattfinden müsse. Eine zukunftsbezogene und nicht nur auf die Vergangenheit ausgerichtete Betrachtung sei notwendig.⁶⁴

Das Gericht erhebt grundlegend den Vorwurf, dass bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ungenügende Analysen vorgenommen worden seien und die Entscheidung nicht ausreichend begründet wurde.⁶⁵ Es argumentiert auf Basis der Beurteilungskriterien nach Art. 2 FKVO (alt) und der Begründungspflicht nach Art. 23 EG-Vertrag (EG) und stellte hierdurch massive Bewertungs- und Rechtsfehler fest.⁶⁶

Das Gericht kritisierte auch die These der Kommission, dass die Markttransparenz in Bezug auf Preisnachlässe an die Groß- und Einzelhändler nicht ausreichend vorhanden war, um Parallelverhalten zu begünstigen. Der Kommission war nämlich

⁶³ Vgl. EuG, 2006b.

⁶⁴ Vgl. Aigner/Budzinski/Christiansen, 2007, S. 15.

⁶⁵ Vgl. EuG, 2006a, Rn. 528.

⁶⁶ Vgl. EuG, 2006a, Rn. 31.

durchaus bewusst, dass in der Musikbranche regelmäßig Veröffentlichungen stattfinden, aus denen die Preisgestaltung der Unternehmen für jedermann ersichtlich ist.⁶⁷

4 Ökonomische Analyse

4.1 Überblick

Bei der Klage von Impala müssen zunächst die spezifischen Sachverhalte hervorgehoben werden, die eine Rolle im Rahmen einer ökonomischen Analyse spielen können. Hierzu gilt es erstens zu bemerken, dass dieser Fall ein Novum in der europäischen Rechtsprechung ist, da ein zuvor genehmigter Zusammenschluss einer ökonomischen Beurteilung durch das EuG nicht standhielt und somit (zumindest aktuell) ein sog. Fehler erster Ordnung vorliegt.⁶⁸

Zweitens ist dieser Fall insofern interessant, als dass hierbei mögliches Parallelverhalten in Oligopolmärkten eine Rolle spielt und in diesem Zusammenhang auch die reformierte FKVO zu sehen ist. Hinter dem Begriff „more economic approach“ verbirgt sich eine Neuausrichtung in der europäischen Wettbewerbspolitik, die gemeinsam mit der Rechtsprechung der letzten Jahre eine Abkehr von der formaljuristischen hin zu einer „ökonomischeren“ Herangehensweise mit sich bringt.⁶⁹ Im Sinne von Schmidtchen (2006b) kommt es also - hart und in extremer Weise formuliert - dazu, dass durch einen „wirkungsbasierten Ansatz“ eine Ausrichtung am Einzelfall vorgenommen wird, anstatt die Schwächung der Wettbewerbssituation anhand standardisierter Prinzipien abzuleiten.⁷⁰ Zum Ersten wird hier das Ziel verfolgt, die Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen zu verbessern, welches durch eine erhöhte Transparenz in Folge der Nutzung ökonomischer Modelle erreicht werden soll.⁷¹ Ob die Rechtssicherheit faktisch dadurch erhöht wird, kann allerdings angezweifelt werden.⁷² Der Fall Sony/BMG gibt einen Einblick in die konkrete Anwen-

⁶⁷ Vgl. Kommission, 2004a, Rn. 113.

⁶⁸ Vgl. Christiansen, 2006, S. 160 f.

⁶⁹ Siehe z. B. EuG, T-342/99 – *Airtours v Commission*. Letztendlich handelt es sich bei der Zusammenschlusskontrolle oder bei einer Entscheidung des EuG grundsätzlich immer um einen juristischen Akt, wenn auch die Inhalte der Entscheidungen nunmehr einer differenzierten, ökonomischen Analyse und Begründung unterliegen.

⁷⁰ Vgl. Schmidtchen, 2006b, S. 19.

⁷¹ Vgl. Christiansen, 2005, S. 287.

⁷² Vgl. Christiansen, 2006, S. 157 f.; siehe Kapitel 2.1.

dung einer „ökonomisierten“ Handhabung der Zusammenschlusskontrolle⁷³ im Sinne des „more economic approach“ und gleichzeitig Aufschluss über die Defizite dieser neuartigen wettbewerbspolitischen Ausrichtung.⁷⁴ Zum Zweiten wird durch die neu geschaffenen Bewertungsleitlinien die Orientierung der Fusionskontrolle am Effizienzkriterium, genauer gesagt an der Orientierung der Konsumentenwohlfahrt, erweitert.⁷⁵ An vorderster Stelle steht hierbei der Preis als Indikator für die Konsumentenrente.⁷⁶ Die Beweislast für potenzielle Effizienzvorteile liegt zunächst bei den Unternehmen.⁷⁷

Drittens ist zu erkennen, dass durch das EuG im Fall der Klage von Impala die Ansprüche an die Darlegungspflichten abgemildert wurden, während die Gerichtsentscheidungen vor 2006 eine gewisse Verschärfung der Beweisführung zur Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung seitens der Kommission hervorbrachte. Den Airtours-Kriterien kann die Kommission bereits durch Indizien und Vermutungen im Hinblick auf kollektive Marktbeherrschung gerecht werden, was den Beurteilungsspielraum tendenziell vergrößert, allerdings nur zum Nachweis einer bereits bestehenden kollektiven Marktbeherrschung.⁷⁸ Der Entstehungsnachweis dagegen wird weiterhin anhand der Airtours-Kriterien geprüft.⁷⁹ Ob das Impala-Urteil diesbezüglich eine konsequente Fortentwicklung darstellt ist strittig, da einerseits die Darlegung von Vermutungen und Indizien lediglich als Hilfestellung oder Ergänzung, andererseits aber auch als Dissonanz zur früheren Rechtsprechung betrachtet wird.⁸⁰ Als Novum an sich wird allerdings die Tatsache gesehen, dass durch den EuG bei der Klage durch Impala überhaupt eine Unterscheidung zwischen der Schaffung und der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung stattfindet, welches einen separaten Nachweis beider Sachverhalte erfordert. Das bedeutet, dass erstens der Status Quo analysiert und zweitens die zukünftigen Marktgegebenheiten prognostiziert werden müssen, um eine kollektive Marktbeherrschung nachzuweisen. Diese, im Zuge des

⁷³ Vgl. Christiansen, 2006, S. 160 f.

⁷⁴ Vgl. Schmidt, 2006, S. 16 ff.

⁷⁵ Vgl. Europäischer Rat, 2004b, Leitlinien, Rn. 76-88.

⁷⁶ Vgl. Strohm, 2006, Rn. 10.

⁷⁷ Hierbei sind auch die Einschätzungen von externen Dritten zu erwähnen, die an Gewicht gewonnen haben. Letztlich liegt die Beweislast vor Gericht bei der Europäischen Kommission.

⁷⁸ Vgl. Bartosch, 2006, S. 732; EuG, 2006a, Rn. 251.

⁷⁹ Vgl. Weidenbach/Leupold, 2006, S. 436.

⁸⁰ Vgl. Bartosch, 2006, S. 733; Weidenbach/Leupold, 2006, S. 436.

Impala-Urteils durchgeführte Anreicherung bzw. Ergänzung der bis dahin bestehenden Rechtsprechung, wurde in der Literatur als „Impala-Test“ bezeichnet und steht für den auf Basis von Vermutungen und Indizien begründeten Nachweis einer bereits bestehenden kollektiven Marktbeherrschung.⁸¹ Das EuG nennt in seinem Urteil beispielhaft einige Sachverhalte, die als Alternative zu einem eindeutigen Beweis eine derartige Marktbeherrschung nahe liegend erscheinen lassen.⁸² Diese Neuerung stellt einen möglicherweise verbesserten Marktbeherrschungsnachweis dar, doch gerade das Vermutungskriterium „sonstige typische Merkmale“ lässt der Kommission einen nicht zu unterschätzenden Ermessensspielraum zukommen, denn hierbei ist eine Vielzahl von Merkmalen denkbar. Zusammen mit den anderen denkbaren Indizien kann dies zu einer Grundhaltung der Kommission führen, die im Zweifel einen Zusammenschluss eher zu untersagen geneigt ist und sich somit von der Tetra-Laval-Entscheidung absetzt.⁸³

4.2 Analyse des Fehlertyps erster Ordnung

Bei der Überprüfung von Fusionsentscheidungen der Europäischen Kommission ist, insbesondere ex post, eine abweichende ökonomische Einschätzung grundsätzlich möglich. Erfolgt eine Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens durch die Kommission, während eine Analyse nach ökonomischen Gesichtspunkten für eine Untersagung der Fusion sprechen würde, kommt es zu einer ungerechtfertigten Freigabe, die als Fehlertyp erster Ordnung bezeichnet wird. Im umgekehrten Fall, also einer Kommissionsentscheidung, die eine Fusion untersagt, obwohl sie aus ökonomischer Sicht unbedenklich oder sogar sinnvoll wäre, entsteht ein Fehlertyp zweiter Ordnung.⁸⁴ Bei beiden Fehlertypen wird ein Wohlfahrtsoptimum verfehlt.

Nach Williamson (1968) kann ein Unternehmenszusammenschluss unter dem Gesichtspunkt positiver Effekte auf die Effizienz und den daraus entstehenden gesellschaftlichen Wohlfahrtsgewinnen betrachtet werden.⁸⁵ In den 1960er Jahren hat diese

⁸¹ Vgl. Weidenbach/Leupold, 2006, S. 435 f.

⁸² Vgl. EuG, 2006a, Rn. 252.

⁸³ Vgl. Weidenbach/Leupold, 2006, S. 437.

⁸⁴ Vgl. Christiansen, 2006, S. 160.

⁸⁵ Ein Hauptproblem des Modells ist jedoch, dass dieses statisch ist und insofern keine dynamischen Effizienzgewinne analysiert werden können.

Betrachtungsweise von Williamson als sog. „Trade-off-Modell“ Einzug in die Wirtschaftswissenschaft gehalten. Ein Fehler erster Ordnung führt unter diesen Umständen zu einem direkten Wohlfahrtsverlust während ein Fehler zweiter Ordnung eine durch die Kommission vorenthaltende Wohlfahrtssteigerung mit sich bringt.⁸⁶ Als problematisch ist jedoch anzusehen, dass zukünftige Effizienzeffekte bzw. -erhöhungen nicht hinreichend antizipiert werden können. Hierzu zählt auch das Problem, ob die fusionierenden Unternehmen zukünftig potenzielle Effizienzspielräume tatsächlich nutzen.⁸⁷

Die gesamtwirtschaftlichen Kosten eines Fehlers erster Ordnung werden als höher eingestuft als die Kosten eines Fehlers zweiter Ordnung.⁸⁸ Die Wettbewerbsveränderung durch eine Fusionsgenehmigung wird generell als gravierender angesehen, da bei einer Versagung zumindest der Status quo beibehalten wird.⁸⁹ Analog kann auch angenommen werden, dass die negativen Folgen einer ökonomisch ungerechtfertigten Fusionsfreigabe größer sind, als bei der Untersagung einer ökonomisch unbedenklichen Fusion.

Über die Wahrscheinlichkeit, dass es künftig zu Fehlern erster oder zweiter Ordnung kommt, wird kontrovers diskutiert. Einerseits kann argumentiert werden, dass durch die novellierte FKVO und der implementierten, stärker ökonomisch ausgerichteten Herangehensweise derartige Fehler vermieden werden. Andererseits wird ein Zielkonflikt zwischen der umfangreichen ökonomischen Einzelfallprüfung und dem wirksamen Wettbewerbsschutz gesehen. Anstatt die Beweisanforderung bei unsicheren Zukunftsprognosen zu verringern, fordert das Gericht hierbei eine verstärkte Analyse von der Kommission. Dieser Sachverhalt wird als widersprüchlich betrachtet und kritisiert, denn durch umfassende Beweisführungen steigt der Grad an Unsicherheit für die prüfende Kommission an, so dass nach dem juristischen Grundsatz „Im Zweifel für die Freiheit“ eine Entscheidung zugunsten der Fusion ausfallen könnte,

⁸⁶ Vgl. Christiansen, 2006, S. 160.

⁸⁷ Vgl. Christiansen, 2006, S. 161 f. Im Vorfeld kann dies wieder zu einem Fehlertyp erster Ordnung führen. Empirische Untersuchungen haben überdies ergeben, dass in den letzten zwei Jahrzehnten 50 bis 70 Prozent der weltweit prognostizierten Effizienzgewinne aus Zusammenschlüssen nicht realisiert worden sind. Vgl. Deutscher Bundestag, 2004, S. 10. Vgl. zu Effizienzgewinnen auch Röller/Stennek/Verhoven (2001).

⁸⁸ Vgl. Röller/Friederiszick, 2004, S. 18. Vgl. Christiansen, 2006, S. 161 f.

⁸⁹ Vgl. Frenz, 2007, S. 139.

selbst dann, wenn diese zu einer marktbeherrschenden Stellung führt.⁹⁰ Die Wahrscheinlichkeit eines Fehlers zweiter Ordnung würde absinken, da unproblematische Zusammenschlüsse davon profitieren. Die Häufigkeit von Fehlern erster Ordnung allerdings würde dagegen steigen, denn auch solche Zusammenschlüsse profitieren von der „Freigiebigkeit“ der Kommission in ökonomischen Zweifelsfällen.⁹¹ Die höhere Beweisanforderung seitens der Kommission verstärkt diesen Effekt noch einmal.

Aus dem Blickwinkel der Public Choice-Theorie kann die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde als politischer Prozess erfasst und analysiert werden, der dem Einfluss von Wählern und anderen Interessengemeinschaften ausgesetzt ist.⁹² In diesem Zusammenhang kann die Frage gestellt werden, in wie weit ein derartiger Einfluss auf die Europäische Kommission möglich ist. Je „unabhängiger“, einflussfreier eine Zusammenschlussprüfung von politischen Interessen durchgeführt werden kann, desto eher können diskretionäre, der „rule of reason“ entsprechende Entscheidungen getroffen werden. Eine für jedermann geltende „per se“-Regel schützt eine politisch verflochtene Kartellbehörde dagegen vor auftretender Einflussnahme. Dies spricht gegen die „rule of reason“.⁹³

Außerdem muss erwähnt werden, dass Entscheidungen der Kommission auch vom Verhalten der fusionierenden Parteien während des Verfahrens abhängen, da diese zum Nachweis eventueller Effizienzvorteile verpflichtet sind. Unternehmen, die in der Lage sind, gute Daten zu präsentieren und darüber hinaus über ein positives Image, eine hohe gesellschaftliche Reputation, eine regelmäßig gute mediale Präsenz sowie über politischen Einfluss verfügen, werden besser womöglich gestellt als Unternehmen, die Derartiges nicht aufweisen.

Abschließend muss der Schluss gezogen werden, dass der Fall Sony/BMG einen Fehler erster Ordnung darstellt, vorausgesetzt der Verdacht des EuG ist begründet und die Fusion erhöht ohne anschließende Aufhebung die Gefahren einer marktbeherrschenden Stellung. Wäre es zu einer solchen Situation gekommen und das Joint Venture Sony/BMG hätte die Oligopolsituation unilateral oder auch kollusiv, also

⁹⁰ Vgl. Schmidt, 2005b, S. 877.

⁹¹ Vgl. Schmidt, 2005b, S. 877.

⁹² Vgl. Baum, 1982, S. 913 f.

⁹³ Vgl. Baum, 1982, S. 917.

zusammen mit den übrigen Konkurrenten, durch überdurchschnittliche Preiserhöhungen genutzt, hätte dies zu direkten Wohlfahrtsverlusten geführt.

4.3 Koordiniertes und nicht koordiniertes Verhalten in Oligopolmärkten

Das weltweite Tonträgergeschäft kennzeichnet sich dadurch, dass dieselben Oligopolisten in allen Ländern den größten Teil des Marktes unter sich aufteilen.⁹⁴ Demnach liegt eine relativ enge Oligopolstruktur vor. Wird das Wettbewerbsverhalten der wenigen marktanteilstarken Marktteilnehmer analysiert, müssen auch strategische Verhaltensweisen in die Betrachtung mit einbezogen werden. Das bedeutet, dass zwischen den Handlungen der potenziell konkurrierenden Unternehmen Interdependenzen bestehen können. Das Verhalten von Wettbewerbern fließt also unter Umständen in die Handlungsentscheidung des betrachteten Unternehmens oder der jeweils anderen Unternehmen mit ein.⁹⁵

In Oligopolmärkten können neben „klassischen“ Kartellvereinbarungen Verhaltensweisen unter den konkurrierenden Unternehmen auftreten, die als „koordinierte Effekte“ bezeichnet werden.⁹⁶ Gemeint ist damit z. B. ein stillschweigendes Parallelverhalten bezüglich Produktpreis oder Angebotsmenge, welches nicht explizit durch Absprachen i. S. d. Art. 81 EG hervorgerufen wird. Die Unternehmen haben hierbei den Anreiz, überhöhte Preise festzusetzen bzw. geringere Mengen anzubieten, um den Gewinn zu maximieren.⁹⁷ Mitentscheidend für ein solches Parallelverhalten ist ähnlich wie in der üblichen Kartelltheorie auch, ob und inwieweit ein Zwang für einzelne Unternehmen besteht, sich an dem gemeinsamen Verhalten zu beteiligen. Liegen insbesondere Sanktionsmöglichkeiten vor, die z. B. darin bestehen können, dass Firmen langfristig unterboten werden und folglich vom Markt verschwinden, dann werden die Unternehmen sich parallel verhalten.

Aus Sicht des Nachfragers ergibt sich aus diesem Verhalten ein Quasimonopol, also eine kollektive Marktbeherrschung. Eine solche kollektive Marktbeherrschung wurde zum ersten Mal im Jahre 1992 als Ausgangspunkt für eine Untersagungsents-

⁹⁴ Dies sind Sony, BMG, EMI und Universal. Vgl. o. V., 2006a, o. S.

⁹⁵ Vgl. Röller/Strohm, 2005, Rn. 29.

⁹⁶ Vgl. Emmerich, 2006, Rn. 55.

⁹⁷ Vgl. Ivaldi et al., 2003, S. 17 f.

scheidung verwendet.⁹⁸ Entwicklungen dieser Art können auf Märkten stattfinden, bei denen die Wettbewerber als relativ symmetrisch anzusehen und gleichzeitig hohe Markteintrittsbarrieren vorhanden sind.⁹⁹ Eine exakte Voraussage, inwieweit eine Fusion aufgrund der Marktverengung eine stillschweigende Koordination hervorruft oder begünstigt, ist auf Basis der verfügbaren Marktdaten meist nicht möglich.¹⁰⁰

Im Unterschied zu koordinierten Effekten wird unter nicht koordinierten Effekten (auch „unilaterale Effekte“ genannt) die Veränderung der Wettbewerbssituation durch den Wegfall eines Konkurrenten durch Fusionierung verstanden. Durch koordinierte als auch durch nicht koordinierte Verhaltensweisen können Preise entstehen, die über dem Wettbewerbsniveau liegen.¹⁰¹ Es kann dem fusionierten Unternehmen durch die Verengung des Oligopols eventuell auch möglich sein, sich ohne Rücksicht auf die übrigen Marktteilnehmer völlig unabhängig zu verhalten. Unilaterale Effekte sind grundsätzlich in solchen Märkten zu vermuten, bei denen der Wettbewerb zwischen den fusionierenden Unternehmen hoch ist und das nächstgeeignete Substitutionsprodukt weit entfernt ist bzw. dem Markt in nicht ausreichender Menge zur Verfügung steht.

Die Kommission untersuchte den Markt für bespielte Tonträger auf unilaterale Effekte. Mit dieser Abgrenzung machte die Kommission die Möglichkeit zunichte, die Machtverhältnisse der Unternehmen in den jeweiligen Angebotsbereichen zu beleuchten. Aus wettbewerbsökonomischer Perspektive wäre hierbei eine weitere Untergliederung des Marktes womöglich notwendig gewesen, um dieser Problematik gerecht zu werden.¹⁰² Außerdem hätte die Tatsache, dass die Kommission keine stillschweigende Koordination erkennen konnte, die Vermutung von nicht-kollusiven Verhaltensweisen verstärken müssen. Ob die Vermutung begründet ist, kann allerdings nicht abschließend beantwortet werden.¹⁰³

Bei der Prüfung der Klage von Impala sieht das EuG die Gefahr nicht koordinierter Verhaltensweisen und verweist auf die Preisgestaltung der Unternehmen in der Vergangenheit. Dabei betont das EuG, dass eine marktbeherrschende Stellung auch

⁹⁸ Vgl. Kommission, 1992b.

⁹⁹ Vgl. Röller/Friederiszick, 2004 S. 11.

¹⁰⁰ Vgl. Ivaldi et al., S. 25 f.

¹⁰¹ Vgl. Motta, 2004, S. 118 f.

¹⁰² Vgl. Murschitz, 2006, S. 233 f.

¹⁰³ Vgl. Murschitz, 2006, S. 235.

dann anzunehmen ist, wenn es keine Hinweise auf hinreichende Markttransparenz gibt.¹⁰⁴ Es kommt nach Meinung des Gerichts nicht darauf an, ob ein koordiniertes Verhalten im Oligopol erleichtert wird. Wesentlich ist vielmehr, ob die Transparenz erhöht und dadurch eine marktbeherrschende Stellung ermöglicht werden kann.¹⁰⁵ Eine Markttransparenz auf diesbezüglich hinreichendem Niveau ist nach Meinung der Richter gegeben. Gerade in Bezug auf die Preis- und Rabattpolitik sei nach Angaben der von der Kommission befragten Abnehmer hinreichendes Marktwissen bei den Majors vorhanden.¹⁰⁶ Trotz der Tatsache, dass Tonträger aufgrund unterschiedlicher Nachfragepräferenzen als heterogen betrachtet werden, deuten Faktoren, wie etwa die Preisentwicklung in der Vergangenheit, darauf hin, dass in den letzten sechs Jahren eine stillschweigende Koordination unter den Oligopolteilnehmern stattgefunden hat. Trotz gesunkener Nachfrage befänden sich die Preise zudem auf einem stabilen Niveau. Es kann daher vermutet werden, dass eine derartige Entwicklung nicht das Ergebnis marktlichen Wettbewerbs ist.¹⁰⁷

Durch die Novellierung der FKVO im Jahr 2004 wird zwischen koordinierten und nicht-koordinierten Effekten differenziert. Diese Vorschriften bewirken damit, dass künftig auch wettbewerbsschädliches, unilaterales Verhalten im Oligopol unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle erfasst werden kann, d. h. wenn das unabhängig handelnde Unternehmen nicht das Größte des Marktes ist.¹⁰⁸ Im Fall Sony/BMG wäre dies der Fall, da Universal nach wie vor Marktführer ist.

Neben den drei Beurteilungskriterien, die im Zuge des Airtours-Urteil definiert wurden, können weitere Anhaltspunkte zur Feststellung koordinierten Verhaltens herangezogen werden. Darunter sind begrenzte Möglichkeiten der Substituierbarkeit aus Sicht der Konsumenten und auch hohe Marktanteile der fusionierten Unternehmen zu nennen.¹⁰⁹ Trotz eindeutiger theoretischer Definition dieses Phänomens ist bislang unklar, ob durch eine analytische Beurteilung Beweise identifizierbar sind, die auch vor Gericht Bestand haben.

¹⁰⁴Vgl. EuG, 2006a, Rn. 252.

¹⁰⁵Vgl. EuG, 2006a, Rn. 532, 254; Frenz, 2007, S. 143 f.

¹⁰⁶Vgl. EuG, 2006a, Rn. 312, 313.

¹⁰⁷Vgl. EuG, 2006a, Rn. 253.

¹⁰⁸Ob dieses Phänomen keinesfalls, auch bei großzügiger Auslegung des alten Marktbeherrschungstests der FKVO, abgedeckt wurde, ist umstritten. Vgl. Murschitz, 2006, S. 4 f.; Böge, 2004, S. 143.

¹⁰⁹Vgl. Röller/Friederiszick, 2004, S. 12.

4.4 Klagen Dritter gegen Kommissionsentscheidungen

Im Falle von Impala war es ein Verband unabhängiger Labels, der gegen die Entscheidung der Kommission klagte.¹¹⁰ Die Vereinigung handelt hierbei offensichtlich in eigenem, nicht im gesamtwirtschaftlichem Interesse. Hieraus können sich Probleme ergeben. Unternehmen, die in Konkurrenz zueinander stehen, können den Rechtsweg wählen, um eine Fusion zu beeinflussen. Somit besteht die Möglichkeit, ihre Rivalität auf eine andere als die übliche wettbewerbliche Ebenen zu verlagern.¹¹¹ Mehrere Gründe sind dafür denkbar. Erstens kann lediglich der Versuch unternommen werden, den Zusammenschluss und somit die Entstehung eines gefährdenden Konkurrenten zu verhindern. Zweitens kann das Ziel verfolgt werden, vorsätzlich Kosten bei den fusionierenden Unternehmen zu verursachen, die die Vorteilhaftigkeit des Zusammenschlusses mindern und ihn dadurch unattraktiver machen. Drittens kann auch der Zeitfaktor eine Rolle spielen, in der das Verfahren läuft und die fusionierenden Unternehmen aufgrund der Unsicherheit bezüglich des Urteils keine aufwendigen Investitionen oder Maßnahmen tätigen. Dementsprechend öffnet das den Konkurrenten ein Zeitfenster, sich den gegebenen und künftigen Marktsituationen anpassen zu können. Bei allen drei Argumenten ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Kommission und das EuG Entscheidungen gemäß der bestehenden rechtlichen Grundlagen zu fällen haben. Bei einer differenzierten Prüfung durch die Kommission ist also ein abweichendes Urteil des EuG nicht zwangsläufig. Außerdem fallen beim Kläger ebenfalls Kosten an. Ein Unternehmen wird in einem einfachen Kosten-Nutzen-Kalkül nur dann klagen, wenn der Nutzen die Kosten überwiegt. Die potenzielle Klagemöglichkeit wird also nicht notwendigerweise ausgenutzt werden und überdies muss es bei einer Klage nicht unbedingt zu wettbewerbsökonomisch ungewünschten Ergebnissen kommen.

Versuche, durch Nutzung der Gerichtsbarkeit die eigene Position zu verbessern, kann - überzogen gesagt - einen Missbrauch der Fusionskontrolle darstellen. Es kann allerdings auch argumentiert werden, dass durch die Klagemöglichkeit ein weiterer

¹¹⁰Bereits im Jahr 2003 wurde vom EuG die Kommissionsentscheidung zur Genehmigung der Übernahme bestimmter Unternehmensteile des Haushaltsgeräteherstellers Moulinex durch den Wettbewerber SEB in bestimmten Bereichen für unwirksam erklärt. Ausschlaggebend war auch hier die Nichtigkeitsklage eines „kleineren“ Konkurrenten. Siehe dazu EuG, Urt. v. 03.04.2003 - Rs. T-114/02, Slg. 2003, II-1279 – BaByliss/Kommission.

¹¹¹Vgl. Aigner/Budzinski/Christiansen, 2007, S. 20.

Wettbewerbsparameter installiert wird, der, unter der Voraussetzung einer überzeugenden Begründung, allen Marktteilnehmern gleichermaßen zur Verfügung steht. Es stellt sich die Frage, ob und in wieweit hierbei ein durch „klassische“ Faktoren wie Preis, Menge und Qualität geprägter Wettbewerb unterlaufen wird. Ob Impala eine solche Absicht vorzuwerfen ist, ist nicht eindeutig zu beantworten.¹¹² Es geht hierbei mehr um ein grundlegendes Problem und es bleibt abzuwarten, wie die Klagemöglichkeit langfristig genutzt wird.

Bei wettbewerbspolitischen Verfahren ist die Beteiligung Dritter gängige Praxis, seien es Zulieferer, Abnehmer oder Konkurrenten. Im Vergleich zu deutschen Kartellverfahren fällt die rechtliche Einflussmöglichkeit derartiger Gruppierungen auf europäischer Ebene eher gering aus, denn ein grundsätzliches Anrecht auf Akteneinsicht und Beteiligung von Konkurrenten an wettbewerbspolitischen Verfahren kennt das europäische Recht nicht.¹¹³

Was allerdings aus heutiger Sicht von der Klage Impalas zu halten ist, ist nicht eindeutig zu beantworten, wenn betrachtet wird, dass sich der Verband unabhängiger Labels unter bestimmten Umständen für den Zusammenschluss von EMI-Group und Warner Music ausgesprochen hat. Welches Kalkül sich dahinter verbirgt, nun doch für eine Fusion zweier Majors zu plädieren, bleibt abzuwarten.

Zusätzlich ist teilweise die Auffassung zu finden, dass von diesem Urteil ein negatives Signal für die betroffenen Unternehmen hinsichtlich der Rechtsicherheit ausgehen kann. Der Grund hierfür wird darin gesehen, dass Fusionen auch im Nachhinein scheitern können, wenn sich ein Kläger findet.¹¹⁴ Dieses Argument ist jedoch ökonomisch so nicht zu halten bzw. als kritisch anzusehen. Bislang sind ex post viele Fehler der zweiten Ordnung zu erkennen, d. h. es sind zu viele, wettbewerbsökonomisch Freigaben im Rahmen der Fusionskontrolle erfolgt.¹¹⁵ Es ist insofern ein asymmetrisches Verhalten bei den Entscheidungen der Kommission zu erkennen. Dieser Fakt wäre z. B. auch damit zu erklären, dass die Bürokraten in Brüssel eher eine Genehmigung ausgesprochen haben, weil eine Freigabe einfacher und mit weniger Aufwand verbunden ist. Durch die Klagemöglichkeit wird sich das Verhalten der

¹¹²Vgl. Aigner/Budzinski/Christiansen, 2007, S. 21.

¹¹³Vgl. Bahr, 2007, S. 2.

¹¹⁴Vgl. z. B. o. V., 2006c, o. S.

¹¹⁵Vgl. Neven/Röller, 2002; Duso/Neven/Röller, 2002, S. 4.

europäischen Wettbewerbsbehörden wahrscheinlich ändern. Dies ist wettbewerbsökonomisch zu begrüßen.

5 Schlussbemerkungen

Das Gericht beklagt zu Recht, dass die Kommission ihrer Pflicht einer umfassenden und vollständigen Datenanalyse in Bezug auf eine marktbeherrschende Stellung nicht nachgekommen ist. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Gericht bereits im Jahre 2002 im Zusammenhang mit dem *Airtours* Urteil Beurteilungskriterien für stillschweigendes kollusives Verhalten exakt definiert hat.¹¹⁶ Dementsprechend ist der Hinweis auf diese Kriterien gerechtfertigt.¹¹⁷ Das Gericht spricht der Kommission bei der Beurteilung eines Fusionsvorhabens zwar einen gewissen Bewertungsspielraum zu, betont aber gleichzeitig, dass eine Prüfung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Daten erfolgen muss.¹¹⁸

Bemerkenswert ist, dass die Kommission selbst vorgibt, die Kriterien der Marktherrschaft, die sich aus dem Urteil *Airtours* ergeben, angewandt und den Fall *Sony/BMG* angemessen untersucht zu haben.¹¹⁹ Jedoch ist es der Kommission offenbar nicht leicht gefallen, die Fusion zwischen den beiden Plattenfirmen zuzulassen, denn potenzielle Auswirkungen auf Preise und Diversifikation im Medienbereich waren der Kommission durchaus bewusst. Der ausschlaggebende Faktor für die Zulassung des Zusammenschlusses waren die mangelnden Beweise, wettbewerbswidriges Verhalten mit hinreichender Sicherheit darlegen zu können. Darüber hinaus vermutete die Kommission, dass den Majors mit den Großhändlern eine Gegenmacht gegenübersteht. Von einer übermäßigen Marktmacht auf einer Marktseite sei daher nicht auszugehen.¹²⁰

Zweifelhaft ist jedoch, ob der Vorwurf gegenüber der Kommission, koordinierte Verhaltensweisen nicht in einem quantitativen ausreichendem Umfang nachgewiesen zu haben, dem eigentlich zentralen Problem gerecht wird. Die im Rahmen des „more economic approach“ definierte Herangehensweise bei der Fusionskontrolle, wie z. B.

¹¹⁶Vgl. EuG, 2006a, Rn. 251.

¹¹⁷Vgl. Frenz, 2007, S. 139.

¹¹⁸Vgl. EuG, 2006a, Rn. 327 f.

¹¹⁹Vgl. Kommission, 2004a, Rn. 68; Kommission, 2004b.

¹²⁰Vgl. Thompson, 2004, o. S.

die Verwendung von ökonomischen Analyseinstrumenten, kann auch unter Experten zu kontroversen Ergebnissen führen. Die einheitliche Bewertung von Fusionsvorhaben wird damit nicht erreicht.¹²¹

Wird der Vorwurf des Gerichts, dass die Kommission die Analyse der Produktthomogenität nicht gründlich genug durchgeführt habe, näher betrachtet, so ist zu berücksichtigen, dass die Kommission diese Frage bereits im Zuge anderer Entscheidungen erörtert hat. Die Substituierbarkeit von Musikprodukten wurde schon in der Vergangenheit verneint.¹²²

In der Musikbranche ist das Urteil unterschiedlich aufgenommen worden. Während das bereits etablierte Joint Venture dem Richterspruch wenig Bedeutung beimisst und den Fortbestand von Sony/BMG als nicht gefährdet betrachtet, reagieren Wettbewerber beunruhigt. Die Zusammenschlusspläne der britischen EMI mit dem amerikanischen Warner-Konzern wurden beispielsweise aufgrund des Urteils zunächst ausgesetzt und die zukünftige Entwicklung im Fall Sony/BMG abgewartet.¹²³

Generell ist zu resümieren, dass das Urteil des EuG die Diskussion über eine wirksame Wettbewerbspolitik in Europa verstärkt hat. Dies ist selbstverständlich auch im Kontext der drei bereits genannten Urteile aus dem Jahr 2002 zu sehen. Die Abkehr von einer primär formal geleiteten Herangehensweise bei der Zusammenschlusskontrolle hin zu einem mehr ökonomisch-fundierten Ansatz wurde in den letzten Jahren besritten. Gleichzeitig werden aber auch dessen Schwächen deutlich. Diese zeigen sich im Fall Impala, denn ob eine stärkere ökonomische Fallprüfung im Sinne des „more economic approach“ zu einer anderen Kommissionsentscheidung geführt hätte, ist weiterhin unklar. Eine weitere Verfeinerung der Entscheidungsfindung wäre zwar denkbar, aber eine Erhöhung der Komplexität wäre wahrscheinlich weder der Entscheidungsqualität noch der Rechtssicherheit dienlich.¹²⁴ Dem sog. „Impala-Test“ wird in Zukunft keine wesentliche Bedeutung mehr beigemessen, da innerhalb der FKVO künftig der bereits erwähnte SIEC-Test Anwendung findet, der im Rahmen des „more economic approach“ den bis dahin angewendeten Marktbeherrschungstest abgelöst hat. Lediglich im Zusammenhang mit dem Art. 82 EG gilt noch der Markt-

¹²¹Vgl. Budzinski, 2007, o. S.

¹²²Vgl. Schwalba, 2000, S. 79; Kommission, 1992a.

¹²³Vgl. Zettel, 2006, o. S.

¹²⁴Vgl. Schmidt, 2006, S. 19.

beherrschungstest. Wie lange dies noch anhält, ist fraglich, da der „more economic approach“ auch in weiteren wettbewerbsrelevanten Teilen des EG-Vertrags Einzug hält.¹²⁵

¹²⁵Vgl. Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP, 2005); Weidenbach/Leupold, 2006, S. 437.

Literaturverzeichnis

- Aigner, Gisela/Budzinski, Oliver/Christiansen, Arndt* (2007): The analysis of coordinated Effects in EU merger Control: Where do we stand after Sony/BMG and Impala?, in: European competition journal, 2/2007 Heft 2, Essen, S. 311-336, URL: <http://www.uni-due.de/wiwi-essen/pdf/156.pdf>, abgerufen am 10.05.2007.
- Babitsky, Alexander* (2007): Unternehmen greifen mit dem Kartellrecht Fusionen an, in: Börsenzeitung vom 16. Mai 2007, Nr. 93, S. 2.
- Bartosch, Andreas* (2006): Das Urteil des EuG in der Rechtsache Impala/Kommission, in: Recht der internationalen Wirtschaft, Nr. 10, S. 729-734.
- Baum, Thomas* (1982): Per se Rule versus Rule of Reason und Kartellamtsautonomie, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 32. Jg., Nr. 12, S. 912-919.
- Boldt, Klaus* (2004): Alles umsonst, in: manager magazin, Nr. 1, S. 6.
- Böge, Ulf* (2004): Refom der Europäischen Fusionskontrolle, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 54. Jg., Nr. 2, S. 138-148.
- Böge, Ulf/Jakobi, Wolfgang* (2005): Die Berücksichtigung von Effizienzen in der Fusionskontrolle, in: Betriebs-Berater, 60 Jg., Heft 3, S. 113-119.
- Budzinski, Oliver* (2007): Monoculture versus Diversity in Competition Economics, Diskussionsbeitrag aus dem Fachbereich Wirtschaftswissenschaften Universität Duisburg-Essen.
- Carlton, Dennis W./Perloff, Jeffrey* (2000): Modern Industrial Organization, 3. Auflage, New-York/Paris.
- Christiansen, Arndt* (2002): Die drei EuGI-Urteile zur EU-Fusionskontrolle im Jahre 2002 – Beitrag zum Doktoranten-Seminar am 10./11.04.2002, Marburg -, URL: http://www.wiwi.uni-marburg.de/Lehrstuehle/VWL/WIPOL/downloads/free/Aufhebungsurteile_2002.pdf, abgerufen am 01.05.2007.
- Christiansen, Arndt* (2006): Der „more economic approach“ in der EU-Fusionskontrolle, in: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, 55. Jg., Nr. 2, S. 150-174.
- Christiansen, Arndt* (2005): Die „Ökonomisierung“ der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 55. Jg., Nr. 3, S. 285-293.
- Daniel, Andrea* (2006): Sony BMG Music Entertainment – Globale Ursachen, aber nicht nur globale Auswirkungen eines Joint Ventures, in: Schmidt, Stefan

(Hrsg.): Strategien der Internationalisierung – Fallstudien und Fallbeispiele, München.

Deutscher Bundestag (2004): Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Drucksache 15/3640, 17. September 2004, URL: <http://dip.bundestag.de/btd/15/036/1503640.pdf>, abgerufen am 11.07.2007.

Duso, Tomaso/Neven, Damien J./Röller, Lars-Hendrik (2002): The Political Economy of European Merger Control: Evidence using Stock Market Data, Discussion Paper FS IV 02-34, Wissenschaftszentrum Berlin, URL: <http://skylla.wz-berlin.de/pdf/2002/iv02-34.pdf>, abgerufen am 07.10.2007.

Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP, 2005): An economic approach to Article 82, 2005, URL: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf, abgerufen am 03.07.2007.

Emmerich, Volker (2006): Kartellrecht: Ein Studienbuch, 10. Auflage, München.

Europäische Gericht erster Instanz (EuG, 2002): Press Release No 50/02, Case T-342/99 – Airtours v. Kommission, Urteil des Gerichts erster Instanz vom 6. Juni 2002, URL: <http://curia.europa.eu/de/actu/communiqués/cp02/aff/cp0250de.htm>, abgerufen am 01.05.2007.

Europäische Gericht erster Instanz (EuG, 2003): Case T-114/02, Babyliß v. Kommission, Urteil vom 03.04.2003, URL: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=de&num=79969596T19020114&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>, abgerufen am 05.10.2007.

Europäische Gericht erster Instanz (EuG, 2006a): Case No T-464/04 Impala v. Kommission, Brüssel, Urteil vom 13.07.2006, URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004A0464:EN:HTML>.

- Europäische Gericht erster Instanz* (EuG, 2006b): Das Gericht erster Instanz erklärt die Entscheidung für nichtig, mit der die Errichtung von Sony BMG genehmigt wurde, Press Release, Referenz: CJE/06/60, Brüssel, 13.07.2006, URL: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=CJE/06/60&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en>, abgerufen am 01.05.2007.
- Europäischer Rat* (1997): Verordnung (EWG, 1997) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 30. Juni 1997, Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 180/1 „Fusionskontrollverordnung“.
- Europäischer Rat* (2004a): Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, vom 20. Januar 2004, Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 24 S. 1 „Fusionskontrollverordnung“.
- Europäischer Rat* (2004b): Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Amtsblatt der Europäischen Union Nr. C 031, 05.02.2004, S. 5-18.
- Frenz, Walter* (2006): Scharfe Kontrolle auch von Fusionsgenehmigungen: das Urteil Impala als Vorbild für eine wirksame Wettbewerbsicherung (Gastkommentar), in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Nr. 18, S. 545.
- Frenz, Walter* (2007): Die Kontrolle von Fusionsgenehmigungen als Spiegelbild von Untersagungen, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 57. Jg., Nr. 2, S. 138-144.
- Hoppmann, Erich* (1972): Fusionskontrolle, Tübingen.
- Independent Music Companies Association* (Impala, 2007): Homepage, URL: <http://www.impalaweb.org/>, abgerufen am 01.05.2007.
- Ivaldi, Marc et al.* (2003): The Economics of Unilateral Effects, in: Interim Report for DG Competition, European Commission, Toulouse, URL: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergersstudies_reports/the_economics_of_unilateral_effects_en.pdf, abgerufen am 01.05.2007.
- Kerber, Wolfgang* (2007): Wettbewerbspolitik, in: Bender, u.a. (Hrsg.): Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Band 2, 8., überarbeitete Auflage, München.
- Knieps, Günter* (2005): Wettbewerbsökonomie. Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 2., überarbeitete Auflage, Berlin.

- Kommission* (1992a): Case IV/M.202–Thorn EMI/Virgin Music, Brüssel, Kommissionsentscheidung vom 27.04.1992.
- Kommission* (1992b): Case No IV/M.190 – Nestlé/Perrier, Brüssel, Kommissionsentscheidung vom 22.07.1992.
- Kommission* (2002a): Case T-342/99–Airtours v Commission, Brüssel, Kommissionsentscheidung vom 06.06.2002.
- Kommission* (2002b): Case T-310/01–Schneider Electric v Commission, Brüssel, Kommissionsentscheidung vom 22.10.2002.
- Kommission* (2002c): Case T-5/02–Tetra Laval v Commission, Brüssel, Kommissionsentscheidung vom 25.10.2002.
- Kommission* (2004a): Case No Comp/M.3333 – Sony/BMG, Brüssel, Kommissionsentscheidung vom 19.07.2004.
- Kommission* (2004b): EU-Kommission nimmt Zusammenlegung des Tonträger-Geschäfts von Sony und Bertelsmann genauer unter die Lupe, Press Release, Reference: IP/04/200, Brüssel, 12.02.2004, URL: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/200&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en>, abgerufen am 01.05.2007.
- Kommission* (2004c): Kommission genehmigt Tonträger-Joint-Venture von Sony und Bertelsmann, Press Release, Reference: IP/04/949, Brüssel, 20.04.2004, URL: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/959&format=PDF&aged=1&language=DE&guiLanguage=en>, abgerufen am 01.05.2007.
- Kommission* (2007a): Fusionskontrolle: Kommission leitet eingehende Untersuchung des Tonträger-Jointventures Sony/BMG ein, Press Release, Referenz: IP/07/272, Brüssel, 01.03.2007, URL: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/272&format=PDF&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>, abgerufen am 01.05.2007.
- Kommission* (2007b): Fusionskontrolle: Kommission bestätigt Genehmigung des Tonträger-Joint-Ventures von Sony und BMG, Press Release, Referenz: IP/07/1437, Brüssel, 03.10.2007, URL: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1437&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>, abgerufen am 17.10.2007.

- Logan, Kenneth R./Kazanoff, Peter E./Reynoso, Julissa/Thatcher, Simpson/LLP, Bartlett* (2005): Antitrust developments in the media entertainment industries, in: *Global Competition Review*, S. 67-70.
- Löffler, Heinz* (2001): Kommentar zur europäischen Fusionskontrollverordnung, Neuwied Kriftel.
- Monopolkommission* (Hrsg., 1997): Zwölftes Hauptgutachten 1996/1997, Bundestags-Drucksache 12/11291 u. 11292, Baden-Baden.
- Monti, Mario* (2001): The Future for Competition Policy in the European Union, Rede in der Merchant Taylor's Hall, London, 9. Juli 2001.
- Monti, Mario* (2003): Rede anlässlich der Fordham Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New York, 24. Oktober 2003, S. 3.
- Motta, Massimo* (2004): *Competition Policy-Theory and practice*, Cambridge.
- Murschütz, Katharina* (2006): Das Joint Venture (JV) Sony/BMG – der Versuch einer kritischen Betrachtungsweise, in: *Wettbewerb in Recht und Praxis*, Nr. 2, S. 232-236.
- Neven, Damien J./Röller, Lars-Hendrik* (2002): Discrepancies Between Markets and Regulators: an Analysis of the First Ten Years of EU Merger Control, HEI Working Paper No: 10/2002, URL: http://hei.unige.ch/sections/ec/pdfs/Working_papers/HEIWP10-2002.pdf, abgerufen am 01.05.2007.
- a. *V.* (2006a): SonyBMG wehrt sich gegen Fusionsabsage, in: *Netzzeitung*, 05.08.2006, URL: <http://www.netzeitung.de/wirtschaft/unternehmen/444865.html>, abgerufen am 01.05.2007.
- a. *V.* (2006b): Sony BMG: EU-Gericht kippt Fusion, in: *Hamburger Abendblatt*, 14.07.2006, URL: <http://www.abendblatt.de/daten/2006/07/14/586169.html>, abgerufen am 01.05.2007.
- a. *V.* (2006c): Sony/BMG – Ratlosigkeit, in: *Handelsblatt*, 13.07.2006, Entnommen aus: *Wirtschaft und Wettbewerb News*. URL: <http://www.vhb.de/wuw/news/index.html>, abgerufen am 01.05.2007.
- a. *V.* (2006d): Luxemburger Ohrfeige, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14.07.2006, 161/2006, S. 11.

- Röller, Lars-Hendrik/Friederiszick, Hans W. (2004): Ökonomische Analyse in der EU Wettbewerbspolitik, in: Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, 11. St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2004, Band 6.
- Röller, Lars-Hendrik/Stennek, Jhan/Verboven, Frank (2001), Efficiency Gains from Mergers, in: European Economy, Vol. 5, S. 31-128.
- Röller, Lars-Hendrik/Strohm, Andreas (2005): Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“, in: Münchner Kommentar zum Wettbewerbsrecht, München URL: http://ec.europa.eu/dgs/competition/muendner_kommentar.pdf.
- Scherer, Frederic M./Ross, David (1990): Industrial Market Structure and Economic Performance, 3. Auflage, Chicago.
- Schmidt, Andre (2006): Wie ökonomisch ist der „more economic approach? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik 06/10, URL: http://www.eucken.de/publikationen/06_10bw.pdf., abgerufen am 01.05.2007.
- Schmidt, Ingo (2005a): Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Auflage, Stuttgart.
- Schmidt, Ingo (2005b): More economic approach versus Justitiabilität (Kommentar), in: Wirtschaft und Wettbewerb, 55. Jg., Nr. 9, S. 877.
- Schmidtchen, Dieter (2006a): Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 56. Jg., Nr. 1, S. 6-17.
- Schmidtchen, Dieter (2006b): Wettbewerbsfreiheit, Per se Verbote und die Rule of Reason – Anmerkungen zum institutionenökonomisch -evolutionären Wettbewerbsleitbild, 17. Mai 2006, URL: http://www.uni-saarland.de/fak1/fr12/csle/publications/2006-04_Wettbewerb.pdf, abgerufen am 11.07.2007.
- Schwalba, Michael (2000): Die wettbewerbsbezogene Abgrenzung des relevanten Marktes, Europäische Hochschulschriften Reihe 2: Rechtswissenschaft, Band 2850, Frankfurt a.M.
- Strohm, Andreas (2005): International unterschiedliche Eingreifkriterien im Wettbewerbsrecht und ökonomische Konsequenzen, URL: <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/strohm1.pdf>, abgerufen am 05.10.2007.

- Strohm, Andreas* (2006): International unterschiedliche Eingreifkriterien im Wettbewerbsrecht und ökonomische Konsequenzen, in: Oberender, Peter (Hrsg.): Internationale Wettbewerbspolitik, Berlin, S. 87-110.
- Strohm, Andreas* (2007): Effizienzen in der Fusionskontrolle, in: Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, München (erscheint im Juli 2007), URL: <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/strohm2.pdf>, abgerufen am 7.10.2007.
- Thompson, Mozelle W.* (2004): Statement of commissioner Mozelle W. Thompson, Sony Corporation of America/Bertelsmann Music Group Joint Venture, File No. 041-0054.
- Ulrich Schaarschmidt* (2005): Cross-Promotion durch Medienkonglomerate - Schranken des Kartell- und Medienrechts Reihe: Deutsches und internationales Wirtschaftsrecht, Bd. 44, Münster.
- Weidenbach, Georg/Leupold, Henning* (2006): Das Impala-Urteil des EuG – Gemeinsame Marktbeherrschung „letzter Akt“?, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, Nr. 10, S. 433-438.
- Williamson, Oliver E.* (1968): Economies as an antitrust defense: The Welfare tradeoffs, in: American Economic Review, Vol. 58, No. 1, S. 18-36.
- Wood, William C.* (1993): Costs and benefits of per se rules in antitrust enforcement, in: Antitrust Bulletin, Vol. 38, S. 887-902.
- Zettel, Claudia* (2006): EU-Gerichtsurteil spaltet Sony und BMG. Fusion der Musikfirmen in Frage gestellt, in: Presstext Austria, 14.07.2006, URL: <http://www.presstext.at/pte.mc?pte=060714012>, abgerufen am 01.05.2007.