

Zu den Prüfungsverfahren beim Bundeskartellamt und der KEK

## → Die Übernahme von ProSiebenSat.1 durch den Axel-Springer-Konzern

Von Bernd-Peter Lange\*

Das Bundeskartellamt einerseits und die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) andererseits sind mitten im Verfahren, die Fusion der ProSiebenSat.1 Media AG und der Axel Springer AG nach wettbewerbs- und medienrechtlichen Aspekten zu überprüfen. Hier sollen und können die Ergebnisse dieser Verfahren nicht vorweggenommen werden. Es geht vielmehr darum, an Hand der bekannten Tatsachen eine systematische Schilderung der Prüfungsvorgänge und der zu beachtenden Kriterien vorzunehmen und aufzuzeigen, wie mögliche Bewertungen und Schlussfolgerungen aussehen könnten. Dies könnte dazu beizutragen, die Verfahren transparenter und nachvollziehbarer zu machen.

### Die Fusion als kartell- und medienrechtliche Herausforderung

Anfang August 2005 gaben die Axel Springer AG und die Investorengruppe um Haim Saban bekannt, dass der Springer-Konzern die Fernsehveranstaltergruppe mit den fünf Kanälen SAT.1, ProSieben, Kabel 1, N24, Neun live vollständig übernimmt. Geplant sei die umfassende Verschmelzung beider Unternehmen bis spätestens Juni 2006 unter der Voraussetzung, dass Bundeskartellamt und KEK zustimmen.

### Springer übernimmt Anteile von Saban

Gemeldet wird weiterhin, dass der Springer-Konzern 2,47 Mrd € an Sabans Investorengruppe German Media Partners für 50,5 Prozent der Aktien an der ProSiebenSat.1 Media AG zahle – der Axel Springer Verlag hielt bereits 12 Prozent der Anteile – und dass Springer den freien Aktionären (Streubesitz 37,5%) ein Übernahmeangebot von insgesamt 1,2 Mrd € mache. (1) Der Springer-Konzern, dessen bisherige unternehmerische Aktivitäten schwerpunktmäßig im Bereich der Tagespresse und der Publikumszeitschriften lagen – Jahresumsatz 2,402 Mrd € in 2004 –, übernimmt damit vollständig die aus der früheren Unternehmensgruppe von Leo Kirch nach dessen Pleite (2) hervorgegangene Free-TV-„Familie“ mit einem Jahresumsatz von 1,83 Mrd € in 2004.

### Fusion nach deutschem Wettbewerbs- und Medienrecht zu beurteilen

Da beide Unternehmen mit ihren addierten weltweiten Umsätzen unter der Grenze von 5 Mrd € bleiben, findet die europäische Fusionskontrolle keine Anwendung, sondern die geplante Fusion ist

nach deutschem Wettbewerbsrecht (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) vom Bundeskartellamt und nach Bestimmungen des deutschen Rundfunkstaatsvertrages (RStV) von der KEK und evtl. den Landesmedienanstalten zu beurteilen. (3)

Diese für die bundesrepublikanische Mediengeschichte einmalige Fusion zwischen dem auf dem deutschen Markt führenden Pressekonzern und einer der zwei wichtigsten kommerziellen Fernsehveranstaltergruppen stellt die rechtliche Beurteilung vor eine Reihe schwieriger, zum Teil auch neuer Fragen, zum Beispiel zu den Themen Markt-abgrenzungen, Bewertung der Verflechtungen mit anderen medienrelevanten Märkten, Kriterien für vorherrschende Meinungsmacht, Parallelität oder Konkurrenz der Prüfungen durch Bundeskartellamt und KEK usw., die der sorgfältigen Analyse und Diskussion bedürfen. (4)

Die Beantwortung all dieser Fragen ist auch deshalb so sensibel, weil es einerseits um Bewertungen geht, unter anderem die Abschätzung der publizistischen Relevanz der Fusion für den gesamten „Meinungsmarkt“ der Bundesrepublik. Andererseits hat das Verfahren eine erhebliche Brisanz, weil der Springer-Verlag mit seinen Presseorganen ein großes publizistisches und damit politisches Drohpotenzial aufbauen kann, sollte die Fusion nur mit einschneidenden Auflagen genehmigt werden oder gar untersagt werden.

Die Bedeutung der Fusion sowohl in ihren finanziellen als auch publizistischen Dimensionen stellt die Konzentrationskontrolle als wesentlicher Eckpfeiler zur Sicherung von Informationsfreiheit und Pluralität in den publizistischen und damit auch politischen Meinungsauseinandersetzungen auf eine Bewährungsprobe: Ist sie mit ihren Analyseinstrumenten, mit ihren Beurteilungsmaßstäben und evtl. Sanktionen in der Lage, den Leistungswettbewerb in all seinen Dimensionen und damit auch den freien „Meinungsmarkt“ zu sichern?

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in seinem bis heute richtungweisenden FRAG-Urteil von 1981 die Verpflichtung der Landesgesetzgeber zur Ausgestaltung einer positiven Rundfunkordnung im Hinblick auf eine vorbeugende Konzentrationskontrolle konkretisiert: „Zudem müssen gerade bei einem Medium von der Bedeutung des Rundfunks die Möglichkeiten einer Konzentration von Meinungsmacht und die Gefahr des Missbrauchs zum Zwecke einseitiger Einflussnahme auf die öffentliche Meinung in Rechnung gestellt werden. Bei dieser Sachlage würde es dem Gebot, die Freiheit des Rundfunks zu gewährleisten, nicht gerecht werden, wenn nur staatliche Eingriffe ausgeschlossen würden und der Rundfunk dem freien Spiel der Kräfte überlassen würde; dies umso weniger, als einmal eingetretene Fehlentwicklungen – wenn überhaupt – nur bedingt und unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig gemacht werden könnten. Es liegt vielmehr in der Verantwortung des Gesetzgebers, dass ein Gesamtangebot besteht, in dem die für die freiheitliche Demokratie konsti-

**Brisanz wegen besonderer Position von Springer im Pressemarkt**

**Bewährungsprobe für Konzentrationskontrolle**

**Bundesverfassungsgericht: FRAG-Urteil von 1981 richtungweisend**

\* Professor em. für Wirtschaftstheorie, Universität Osnabrück.

tutive Meinungsvielfalt zur Darstellung gelangt. Es muss der Gefahr begegnet werden, dass auf Verbreitung angelegte Meinungen von der öffentlichen Meinungsbildung ausgeschlossen werden und Meinungsträger, die sich im Besitz von Sendefrequenzen und Finanzmitteln befinden, an der öffentlichen Meinungsbildung vorherrschend mitwirken.“ (5)

Damit ist der verfassungsrechtliche Rahmen vorgegeben für die Auslegung des GWB und des RStV bzw. für deren Evaluation an Hand der konkreten Fusion, ob sie tatsächlich diesen Vorgaben gerecht werden.

#### **Das Bundeskartellamt: Fusionskontrolle nach GWB**

Das Bundeskartellamt als Hüterin des wirtschaftlichen Leistungswettbewerbs muss nach dem GWB das Ziel haben, in der Fusionskontrolle Entstehung bzw. Verstärkung marktbeherrschender Stellungen zu vermeiden. Es geht darum, durch Wettbewerb nicht kontrollierte Unternehmensspielräume und -verhaltensweisen zu verhindern. Ihm geht es also um eine wirtschaftsrechtliche Beurteilung der Fusion. Das Bundeskartellamt sieht im Bereich von Fusionen in der Medienbranche wirtschaftlichen Wettbewerb als notwendige Voraussetzung für publizistischen Wettbewerb und damit Meinungsvielfalt an. Die Fusionskontrolle nach GWB findet daher auch bei Fusionen in der Medienbranche nach den gleichen Kriterien wie in anderen Wirtschaftsbereichen Anwendung.

Nach § 19 II Satz 1 GWB ist ein Unternehmen unter anderem dann marktbeherrschend, wenn es im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung hat. Dies wird nach ständiger Praxis des Bundeskartellamt beurteilt nach Kriterien wie Marktanteil, Finanzkraft, Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, Marktzutrittsschranken etc. Es geht also nicht eindimensional um den Marktanteil, sondern es wird eine nachvollziehbare Bewertung an Hand eines ganzen Bündels markt- und unternehmensbezogener Kriterien durchgeführt. Dem Kriterium des Marktanteils komme, so jüngst das Bundeskartellamt, im Rahmen der Vermutung des § 19 III GWB Bedeutung zu, es sei aber im Rahmen der qualitativen Gesamtwürdigung nur ein Kriterium unter anderen. (6) Das Bundeskartellamt wendet diese qualitative Gesamtbeurteilung nach strengen nachvollziehbaren Kriterien seit vielen Jahren an und hat eine gesicherte Tradition der Anwendung der Fusionskontrolle aufgebaut.

Nach dem GWB mit seinem wirtschafts- bzw. wettbewerbsrechtlichen Schwerpunkt sind kontrollpflichtige Zusammenschlüsse vor Vollzug zu prüfen, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio € hatten und mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio € erzielte. Nach § 38 III GWB ist bei Unternehmen, deren Geschäftsbetrieb ganz oder teilweise im Verlag, in der Herstellung und im Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften oder deren Bestand-

teilen sowie in der Herstellung, dem Vertrieb und der Veranstaltung von Rundfunkprogrammen und im Absatz von Rundfunkwerbezeiten besteht, das Zwanzigfache der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen. Anders gesprochen, es gilt für diese Unternehmen eine auf 25 Mio € abgesenkte Aufgreifschwelle in Bezug auf die Umsatzerlöse.

Diese Klausel, die der besonderen Bedeutung von Presse- und Rundfunkfusionen gerecht werden soll durch Einbeziehung auch wirtschaftlich relativ „kleiner“ Fusionen, braucht im vorliegenden Fall nicht angewandt zu werden, da bereits auf Grund der sehr hohen Umsätze der beteiligten Unternehmen das allgemeine Aufgreifkriterium von 500 Mio. € bzw. 25 Mio. € zur Anwendung kommt. Auch hierin zeigt sich die wirtschaftliche und publizistische Bedeutung der Fusion zwischen Axel Springer Verlag und ProSiebenSat.1.

Nach § 371 GWB gehört zu den zu kontrollierenden Unternehmensverbindungen der Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen, wenn diese Anteile allein oder zusammen mit sonstigen, dem Unternehmen bereits gehörenden Anteilen 50 Prozent des Kapitalanteils der Stimmrechte des anderen Unternehmens erreichen oder übersteigen. Damit ist gemeint, dass ein beherrschender wirtschaftlicher Einfluss des erwerbenden Unternehmens gegeben sein muss. Auch dies ist bei der vorliegenden Fusion der Fall.

Die Fusionskontrolle nach dem GWB hat die Aufgabe, einer „übermäßigen“ Unternehmenskonzentration zu begegnen. Durch die Fusionskontrolle, das heißt das Verbot von Fusionen, durch die eine marktbeherrschende Stellung erlangt oder verstärkt wird, soll eine ausgewogene Marktstruktur erhalten bleiben. Die Fusionskontrolle soll dazu beitragen, dass einseitige, nicht mehr durch Marktleistung bedingte Verhaltensspielräume der Unternehmen im Interesse des umfassenden Schutzes der Handlungsfreiheit anderer Unternehmen verhindert werden. Die Fusionskontrolle soll bereits einer Gefährdung des Wettbewerbs begegnen, die sich aus einer Veränderung der markt- und unternehmensbezogenen Strukturen infolge des Zusammenschlusses ergeben kann. (7) Demzufolge sind vom Bundeskartellamt Zusammenschlüsse zu untersagen, wenn durch sie eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Marktbeherrschung wird nach dem Marktstrukturkonzept vermutet, wenn das erwerbende Unternehmen durch die Fusion auf einem relevanten Markt einen Marktanteil von mindestens einem Drittel (33 1/3 %) erreicht. Die Marktanteilsbetrachtung gilt als besonders aussagekräftig, wenn neben der absoluten Höhe des Marktanteils der Marktanteilsabstand zum nächsten Wettbewerber sowie die Verteilung der Marktanteile im Übrigen und die Entwicklung der Marktanteile über mehrere Perioden ermittelt und gewürdigt werden. (8) Freilich, so das Bundeskartellamt in seinen Auslegungsgrundsätzen,

**Fusionskontrolle soll Gefährdung des Wettbewerbs begegnen**

**Wirtschaftlicher Wettbewerb als Voraussetzung für publizistischen Wettbewerb**

**Qualitative Gesamtbeurteilung**

komme es nicht nur auf die Prüfung eines Strukturkriteriums (z.B. Marktanteil, aktueller oder potentieller Wettbewerb) an, sondern die Marktstellung eines fusionierten Unternehmens lasse sich nur an Hand einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände beurteilen. (9)

**Relevante Märkte definieren, Verhaltenspotenzial beurteilen**

Für die kartellrechtliche Prüfung durch das Bundeskartellamt ergibt sich daraus die Aufgabe,  
 – erstens die relevanten Märkte (Presse- und Rundfunkmärkte, insbesondere in ihrer Verflechtung mit den Werbemärkten) zu definieren, abzugrenzen und die jeweiligen Marktanteile zu ermitteln;  
 – zweitens in einer Gesamtbetrachtung alle relevanten Umstände des Einzelfalles – hier insbesondere die crossmedialen Verflechtungen und das sich daraus ergebende Verhaltenspotenzial – zu beurteilen.

Kommt das Bundeskartellamt auf Grund seiner Prüfung nach den anerkannten Kriterien zu dem Ergebnis, dass durch die Fusion eine marktbeherrschende Stellung erlangt oder verstärkt wird, so kann es  
 – die Fusion unter mehr oder weniger einschneidenden Auflagen genehmigen oder  
 – die Fusion untersagen.

**KEK soll Medienvielfalt sichern**

**Ziel: Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht**

Die KEK und die Landesmedienanstalten sollen nach den Bestimmungen des RStV publizistische Medienvielfalt sichern. Sie müssen daher die Fusion mit der Zielsetzung der Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht beurteilen. Beurteilungsmaßstäbe ergeben sich aus § 26 RStV: zum einen aus den dort angegebenen Vermutungstatbeständen (25 bzw. 30% Zuschaueranteil unter Berücksichtigung eventueller Bonusprozentpunkte für Fensterprogramme bzw. für die Einräumung von Sendezeit für Dritte), zum anderen aus einer Gesamtbeurteilung der unternehmerischen Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten (Entsprechung zu einem Zuschaueranteil von 30%). (10)

**DLM kann KEK-Entscheidung aufheben**

Die KEK nach § 36 RStV und die Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten (DLM) nach § 37 II RStV sind zuständig für die abschließende Beurteilung von Fragestellungen zur Sicherung von Meinungsvielfalt im Zusammenhang mit der bundesweiten Veranstaltung von Fernsehprogrammen. Nach § 37 II RStV kann die zuständige Landesmedienanstalt, die von der KEK-Feststellung abweichen will, die DLM anrufen, die mit Dreiviertelmehrheit ihrer gesetzlichen Mitglieder einen von der KEK abweichenden Beschluss fassen kann.

Nach § 26 IV RStV kann die KEK einem Unternehmen mit vorherrschender Meinungsmacht vorschlagen  
 – Beteiligungen aufzugeben, bis der zurechenbare Zuschaueranteil des Unternehmens unter die Grenze von 30 Prozent fällt, oder

- Maßnahmen zu ergreifen, die die Marktstellung auf medienrelevanten verwandten Märkten vermindern, oder
- vielfaltsichernde Maßnahmen zu ergreifen (Einräumung von Sendezeit für unabhängige Dritte bzw. Einrichtung eines qualifizierten Programmbeirats).

Der Rundfunkstaatsvertrag wurde mehrfach geändert und die KEK besteht erst neun Jahre. Insofern gibt es im Unterschied zum Bundeskartellamt noch keine gesicherte Spruchpraxis zur Auslegung des § 26 RStV.

Das Bundeskartellamt und die KEK haben bezogen auf die gleiche Fusion unterschiedliche, je spezifische Aufgaben, gesetzliche Vorgaben und Ziele: hier die Vermeidung marktbeherrschender Stellungen nach Wirtschaftsrecht, dort die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht nach Medienrecht. Die Frage, die sich dabei stellt, lautet: Inwieweit überlappen sich ihre jeweiligen Analysen bzw. ergänzen sie einander oder widersprechen sie sich. Konkret: Ist etwa der Zuschauer(Markt)anteil nach § 26 RStV nur medienrechtlich relevant oder aber auch für das Bundeskartellamt bei der Überprüfung marktbeherrschender Stellungen? Sind die quantitativen und qualitativen Beurteilungsmaßstäbe zur Überprüfung einer marktbeherrschenden Stellung bzw. vorherrschender Meinungsmacht kongruent? Dies wäre wünschenswert im Sinne der erforderlichen Rechtssicherheit.

Auf jeden Fall spielt für beide Institutionen die Stellung des Axel Springer Verlags als erwerbendes Unternehmen auf den Presse- und Hörfunkmärkten eine gewichtige Rolle, freilich wieder mit je spezifischen Ermittlungs- und Beurteilungszielen. Beide Institutionen können daher zu unterschiedlichen Bewertungen kommen. Bundeskartellamt und KEK können je für sich Auflagen beschließen bzw. die Fusion genehmigen oder untersagen. Nur wenn beide sie für unbedenklich erklären, kann sie vollzogen werden. Sowohl die Entscheidungen des Bundeskartellamts als auch der KEK bzw. der DLM unterliegen gegebenenfalls der gerichtlichen Überprüfung.

**Die kartellrechtlichen Aspekte der Fusion Axel Springer Verlag / ProSiebenSat.1**

Die ProSiebenSat.1-Gruppe ist vorrangig als „Free-TV“, das heißt als Veranstalter von werbungsfinanzierten Programmen tätig. Eine marktmäßige Austauschbeziehung besteht also zwischen den Veranstaltern und den Werbetreibenden bzw. deren Agenturen. Als erster Markt kommt daher der Fernsehwerbemarkt ins Blickfeld.

Dieser Markt ist räumlich als der Markt für deutschsprachige Fernsehprogramme und sachlich als der Bereich alternativer werbungsfinanzierter Fernseh(voll)programme abzugrenzen einschließlich der öffentlich-rechtlichen, soweit sie auch werbungsfinanziert sind. Aus der Sicht der werbetreibenden Industrie sind die „Free-TV“-Kanäle funk-

**Zusammenwirken von KEK und Bundeskartellamt**

**Position des Axel Springer Verlags im Zentrum der Untersuchungen**

**Fernsehwerbemarkt**

**Marktabgrenzung**

tional austauschbar, wenn es um die Platzierung ihrer Werbespots oder das Sponsoring geht. Dies gilt auch angesichts der Tatsache, dass Werbetreibende durchaus Programme nach Zielgruppenorientierung auswählen, um ihre Streuverluste zu minimieren.

<b>Marktanteile</b>	Die Nettoumsätze des Werbefernsehens machten 2004 laut ZAW einen Betrag von insgesamt 3 860,38 Mio € aus. (11) Daran hatten die Sender SAT.1, ProSieben, Kabel 1 und N24 einen Anteil von 1 720 Mio € oder 44,5 Prozent des gesamten Umsatzes der Fernsehwerbung. Die entsprechenden Werte betragen 2000 44,4 Prozent und 2002 44,9 Prozent. Die RTL-Gruppe als Teil des Bertelsmann-Konzerns hatte 2004 einen Werbeumsatz von 1 650,83 Mio €, dies entsprach 42,8 des Gesamtumsatzes. Der Anteil von ARD und ZDF betrug zusammen 293,75 Mio € oder 7,6 Prozent.
<b>Enges Oligopol im Fernsehen</b>	Die Axel Springer AG erhält durch die Fusion einen – über die letzten Jahre recht stabilen – Anteil am Fernsehwerbemarkt von knapp 45 Prozent, dicht gefolgt von der RTL-Gruppe des Bertelsmannkonzerns. Es handelt sich auf diesem Markt wie auch vor der Fusion praktisch um ein sehr enges Oligopol, eine Marktstruktur, die nicht gerade für intensiven Wettbewerb spricht.
<b>Wettbewerbstheorie: Marktstruktur bestimmt Marktverhalten</b>	In der Nachfolge der Marktformenlehre von Heinrich von Stackelberg und Walter Eucken geht die Wettbewerbstheorie davon aus, dass die Marktstruktur, also die Anzahl der auf einem Markt konkurrierenden Unternehmen (vollständige Konkurrenz, Oligopol oder Monopol), das Marktverhalten, also Preiswettbewerb nach Leistungskriterien, Parallelverhalten und damit Einschränkung des Wettbewerbs, monopolistische Preissetzung und Ausbeutung des Marktes, prägt und damit auch das Marktergebnis determiniert. (12) Je enger das Oligopol, je homogener die angebotenen Güter, je geringer die Drohung durch potenzielle Konkurrenz auf Grund hoher Marktzutrittschranken, umso naheliegender ist die Vermutung für die Absenz von Leistungswettbewerb.
<b>Prüfung in drei Schritten</b>	Im vorliegenden Fall ist daher zu prüfen, ob ein marktbeherrschendes Oligopol (§ 19 II Satz 2 GWB) vorliegt. Diese Prüfung hat in drei Schritten zu erfolgen:
<b>Marktbeherrschungsvermutung</b>	a) Der von der Fusion betroffene Markt weist Wettbewerbsbedingungen auf, welche die oligopolistischen Unternehmen von Wettbewerbshandlungen absehen lässt und wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten begünstigen. § 19 III Satz 2 Nr. 1 GWB enthält die so genannte Marktbeherrschungsvermutung: Danach wird Marktbeherrschung angenommen, wenn drei oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil über 50 Prozent haben. Diese Vermutung beruht auf der Erfahrung, dass je enger das Oligopol und je größer der Abstand zu den Außenseitern, desto wahrscheinlicher ist der Ausschluss von wesentlichem Wettbewerb.

Im vorliegenden Fall vereinigen die beiden Marktführer zusammen einen Anteil von 87,3 Prozent am Fernsehwerbemarkt auf sich, während ARD und ZDF zusammen als Außenseiter nur auf 7,6 Prozent kommen. Die Vermutung liegt also nahe, dass es keinen wesentlichen Binnenwettbewerb zwischen den Duopolisten gibt. Begründet wird die Vermutung mit der Reaktionsverbundenheit der beiden Anbietergruppen, das heißt, sie sind sich bewusst, dass wettbewerbliche Verstöße des Einen sich nachteilig auf den Wettbewerber auswirken und diesen daher zu Reaktionen veranlassen – zum Beispiel eine eigene Preissenkung als Antwort auf eine Preisreduktion des Konkurrenten –, so dass beide am Ende einer solchen Runde des Preiskampfes schlechter dastehen als vor dem ersten Vorstoß. Also unterbleibt der Vorstoß. Eher geht es andersherum: Erhöht der eine seine Preise, so folgt der andere entsprechend, so dass das wettbewerbslose „Gleichgewicht“ wiederhergestellt ist. Je enger die Reaktionsverbundenheit – und das heißt bei relativ homogenen Gütern, je enger das Oligopol –, desto wahrscheinlicher ist oligopolistisches Parallelverhalten: Möglichst keine Preiskämpfe nach unten, prescht einer mit Preiserhöhungen vor, so folgt der andere ihm gern. Für wettbewerbsloses Parallelverhalten spricht im Übrigen im vorliegenden Fall auch die Konstanz der Marktanteile über einen längeren Zeitraum.

b) Zwischen den Oligopolisten und den Außenseitern besteht kein wesentlicher Wettbewerb mehr. Die Überprüfung solcher Tatbestände kann durch eine überragende Marktstellung des Oligopols gegenüber den Außenseitern ersetzt werden. Der Abstand zwischen dem Fernsehwerbemarktanteil der ProSiebenSat.1-Gruppe und der RTL-Gruppe zu ARD und ZDF ist so groß, dass von einer überragenden Marktstellung der Oligopolisten gesprochen werden kann. Dies gilt umso mehr, als ARD und ZDF in ihren Wettbewerbsparametern – zum Beispiel erweitertes Angebot an Werbezeiten und aggressive Preissetzung – auf Grund der Werbezeitregelungen begrenzt sind.

c) Zu prüfen bleibt das Wettbewerbsgeschehen, also es ist die Frage zu beantworten, inwieweit die Oligopolisten mögliche Wettbewerbsparameter wie Preise und Rabatte tatsächlich unabhängig voneinander einsetzen. Nach der Prüfpraxis des Bundeskartellamts sind Märkte mit homogenen Produkten und hoher Markttransparenz, weil beispielsweise Anbieter ihre Listenpreise oder Verkaufszahlen veröffentlichen, vergleichsweise anfällig für oligopolistische Marktbeherrschung. Bei dem Verkauf von Werbezeiten im kommerziellen Fernsehen handelt es sich um ein homogenes, weil beispielsweise zwischen SAT.1 und RTL leicht austauschbares Gut, für das Listenpreise existieren. Der in den letzten Jahren festzustellende Rückgang der Listenpreise – 2005 gab es erstmals wieder einen

**Abstand der Marktführer zu restlichen Wettbewerbern**

**Markttransparenz und wettbewerbsloses Duopol**

„offiziellen“ Anstieg – ist der schlechten allgemeinen Werbekonjunktur geschuldet und kein Beweis für intensiven Wettbewerb. Wie weit allerdings die tatsächlich gewährten Rabatte der Marktgegenseite bekannt sind, das heißt, ob und wie weit bei nicht bestehender Markttransparenz tatsächlich ein Preiswettbewerb stattfindet, ist eine Tatsachenfeststellung. Es kann jedoch vermutet werden, dass auch in Bezug auf gewährte Rabatte Markttransparenz besteht, so dass auch auf der Ebene des Marktgeschehens von einem wettbewerbslosen Duopol auszugehen ist. Der Axel Springer Verlag müsste auf Grund der in diesem Fall gegebenen Umkehr der Beweislast beweisen, dass trotz dieser Tatbestände Leistungswettbewerb besteht, ein wohl kaum zu erbringender Beweis.

Alle bisher aufgeführten Aspekte des Fernsehwerbemarktes im sehr engen Oligopol bzw. Duopol mit weit abgeschlagenen Außenseitern sprechen dafür, dass auf dem Fernsehwerbemarkt nach der Fusion kein wesentlicher Wettbewerb herrschen wird.

**Kooperation zwischen Springer und Bertelsmann bei Druckereien**

Im Zusammenhang der Analyse der Duopolsituation auf dem Fernsehwerbemarkt ist die Verbindung zwischen der Axel Springer AG und dem Bertelsmann-Konzern im Bereich der Druckereien von besonderem Interesse. Arbeiten die beiden Duopolisten, so die Hypothese, in einem Teilbereich ihrer medialen Aktivitäten eng zusammen, so ist es zusätzlich zu den Ergebnissen der Marktstrukturanalyse wahrscheinlich, dass sie sich in anderen Bereichen, zum Beispiel dem Fernsehwerbemarkt, keine scharfe Konkurrenz machen. An der Tiefdruckerei Prinovis mit einem Marktanteil von 25 Prozent im Markt „technischer Dienstleistungen für Presseerzeugnisse“ sind Bertelsmann und die Tochter Gruner & Jahr zu je 37,45 Prozent beteiligt, der Axel Springer Verlag mit einer Sperrminorität von 25,1 Prozent. (13) Auf Grund des hohen Marktanteils im Bereich Technik handelt es sich um ein sehr wertvolles Gemeinschaftswerk der „Konkurrenten“ auf dem Fernsehwerbemarkt.

Das Bundeskartellamt schreibt in seinen Auslegungsgrundsätzen zur Fusionskontrolle: „Sind die dem Oligopol zuzurechnenden Unternehmen auf Drittmärkten (...) kapitalmäßig, zum Beispiel über Gemeinschaftsunternehmen miteinander verflochten, so fördert dies regelmäßig die Bereitschaft zu wettbewerbsbeschränkendem Parallelverhalten auf dem betreffenden Markt (marktübergreifender Gruppeneffekt). Ein Parallelverhalten ist dann besonders wahrscheinlich, wenn die Zusammenarbeit auf einem (...) sachlich verwandten Markt stattfindet. Dies gilt insbesondere, wenn ein Gemeinschaftsunternehmen auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig ist und dadurch Bezugs- oder Absatzbedingungen für die das Oligopol bildenden Unternehmen vereinheitlicht und infolgedessen die wettbewerblichen Verhaltensspielräume eingeschränkt werden.“ (14) Nach aller Lebenserfahrung

im wirtschaftlichen Bereich folgt daraus, dass es sich bei Bertelsmann und Springer um ein wettbewerbsloses Duopol im Fernsehmarkt handelt, weil man durch aggressiven Wettbewerb im Fernsehsektor das Gemeinschaftswerk bei den Druckereien gefährden würde.

Nun könnte eingewandt werden, dass auf dem Fernsehwerbemarkt selbst die Fusion nichts grundsätzlich verändert habe, da auch vorher schon ein Duopol bestanden habe und der Springer-Verlag vor der Fusion nicht als eigenständiger Akteur im Fernsehveranstaltungsgeschäft tätig war. Dagegen muss eingewandt werden, dass vor der Fusion zwischen Springer und der ProSiebenSat.1-Gruppe kein Gemeinschaftsunternehmen im Tiefdruckbereich gegeben war.

**Marktstellung auf medienrelevanten verwandten**

**Märkten**

Hinzu kommt, und dies könnte eine wesentliche Veränderung gegenüber der Situation vor der Fusion sein, die Tätigkeit der Axel Springer AG auf dem Pressemarkt und dem Markt für privaten Hörfunk, beide unter anderem auch durch Werbung finanziert.

Nimmt man die Tagespresse in der Bundesrepublik insgesamt, so hatte der Axel Springer Verlag 2004 eine anteilige tägliche Auflage von 5 028 600 Zeitungen – davon die Bildzeitung allein 3 781 300. Dies entspricht einem Marktanteil von 22,7 Prozent, gefolgt von der WAZ-Gruppe mit rund 6 Prozent. (15) Der Axel Springer Verlag ist damit – und dies seit Jahrzehnten – eindeutiger Marktführer.

Bei den Tageszeitungen des Axel Springer Verlags handelt es sich sowohl um überregionale, bundesweit verbreitete Zeitungen – zum Beispiel Bild und Die Welt – als auch regionale Blätter, zum Beispiel BZ, Berliner Morgenpost, Hamburger Abendblatt und Leipziger Volkszeitung, die auf ihrem jeweiligen Markt eine überragende Marktstellung haben. Das Bundeskartellamt unterteilt auch nach der Art des Bezugs – Abonnement- bzw. Kaufzeitungen. Daraus folgt, dass der Axel Springer Verlag auf dem Markt der Kaufzeitungen 2003 einen Marktanteil von 77,3 Prozent hatte, mit weitem Abstand gefolgt von der Verlagsgruppe DuMont Schauberg, Köln, mit 7,2 Prozent. (16)

Da die Kaufzeitungen zu einem relativ größeren Teil als die Abonnementzeitungen über Werbung finanziert werden, ist davon auszugehen, dass der Anteil des Axel Springer Verlags am Pressewerbemarkt höher ist als sein Anteil an der Auflage. Daraus folgt eine überragende Marktstellung auf dem Pressemarkt insgesamt, sowohl was Auflage als auch Werbung angeht, und eine quasi Monopolstellung auf dem Markt für Kaufzeitungen – die Bildzeitung (Bild und Bild am Sonntag) ist die einzige überregional verbreitete Kaufzeitung. Hinzu kommt, dass die Reichweite im Sinne der Leserkontakte weit höher ist als bei anderen Zeitungen. Die Bildzeitung wird täglich von mehr als 12 Mio. Personen gelesen, dies entspricht einer Reichweite von 18,2 Prozent. (17)

**Pressemarkt: Springer seit Jahrzehnten Marktführer**

**Besondere Stellung der Bildzeitung**

**Markt für Publikumszeitschriften: Axel Springer Verlag auf Platz 2**

Auf dem Markt für Publikumszeitschriften herrscht eine oligopolistische Marktstruktur: Die vier größten Konzerne vereinigen 2004 60,4 Prozent des Marktes auf sich. Der Bauer Verlag führt mit 21,1 Prozent, gefolgt vom Axel Springer Verlag mit 16,3 Prozent mit einer Auflage von 13,9 Millionen verkauften Exemplaren. Macht man mindestens vierzehntägige Erscheinungsweise zur Voraussetzung der Zählung, so hat der Bauer Verlag einen Marktanteil von 31,5 Prozent, der Axel Springer Verlag von 20,9 Prozent und alle großen Vier zusammen einen Anteil von 76,3 Prozent. (18) Auch hier wird das Bundeskartellamt nach dem Bedarfsmarktkonzept Teilmärkte untergliedern – eine General-Interest-Zeitschrift wie Spiegel oder Stern sind mit einer Rundfunkprogrammzeitschrift nicht funktional austauschbar. Auf dem Markt der Programmzeitschriften ist der Axel Springer Verlag mit den Titeln Hör Zu, Funk Uhr, TV neu, Bildwoche und TV Digital mit einer wöchentlichen Gesamtauflage von knapp 4,5 Millionen Exemplaren und mit einem Marktanteil von 24,7 Prozent vertreten. (19) Der Anteil des Axel Springer Verlags am Werbemarkt der Publikumszeitschriften dürfte etwa dem der Auflagen entsprechen.

Aus diesen Feststellungen folgt, dass der Axel Springer Verlag auch am Markt für Publikumszeitschriften stark vertreten ist. Nimmt man mindestens vierzehntägige Erscheinungsweise als Maßstab, so vereinigen die zwei führenden Verlagsgruppen – Bauer und Springer – mehr als 50 Prozent des Marktes auf sich, allerdings in Bezug auf Springer in einer anderen Marktkonstellation als bei der Tagespresse: dort als eindeutiger Marktführer, hier als zweitbedeutsamer Oligopolist.

**Programmzeitschriften und Special-Interest-Titel besonders relevant**

Besonders zu beachten ist die Stellung auf dem Markt für Programmzeitschriften. Hier liegt ein besonderes Potenzial für crossmediale Promotion: Nach der Fusion liegt es nahe, Programme der „eigenen“ Fernsehsender über die Programmzeitschriften besonders heraus zu stellen, um deren Wettbewerbsposition gegenüber der Konkurrenz zu stärken. Aber auch die Special-Interest-Titel wie Auto-Bild, Sport-Bild usw. eröffnen dem Springer-Konzern erhebliche Potenziale für crossmediale Verwertung und Vernetzung.

**Hörfunkmarkt weniger transparent**

Der Axel Springer Verlag ist an mehr als 20 kommerziellen Radiosendern beteiligt, allerdings meist mit einem relativ geringen Anteil: beispielsweise 7,7 Prozent an Radio FFN Niedersachsen, 25 Prozent Stimmrechte an Radio Hamburg. (20) Dieser Markt ist allerdings bisher, insbesondere was die Werbung und das Wettbewerbsgeschehen auf dem Hörfunkwerbemarkt angeht, wenig transparent und wird hoffentlich im Laufe der Verfahren stärker beleuchtet.

#### **Kartellrechtliche Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung von eventuellen Gegenargumenten**

In einer multimedialen Unternehmensgruppe gilt es immer, besondere Synergieeffekte zu realisieren: einerseits inhaltliche Kampagnen zu fahren, ande-

rerseits Angebote von Werbe- bzw. Anzeigenkombinationen (etwa Werbung im Fernsehen bzw. Hörfunk und in der Presse) zu unterbreiten. Hier nun besteht die Gefahr, dass es auf Grund der besonderen Verflechtung zwischen verschiedenen Medienmärkten und der je spezifischen besonderen Marktstellung des Axel Springer Verlags auf diesen Märkten zu ökonomischen Wettbewerbsverzerrungen kommt. Im Weiteren können sich hieraus auch Verzerrungen im publizistischen Wettbewerb ergeben. Durch die besondere ökonomische und publizistische Position des Axel Springer Verlags würden ihm nach vollzogener Fusion durch Wettbewerb nicht kontrollierte Verhaltensspielräume eröffnet.

Eine Gesamtwürdigung sowohl des überragenden Marktanteils des Axel Springer Verlags nach der Fusion auf dem Fernsehwerbemarkt als auch der herausragenden wirtschaftlichen Position auf medienrelevanten verwandten Märkten – Kaufzeitungen, Presse insgesamt, Publikumszeitschriften und insbesondere Programmzeitschriften wie auch im Bereich des Tiefdrucks, verbunden mit dem Bertelsmann Konzern –, ergibt, dass hier eine geballte wirtschaftliche und in deren Gefolge publizistische Macht gegeben ist, die nicht genügend vom Wettbewerb kontrolliert wird.

Im Sinne der Theorie der Countervailing-power könnte eingewandt werden, dass erst durch diese Fusion der Axel Springer Verlag auf „gleiche Augenhöhe“ zum Bertelsmann-Konzern aufrücke, der schon seit längerer Zeit mit der RTL-Gruppe auf dem Fernseh(werbe)markt aktiv ist und der im Bereich der Publikumszeitschriften über den Gruner & Jahr Verlag auch vertreten ist (Marktanteil 2004 9,5% bzw. bei mindestens 14-tägiger Erscheinungsweise 8,8%). Dem ist entgegen zu halten: Die Bertelsmann-Gruppe ist im Bereich der Tageszeitungen nur mit 3,8 Prozent Marktanteil vertreten und gibt keine Kaufzeitungen heraus. Die Marktposition im Bereich der Publikumszeitschriften ist viel geringer als beim Axel Springer Verlag.

Daraus folgt, dass zwar der Bertelsmann-Konzern auf Grund seiner Dominanz im Buchgeschäft und auf Grund seiner Europa- bzw. weltweiten Aktivitäten vom Gesamtumsatz her wesentlich bedeutsamer ist als der Axel Springer Verlag, dieser aber auf Grund seiner besonderen crossmedialen Verflechtungen mit dem Tagespressemarkt nach der Fusion in Deutschland ein größeres Potenzial besitzt, um wirtschaftliche Werbemarktmacht und publizistische Macht auszuüben. Die marktbeherrschende Stellung des Axel Springer Verlags ist daher kritischer einzuschätzen als die des Bertelsmann-Konzerns.

Freilich bleibt festzuhalten, dass der „Sündenfall“ der medialen Konzentrationskontrolle passierte, als die Integration der RTL/CLT-Gruppe in den Bertelsmann-Konzern unbeanstandet vollzogen wurde und damit problematische crossmediale Verflech-

**Geballte wirtschaftliche und publizistische Macht**

**Fusion bringt Springer-Verlag auf „gleiche Augenhöhe“ mit Bertelsmann?**

**Springers crossmediales Potenzial ist kritischer einzuschätzen**

**„Sündenfall“ der Konzentrationskontrolle war Bertelsmann/RTL/CLT-Fusion**

tungen in Deutschland akzeptiert wurden. Im übrigen versucht der Ansatz der Countervailing-power eine Duopolkonstellation zu rechtfertigen, was vom Marktstrukturansatz her höchst problematisch ist.

**Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit kein Argument im Kontext medialer Vielfalt**

Des weiteren wird argumentiert, dass es durch die Fusion eine Größe zu erlangen gelte, damit der Axel Springer Verlag als deutsches Medienhaus auch international mithalten könne. (21) Dem ist entgegen zu halten: Aus verfassungsrechtlichen und demokratietheoretischen Gründen kommt es auf die mediale Vielfalt im deutschsprachigen Raum als publizistischem „Markt“ an, nicht aber auf wirtschaftliche Macht in einer globalisierten Weltwirtschaft. Im übrigen sind die Vorstellungen von globaler Konkurrenz von ökonomischen Machtkämpfen und von Beherrschung und Abhängigkeit geprägt, nicht aber von den Leitvorstellungen eines fairen Leistungswettbewerbs, eines Level-playing-field. Sie sind daher nicht vereinbar mit den Anforderungen an eine möglichst machtfreie Arena zur Bildung der öffentlichen Meinung als Beitrag zur politischen Willensbildung.

**Hoher Kaufpreis schwächt Möglichkeiten für neue Wettbewerbsstrategien?**

Es wird verwiesen auf den hohen finanziellen Aufwand des Axel Springer Verlags für den Erwerb der ProSiebenSat.1-Gruppe. Daher gebe es auf Jahre hinaus keinen Spielraum für aggressive unternehmerische Strategien zur Ausnutzung und zum Ausbau der dominanten multimedialen Marktstellung. Dem ist entgegen zu halten: Bei der Fusionskontrolle geht es um die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung und um das durch die Fusion verstärkte Potenzial zu vom Wettbewerb nicht kontrolliertem unternehmerischen Verhalten. Dieses Potenzial ist durch die Fusion erhöht worden unabhängig vom zu zahlenden Kaufpreis. Umgekehrt wäre also zu fragen: Warum erwirbt der Axel Springer Verlag die Fernsehgruppe, wenn nicht, um die Synergien aus crossmedialer Verflechtung auszunutzen und sich auf den globalen, auch neuen Medienmärkten strategisch vorherrschend zu positionieren? In vielen anderen Wirtschaftsbe-reichen konzentrieren sich Unternehmen wieder stärker auf ihre Kernkompetenzen. Es muss also einen ökonomischen und publizistischen Grund geben für die anders gelagerte Strategie des Axel Springer Verlags: Synergieeffekte aus der Verflechtung unterschiedlicher Medien begünstigen diagonale Konzentration. (22)

**Konzerninterne publizistische Vielfalt vs. Direktionsrecht des Eigentümers**

Schließlich wird behauptet, dass die Redaktionen der Verlagsobjekte im Rahmen der vier Grundsätze des publizistischen Leitbildes des Axel Springer Verlags autonom seien, deshalb inhaltliche Pluralität gegeben sei und von „geballter publizistischer Macht“ nicht die Rede sein könne. (23) Darüber hinaus wird behauptet, nur ein Konzern mit pluralistischem Angebot könne auf Dauer ökonomisch erfolgreich sein. Dem ist entgegen zu halten: Aufgrund des Direktionsrechts des Mehrheitseigentümers des Medienkonzerns kann von ihm die in-

haltliche Ausrichtung der kommerziellen Presse- und Fernsehorgane einheitlich festgelegt werden. Wechsel dieser Ausrichtung sind auf Grund des Tendenzschutzes durch Mitbestimmung der Journalisten und sonstiger Arbeitnehmer nicht aufzuhalten. Alle Versuche, über Redaktionsstatute hier zu verlässlichen Festlegungen zu kommen, sind letztlich immer an diesem Grundsatz in Konfliktsituationen gescheitert.

**Entscheidungsmöglichkeiten und -notwendigkeiten des Bundeskartellamts**

Das Bundeskartellamt hat prinzipiell drei Möglichkeiten der Entscheidung: Genehmigung der Fusion, Genehmigung mit mehr oder weniger einschneidenden Auflagen und Untersagung der Fusion. Angesichts der geschilderten Marktrealitäten nach der eventuellen Fusion erscheint es kaum denkbar, dass das Bundeskartellamt die Fusion ohne Vorbehalte genehmigt.

Als Genehmigung unter Auflagen käme in Frage die Trennung des Axel Springer Verlags von dem Gemeinschaftsunternehmen Prinovis zusammen mit Gruner und Jahr und dem Bertelsmann Konzern. Hierdurch könnte ein Hindernis für die Ausübung des Leistungswettbewerbs auf dem Fernsehwerbemarkt beseitigt werden. Nur: Die Reaktionsverbundenheit auf diesem oligopolistischen Markt bliebe bestehen, so dass die Marktstruktur nicht grundsätzlich angetastet und damit wettbewerbsloses Parallelverhalten im Oligopol nicht beseitigt wäre.

Um das wettbewerbsverzerrende Potenzial crossmedialer Promotion zu verringern, wäre die Auflage an den Axel Springer Verlag, sich von einer oder mehreren seiner - vorrangig - überregionalen Zeitungen zu trennen, zu erwägen. Eine derartige Auflage läge in der Logik der Begründung, dass durch die Fusion eine Verstärkung marktbeherrschender Positionen besonders auf medienrelevanten verwandten Märkten einträte. Es erscheint nur kaum vorstellbar, dass das Bundeskartellamt soviel Mut aufbringt, eine solche Auflage zu formulieren.

Bei einer Trennung von Publikumszeitschriften wäre die Gefahr der Crosspromotion und damit der Wettbewerbsverzerrung besonders auf dem publizistischen Markt ein Stück weit gebannt. Es bleiben aber die Gefahren der Crosspromotion durch die Tageszeitungen für das Fernsehen bzw. der Fernsehkanäle für die Zeitungen.

Würde das Bundeskartellamt dem Axel Springer Verlag die Möglichkeit für crossmediale Werbung nehmen oder einschränken, etwa durch eine Trennung von der Vermarktungsfirma SevenOne Media oder ein Verbot von Anzeigenkombinationen, würde die Gefahr des Missbrauchs der überragenden Marktstellung auf dem Fernsehwerbemarkt gemildert. Aber auch hierdurch würde die marktstrukturelle Position sowohl im Fernsehwerbemarkt als auch im Markt der Fernsehprogrammveranstaltung nicht beseitigt.

**Trennung von Beteiligungen an Gemeinschaftsunternehmen?**

**Trennung von einer oder mehreren Tageszeitungen?**

**Trennung von Publikumszeitschriften?**

**Untersagung von Anzeigenkombinationen?**

**Trennung von einem wichtigen Fernsehveranstalter?** Durch die Auflage an den Axel Springer Verlag, sich im Zusammenhang der Fusion zum Beispiel von ProSieben oder Kabel 1 oder beiden zusammen zu trennen und diese Sender an einen Dritten – nicht Bertelsmann – zu verkaufen, würde das Duopol auf dem Markt für kommerzielles Fernsehen aufgelöst und ein weiterer, dann unabhängiger „Spieler“ auftreten. Nach aller wirtschaftswissenschaftlichen Erfahrung gilt: Je weiter das Oligopol, um so besser für den Wettbewerb.

**Kombination von Auflagen oder Untersagung der Fusion?** Wenn eine generelle Untersagung der Fusion trotz der relativ eindeutigen Gesamtwürdigung vermieden werden soll, erscheint nur eine Kombination aus den fünf möglichen Auflagen sinnvoll, um soviel wie möglich ökonomischen und publizistischen Wettbewerb auf den Medienmärkten zu erhalten. Ob freilich der Axel Springer Verlag dann noch an der Fusion interessiert wäre, wenn ihm durch die Auflagen die auf weitere Marktbeherrschung abzielenden ökonomischen und publizistischen Strategien aus der Hand genommen werden, bliebe abzuwarten.

Verfassungs- und wettbewerbsrechtlich scheint das Bundeskartellamt zu derartigen Auflagen bzw. ihrer Kombination aber auch zur generellen Untersagung der Fusion legitimiert. Unternehmerische Freiheit findet an den übergeordneten Normen des Art. 5 GG ihre Grenze. Die Sicherung des freien ökonomischen und publizistischen Wettbewerbes in allen Medienmärkten geht dem Interesse nach unbeschränkter Entfaltung eines Verlagshauses, mag es auch noch so bedeutsam auf dem deutschen Markt sein, vor. Es gilt, gerade auch eingedenk der Anforderungen an eine vorbeugende Konzentrationskontrolle, den Medienmarkt für Leistungswettbewerb offen zu halten und gerade auch potenziellem Wettbewerb insbesondere im Bereich der neuen digitalen Medien faktische Entfaltungsmöglichkeiten zu erhalten.

**Nachträgliche Missbrauchsaufsicht ist relativ stumpfes Schwert** Es läge in der Logik des Vorgehens des Bundeskartellamts, das die Übernahme des Tagesspiegel durch die Holtzbrinck-Gruppe wegen Gefährdung des publizistischen Wettbewerbs auf dem Berliner Zeitungsmarkt untersagt hat, wenn es die Fusion des Axel Springer Verlags und der ProSiebenSat.1-Gruppe auf dem gesamten deutschen Markt mindestens nur unter einschneidenden Auflagen genehmigen würde. Ein solches Ergebnis ist auch aus der verfassungsrechtlichen Vorgabe einer vorbeugenden Konzentrationskontrolle ableitbar, die als Interpretationshintergrund des GWB zu gelten hat. Würde das Bundeskartellamt nach vollzogener Fusion abwarten, bis ein wettbewerbswidriges Verhalten festgestellt wird, bliebe nur die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, ein im Vergleich zur Fusionskontrolle relativ stumpfes Schwert. Eine nachträgliche Korrektur ist damit nicht möglich.

#### **Zuschauer„markt“ und Differenzierung nach dem Bedarfsmarktkonzept?**

Das Bundeskartellamt könnte mit guten Gründen argumentieren, dass es sich nicht mit den Zu-

schauseranteilen der ProSiebenSat.1-Gruppe zu befassen habe, zum einen, weil zwischen Zuschauern und Veranstaltern kommerzieller Free-TV-Programme keine Marktbeziehung im Sinne eines Vertrages besteht; diese gibt es nur zu den Werbungtreibenden. Zum anderen, weil die KEK nach RStV die Zuschaueranteile zu ermitteln und zu bewerten habe. Dies führe zu einer klaren Arbeitsteilung zwischen den beiden prüfenden Institutionen, und dies sei auch ein Beitrag zur Rechtssicherheit, da zumindest diesbezüglich keine divergierenden Bewertungen zu erwarten seien.

Sollte das Bundeskartellamt sich doch mit den Zuschauer(markt)anteilen befassen, so könnte es dies begründen mit der engen Verknüpfung zwischen Fernsehwerbemarkt und Zuschauerbindungen: Die Zuschauer werden, untergliedert in Alter, Geschlecht und Kaufkraft und in Tausenderkontakte gebündelt, an die Werbungtreibenden „verkauft“. Ermittelt das Bundeskartellamt die Anteile am Zuschauermarkt, so wie es der RStV vorschreibt, also alle Zuschauer ab drei Jahren und unter Einbeziehung der öffentlich-rechtlichen Programme, so kommen 2004 die Kanäle der ProSiebenSat.1-Gruppe auf folgende Anteile: SAT.1 10,3 Prozent, ProSieben 7,0 Prozent, Kabel 1 4,0 Prozent, N 24 0,4 Prozent sowie Neun live 0,2 Prozent. Daraus ergibt sich ein kumulierter Anteil für die gesamte Gruppe von 21,98 Prozent.

Nun müsste aber das Bundeskartellamt diesen Gesamt„markt“ entsprechend seinem Bedarfsmarktkonzept differenzieren: Für Dreijährige, Fünfzig- und Achtzigjährige sind nicht alle Angebote funktional austauschbar. Da es im Fernsehwerbemarkt um die Anbahnung von Kaufkontakten geht, ließe sich die Altersuntergrenze auf 14 Jahre festlegen. Dann käme die ProSiebenSat.1-Gruppe auf einen Zuschaueranteil von 30,5 Prozent (1. Halbjahr 2005). (24)

Eine weitere Differenzierung des Bedarfsmarktkonzeptes ließe sich folgendermaßen begründen: Die kommerziellen und die öffentlich-rechtlichen Programme sind nicht in allen ihren Sparten funktional austauschbar. Geht es um Informationen in einem umfassenden Sinne – politische und gesellschaftliche Nachrichten und Hintergrundberichte –, so würden vorrangig die öffentlich-rechtlichen Programme und evtl. N 24 einen eigenen Teilmarkt bilden. Bei den Unterhaltungsprogrammen wäre dagegen von einem Gesamtmarkt auszugehen. Es lässt sich daher nur schwer ein Zuschauer„markt“ nur für öffentlich-rechtliche und ein anderer nur für kommerzielle Programme abgrenzen. Bei einer solchen Abgrenzung gäbe es nach der Fusion nur zwei kommerzielle Anbietergruppen, und die ProSiebenSat.1-Gruppe käme auf rund 40 Prozent Zuschaueranteil. Ein derartiges – weitgehend theoretisches – Ergebnis würde die Feststellungen bezüglich des Fernsehwerbemarkts bestätigen, ihnen aber nichts Wesentliches hinzufügen.

**Enge Verknüpfung zwischen Werbe- markt und Zuschauerbindung**

**Bundeskartell- amt müsste Zuschauer„markt“ differenzieren**

<b>Genese von und Kontroversen um § 26 RStV</b>	<p><b>Die medienrechtliche Überprüfung</b></p> <p>Die medienspezifische Konzentrationskontrolle hat ihre ordnungspolitischen Leitvorstellungen mehrfach geändert: War zunächst nach dem „Anbietergemeinschaftsmodell“ den Eigentümern von Fernsehveranstaltern erlaubt, Kapitalanteile bei einer begrenzten Zahl von Kanälen zu halten, so erfolgte 1996 ein grundsätzlicher Wandel hin zum „Zuschaueranteilsmodell“: Seither kann jeder Eigentümer beliebig viele Fernsehkanäle betreiben bzw. Programme veranstalten, es sei denn, er erlange vorherrschende Meinungsmacht.</p>	<p>Offenkundig geht es hierbei jedoch nicht allein um eine juristische Kontroverse zur Auslegung des § 26 RStV, sondern auch eine Auseinandersetzung zwischen KEK und DLM um Zuständigkeiten und Beurteilungsspielräume bzw. um das Zusammenwirken beider Institutionen. Würde man der ersten Interpretation von § 26 RStV folgen, so hätte die KEK nur quantitativ Zuschaueranteile zu ermitteln und sie würde zum Beispiel in diesem Fall gar keine Veranlassung und Handhabe für eine weitere Prüfung haben. Anderenfalls müsste, sollte die KEK bei ihrer auch qualitativen Gesamtwürdigung zur Feststellung vorherrschender Meinungsmacht gelangen, die zuständige Landesmedienanstalt, bei der die verschiedenen Fernsehkanäle der ProSiebenSat.1-Gruppe zugelassen sind, wenn sie mit der Feststellung der KEK nicht einverstanden ist, die DLM anrufen und dort eine Dreiviertelmehrheit mobilisieren, um ihre Sicht der Dinge gegen die KEK durchzusetzen. Wie verbissen die Auseinandersetzung zwischen einzelnen Landesmedienanstalten und der KEK geführt werden, ergibt sich auch daraus, dass der Präsident der Bayerischen Landesmedienanstalt gleich nach Bekanntwerden der Fusion und bevor die KEK überhaupt ihre Prüfungen aufgenommen hatte, die Fusion begrüßt und als unbedenklich gemäß RStV erklärt hatte, ein Vorgehen, das durchaus auch als Befangenheit gewertet werden könnte.</p>	<b>Potenzieller Konflikt zwischen KEK und DLM</b>
<b>Bedenklich hohe Anteilsgrenzen im RStV</b>	<p>Dazu nennt § 26 RStV zunächst Anteilsgrenzen von 25 bzw. 30 Prozent am gesamten Zuschauermarkt als Vermutungstatbestände. Die Grenze von 30 Prozent Zuschaueranteil, oberhalb derer vorherrschende Meinungsmacht vermutet wird, ist seinerzeit als politischer Kompromiss gewählt worden, um vorhandenen Veranstaltergruppen – damals Kirch und Bertelsmann – nicht zu nahe zutreten. Ordnungs- bzw. wirtschaftspolitisch ist die Grenze bedenklich hoch: Sie bedeutet, dass sich nur vier Veranstaltergruppen den „Markt“ untereinander aufteilen können, das heißt, dass ein enges Oligopol, das vom Marktstrukturansatz dem Leistungswettbewerb nicht günstig ist, als hinreichende Sicherung für publizistische Vielfalt angesehen wird.</p>	<p>Jede Gesetzesinterpretation beginnt mit der Auslegung des Wortlautes. Dabei geht es zunächst um § 26 II Satz 2 RStV: Hier ist festzuhalten, dass der 2. Halbsatz – Gesamtbeurteilung – auch eine Anlehnung an einen quantitativen Wert, nämlich „Entsprechung zu einem Zuschaueranteil von 30 Prozent“ vornimmt, insofern der Gesamtbeurteilung ein quantitativer Vergleichsmaßstab vorgegeben ist. Sodann kann argumentiert werden, dass eine semantische Analyse des Satzes 2 des Abs. II des § 26 RStV ergibt, dass dort zwei selbständige Aufgreifbarbestände geregelt werden. Zum einen würde Marktbeherrschung bei Erreichen von 25 Prozent Zuschaueranteil festgestellt, „sofern das Unternehmen auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat“. Zum anderen kann, unabhängig vom Erreichen der 25-Prozent-Schwelle, dasselbe Ergebnis ermittelt werden, sobald „eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 Prozent entspricht“.</p>	<b>Gesamtbeurteilung in der Systematik des § 26 RStV</b>
<b>Quantitative versus qualitative Beurteilung der Fusion nach § 26 II Satz 1 und 2?</b>	<p>Die Auslegung des § 26 RStV ist von einer fortdauernden Kontroverse begleitet: Zum einen wird die Auffassung vertreten, es gäbe auf Grund der angegebenen Schwellenwerte für kritische Zuschaueranteile nur streng quantitative Beurteilungsmöglichkeiten bei der Überprüfung, ob ein Unternehmen vorherrschende Meinungsmacht erlangt hat. Dies bedeute, dass Fusionen, die nicht einen Zuschaueranteil von 25 Prozent erreichen, nicht medienkonzentrationsrechtlich durch die KEK zu überprüfen wären. (25) Da die ProSiebenSat.1-Gruppe, wie aufgeführt und von der KEK selbst amtlich festgestellt, 2004 auf einen gemeinsamen Zuschaueranteil von 21,98 Prozent kommt, dürfte die KEK überhaupt nicht weiter prüfen.</p>	<p>Das Ergebnis einer derartigen Auslegung vom Wortlaut her wird gestützt durch die Einordnung des § 26 II RStV in die Gesamtsystematik des § 26 RStV: Abs. I spricht von der Erlangung vorherrschender Meinungsmacht nach Maßgabe des Abs. II. Diese Maßgabe bedeutet zum einen über die Vermutungstatbestände einen ersten Hinweis zur Feststellung vorherrschender Meinungsmacht, zum anderen wird auf eine qualitative Gesamtbeurteilung – allerdings nach dem Maßstab einer Entspre-</p>	<b>Gesamtwürdigung von Gesetzgeber bewusst in RStV aufgenommen</b>
<b>Qualitative Gesamtbeurteilung der Fusion erforderlich</b>	<p>Eine andere, wohl auch von der KEK vertretene Ansicht geht davon aus, dass zwar die Vermutungstatbestände erste Anhaltspunkte für die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht liefern, dass aber insgesamt eine qualitative Gesamtbeurteilung der fusionierten Unternehmen – ihrer Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten – von Nöten sei. Diese qualitative Kriterien berücksichtigende Gesamtwürdigung könne sich auch auf Unternehmen beziehen, deren Zuschaueranteil unter 25 Prozent liege. Begründet wird diese Meinung damit, dass § 26 I RStV allgemein von der Erlangung vorherrschender Meinungsmacht spreche und § 26 II RStV selber neben den Vermutungen auf die Gesamtbeurteilung verweise. Folgt man dieser Meinung, so kann und darf die KEK die vorliegende Fusion mit allen möglichen Konsequenzen prüfen.</p>		

chung zu einem Zuschaueranteil von 30 Prozent – verwiesen.

Zur Interpretation des § 26 RStV sind des Weiteren die Entstehungsgeschichte und die Absichten des Gesetzgebers heranzuziehen. Bei dem Übergang vom Anbietergemeinschaftsmodell zum Zuschaueranteilsmodell wurde bewusst die qualitative Gesamtwürdigung eingefügt, weil man (angesichts etwa der vertikalen Verflechtungstendenzen in der Rundfunkindustrie) nur so vorherrschende Meinungsmacht verlässlich zu erfassen können glaubte.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die medienpezifischen Konzentrationskontrollvorschriften im Lichte der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu interpretieren sind. Dies bedeutet, dass ein Vorgehen nach rein quantitativen Aspekten, das erst ab einem Zuschaueranteil von 25 Prozent beginnt, nicht in Einklang zu bringen ist mit den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an eine vorbeugende Konzentrationskontrolle in Auslegung der Rundfunkfreiheit nach Art.5 GG. (26) In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die relativ hohen Schwellen der Vermutungstatbestände zu verweisen und auf den berechtigten Hinweis des Bundesverfassungsgerichts, das einmal eingetretene Marktbeherrschungsstrukturen – wenn überhaupt – nur schwer rückgängig zu machen sind.

Vermittelnde Positionen – allerdings mit unterschiedlichen Akzenten – orientieren sich daher an den quantitativen Kriterien der Vermutungstatbestände, sehen aber in besonderen Fällen durchaus die Möglichkeit der KEK, auch unterhalb der Schwelle von 25 Prozent eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen und hierbei auch qualitative Kriterien anzuwenden. (27)

#### Ausgangspunkte für eine Prüfung durch die KEK

Folgt man den Grundgedanken dieser vermittelnden Positionen, so ergeben sich folgende Ausgangspunkte für eine Prüfung nach § 26 RStV:

1. Auch unterhalb der Schwelle von 25 Prozent Zuschaueranteil kann und soll die KEK prüfen.
2. Jede Prüfung hat von quantitativen Kriterien – den Vermutungstatbeständen und den Marktanteilen auf medienrelevanten verwandten Märkten – auszugehen.
3. Eine Gesamtbeurteilung hat notwendigerweise qualitative Kriterien einzubeziehen.
4. Diese stellt um so höhere Anforderungen an die Beweisführung der KEK, je niedriger der Zuschaueranteil ist.
5. Auch die Gesamtwürdigung muss am Ende eine Begründung liefern für die Entsprechung der vorherrschenden Meinungsmacht zu einem virtuellen Zuschaueranteil von 30 Prozent.

#### Quantitative und qualitative Gesamtbeurteilung

#### Zuschaueranteil und eventuelle Bonusregelung

Die ProSiebenSat.1-Gruppe kommt 2004 auf einen Zuschaueranteil von 21,98 Prozent. Bei der Überprüfung, ob durch die Fusion eine vorherrschende Meinungsmacht erreicht wird, sind bezüglich der Schwelle von 30 Prozent die Bonusregelungen des § 26 II RStV zu berücksichtigen, also gegebenenfalls ein Bonus von zwei Prozentpunkten für even-

tuelle regionale Fensterprogramme und von weiteren drei Prozentpunkten bei gleichzeitiger Aufnahme von Sendezeit für Dritte in das wichtigste der Fernsehprogramme. Wenn diese Tatbestände vorliegen, müsste die KEK eine Entsprechung zu 35 Prozent Zuschaueranteil begründen, um vorherrschende Meinungsmacht festzustellen.

Die Gesamtbeurteilung bezieht sich auf die Aktivitäten im Fernsehen und auf die Stellung des fusionierten Unternehmens auf medienrelevanten verwandten Märkten. Hier ist zunächst zu berücksichtigen, dass die ProSiebenSat.1-Gruppe eine 100-Prozent-Beteiligung an der SevenOne Media GmbH hält, die sowohl Werbezeiten für die Muttergesellschaft vermarktet als auch eine Werbevermarktungskoooperation mit dem Axel Springer Verlag betreibt. Nach eigenen Angaben erreicht die SevenOne Media GmbH täglich mit den entsprechenden Medienangeboten drei Viertel der deutschen Gesamtbevölkerung.

Bei der medienrechtlichen Überprüfung einer marktbeherrschenden Stellung ist wie beim Bundeskartellamt vom Bedarfsmarktkonzept auszugehen. Abweichende Feststellungen zu den Prüfergebnissen des Bundeskartellamts können diesmal bezüglich so vermieden werden. Inhaltlich gerechtfertigt ist dieses parallele Vorgehen durch die Verwendung des Begriffs „Marktbeherrschung“ auch im RStV.

Dem inhaltlichen Fernsehgeschäft ist der Fernsehwerbemarkt am nächsten verwandt. Hier ist – wie bei der kartellrechtlichen Überprüfung ausgeführt – ein marktbeherrschendes enges Oligopol zu vermuten. Im Bereich der Presse insgesamt ist der Axel Springer Verlag die mit Abstand auflagenstärkste Verlagsgruppe, im Bereich der Kauf- und der Sonntagszeitungen ist er marktbeherrschend mit besonders großer Reichweite der Kaufzeitungen. Im Markt der Publikumszeitschriften hält er einen Marktanteil von 16,3 Prozent, im Teilmarkt der Rundfunkprogrammzeitschriften von 19,6 Prozent. Auch im Bereich der Onlinemedien ist der Axel Springer Verlag vertreten.

Die zunächst weitgehend quantitative Beurteilung der Stellung des Axel Springer Verlags auf medienrelevanten verwandten Märkten kommt im ersten Schritt zu folgenden Feststellungen:

1. Für zwei Märkte – Fernsehwerbemarkt und Markt der Kaufzeitungen – ist eindeutig eine marktbeherrschende Stellung gegeben.
2. Der Axel Springer Verlag ist nach der Fusion auf praktisch allen Medienmärkten in einer starken Position vertreten, zum Teil über 20 Prozent, teilweise knapp darunter: Fernsehzuschauer, „markt“ 22 Prozent, Presse insgesamt 22,7 Prozent, Publikumszeitschriften 16,3 Prozent, Programmzeitschriften 19,6 Prozent.

#### Stellung auf medienrelevanten verwandten Märkten

**Kumulation von virtuell zurechenbaren Marktanteilen**

Das Problem, das sich stellt, ist: Wie sind diese Positionen zu bewerten in der Perspektive der Entsprechung zu einem virtuellen 30-prozentigen Zuschaueranteil? Ein erster Anhaltspunkt ergibt sich aus § 26 II Satz 2, 1. Alternative RStV, der bei 25 Prozent Zuschaueranteil auf 30 Prozent „hochrechnet“, wenn auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung gegeben ist. Eine entsprechende Hochrechnung bei Kumulation von zwei marktbeherrschenden Stellungen ergäbe: tatsächlicher Zuschaueranteil 22 Prozent plus 5 Prozent (Marktbeherrschung auf dem Fernsehwerbemarkt) plus 5 Prozent (Marktbeherrschung auf dem Markt für Kauf- und Sonntagszeitungen) minus eventuell 5 Prozent (Bonusregelungen) gleich 27 Prozent berechneter Zuschaueranteil. Damit wäre, käme die Bonusregelung zum Zuge, die Entsprechung zu 30 Prozent Zuschaueranteil nicht erreicht.

**Halbierte Schwellenwerte bei Präsenz in mehreren Medienmärkten**

Bei der notwendigen Gesamtwürdigung wären nun aber auch die starken Positionen auf dem Pressemarkt insgesamt, auf regionalen Märkten wie Hamburg und Berlin, im Bereich der Publikums-, der Programm- und anderen Spartenzeitschriften, im Hörfunk und bei den neuen digitalen Medien zu würdigen. Die nach dem damaligen Präsidenten des Bundeskartellamts benannte Günther-Kommission hat in den 1960er Jahren eine Gefährdung der Pressefreiheit bei 20 Prozent Marktanteil und eine Beeinträchtigung bei 40 Prozent angenommen. Wenn ein Presseunternehmen sowohl Zeitungen als auch Zeitschriften herausgibt, dann sinken nach diesen Vorschlägen die Schwellenwerte auf 10 bzw. 15 Prozent, sofern auf einem der beiden Märkte ein Anteil von 20 bzw. 40 Prozent erreicht wird. (28) Folgt man der Logik dieser Vorschläge, so könnte man argumentieren, dass bei Vorliegen von Marktbeherrschung in einem oder mehreren Märkten in anderen medienrelevanten verwandten Märkten die Hälfte des in Kartellverfahren angesetzten Marktbeherrschungsprozentsatzes ausreicht (16,66%), um einer Marktbeherrschung zu entsprechen. (29) Eine derartige Berechnung würde den ermittelten 27 Prozent drei mal 5 Prozentpunkte hinzufügen: 5 Prozentpunkte für die Stellung auf dem Pressemarkt insgesamt, 5 Prozentpunkte für die Stellung auf dem Markt für Publikumszeitschriften und 5 Prozentpunkte für die Position auf dem Markt der Programmzeitschriften. Selbst wenn man argumentieren würde, die Position auf dem Pressemarkt insgesamt sei bereits berücksichtigt bei der marktbeherrschenden Stellung der Kaufzeitungen und Sonntagszeitungen, so wären dennoch 5 Prozentpunkte anzurechnen für die Position bei den Programmzeitschriften.

**Neue digitale Märkte mit berücksichtigten**

Eine durch die KEK anzustellende qualitative Gesamtwürdigung müsste auch die potenziellen Strategien zur Erschließung neuer digitaler Märkte von der Seite der Presse, insbesondere auch der Special-Interest-Zeitschriften, her und von der Seite des kommerziellen Fernsehens her berücksichtigen.

Alle diese Überlegungen, die der sorgfältigen weiteren Begründung bedürften, führen zu einer Entsprechung bzw. Überschreitung der kritischen 30-Prozent-Schwelle. Freilich ist festzuhalten, dass die KEK mit derartigen Berechnungen und Überlegungen weitgehend Neuland betritt bzw. betreten würde, wenn sie denn entsprechend argumentieren würde.

**Mögliche Vorschläge der KEK zum Abbau der Meinungsmacht**

Sollte die KEK in ihrer Gesamtwürdigung zu der Feststellung kommen, dass sie der Fusion keine Unbedenklichkeitsbescheinigung ausstellen kann – und dies ist bei gegebener Sachlage nicht ausgeschlossen –, so kann sie dem Axel Springer Verlag verschiedene Vorschläge unterbreiten, um die durch die Fusion erlangte vorherrschende Meinungsmacht abzubauen:

Hier wäre so zu verfahren, dass die Entflechtung der ProSiebenSat.1-Gruppe so vorzunehmen ist, dass die Trennung von einem Fernsehveranstalter den gesamten errechneten Zuschaueranteil wieder unter die 30-Prozent-Schwelle bringt. Sollte das Bundeskartellamt eine ähnliche Auflage formulieren, wäre es wünschenswert, dass sie den gleichen Sender betraf, es also ein abgestimmtes Verhalten zwischen KEK und Bundeskartellamt gäbe.

Die KEK könnte vorschlagen, und dies eventuell ebenfalls in Übereinstimmung mit dem Bundeskartellamt, dass sich der Axel Springer Verlag beispielsweise von seinen Programmzeitschriften trennt. So könnten die Gefahren, die sich aus verstärkter Crosspromotion für den publizistischen Wettbewerb ergeben, gemildert werden. Allerdings bliebe auch in diesem Fall das erhebliche – und aus der Sicht des Schutzes der Meinungsvielfalt wohl entscheidende – crossmediale Potenzial vor allem der Bildzeitung in Verbindung mit den Fernsehkanälen erhalten.

Weniger einschneidend und daher auf Grund der Unsicherheiten in der Begründung einer vorherrschenden Meinungsmacht durch die KEK eher wahrscheinlich wären Vorschläge zu vielfaltsichernden Maßnahmen nach § 26 IV Nr. 3 in Verbindung mit §§ 30-32 RStV. Hier geht es um die Einrichtung von Programmbeiräten und die Einräumung von Sendezeit für unabhängige Dritte. Dabei wäre zu beachten, dass die kommerziellen „Vollprogramme“, die nach den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts selber ein gewisses Mindestmaß an inhaltlicher Vielfalt und Ausgewogenheit repräsentieren sollen, ihre Informationssendungen immer weiter ausgedünnt haben. Insofern wäre zu überprüfen, ob die Bonusregelungen für die Einräumung von Sendezeit für unabhängige Dritte noch gerechtfertigt sind.

**Schlussfolgerungen**

Das Bundeskartellamt wird seine Überprüfung in den bewährten Bahnen der Fusionskontrolle nach GWB abwickeln. Bezüglich des Ergebnisses kann man die relativ sichere Erwartung äußern, dass die

**KEK beträte bei diesen Berechnungen Neuland**

**Trennung von einem Fernsehveranstalter**

**Verminderung der Marktstellung auf medienrelevanten verwandten Märkten**

**Vielfaltsichernde Maßnahmen**

**Bundeskartellamt kann auf bewährte Verfahren zurückgreifen**

Fusion – wenn überhaupt – nur mit Auflagen genehmigt wird, Auflagen, die die Marktstruktur einschneidend verändern und die geeignet sind, für wesentlich mehr Wettbewerb in der „Medienindustrie“ zu sorgen.

#### KEK auf ungesichertem Terrain

Die KEK dagegen bewegt sich bei ihrer Prüfung auf teilweise ungesichertem Terrain. Gleichwohl ist eine umfassende, auch qualitative Kriterien berücksichtigende Gesamtbeurteilung mit belastbaren Ergebnissen zumindest in Richtung vielfaltsichernder Vorschläge zu erwarten. Die KEK könnte auch wohlbegründet weitergehende Vorschläge unterbreiten, die die Marktstruktur verändern würden. Die KEK würde sich dann dem Charakter der Auflagen des Bundeskartellamts annähern. Derartige Vorschläge ließen sich nicht nur auf den § 26 RStV stützen, sondern auch begründen mit den Anforderungen an eine verfassungskonforme vorbeugende Konzentrationskontrolle.

Die DLM, sollte sie angerufen werden, wäre gut beraten, nicht zu versuchen, von den Feststellungen und Vorschlägen der KEK abzuweichen. Sie käme sonst in ein schiefes Licht als einseitige Hüterin unternehmerischer Interessen, insbesondere dann, wenn das Bundeskartellamt zu einschneidenden Auflagen käme.

#### Eventuell Novellierung des Rundfunkstaatsvertrags notwendig

Sollte nun wider Erwarten im Endergebnis die Fusion unbeanstandet vollzogen werden, würde sich – angesichts der Stellung des Axel Springer Verlags auf praktisch allen Medienmärkten und angesichts der besonderen Bedeutung dieser Fusion – die Frage nach den Lehren aus diesem „Versagen“ des Rundfunkstaatsvertrags im Bereich der Konzentrationskontrolle stellen. Um den Notwendigkeiten der besonderen Konzentrationskontrolle im Medienbereich zu entsprechen, wäre eine Novellierung des Rundfunkstaatsvertrags erforderlich. Diese sollte dann folgende Punkte zum Ziel haben:

1. Klarstellung in § 26, das nicht nur eine quantitative Überprüfung möglich ist und das vorherrschende Meinungsmacht auch unterhalb der Schwellenwerte der Vermutungstatbestände geprüft und festgestellt werden darf.
2. Senkung der Schwellenwerte der Vermutungstatbestände um jeweils 5 Prozentpunkte und/oder Messung der Zuschaueranteile erst ab der Beteiligung der 14-Jährigen, denn politische und gesellschaftliche Meinungsbildung – und auf die kommt es bei der Überprüfung vorherrschender Meinungsmacht an – setzt bewusst erst ab diesem Alter an.
3. Klarstellung, in welcher Form – mit welchem Verrechnungsmodus – marktbeherrschende Stellungen bzw. starke Positionen auf medienrelevanten verwandten Märkten anzurechnen sind. Dazu ist hier ein Vorschlag unterbreitet worden, der aber auch schon bei der Interpretation des jetzigen § 26 RStV angewandt werden kann.
4. Überprüfung der Bonusregelungen.

Anmerkungen:

- 1) Vgl. Der Spiegel, Nr. 32, 2005, S. 149.
- 2) Vgl. dazu Kiefer, Marie-Luise: Kirch-Insolvenz: Ende einer ökonomischen Vision? Zu den medienökonomischen Ursachen und den medienpolitischen Konsequenzen. In: Media Perspektiven 10/2002, S. 491–500.
- 3) Bei der Anwendung der europäischen Fusionskontrollverordnung findet im Gegensatz zum deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) keine „Hochrechnung“ von Umsätzen aus dem Presse- und Rundfunkbereich statt.
- 4) Das Bundeskartellamt wird die Frist von drei Monaten zur Stellungnahme seit Anmeldung der Fusion voll ausschöpfen und die KEK hat einen erheblichen Informationsbedarf vor einer abschließenden Bewertung der Fusion angemeldet.
- 5) BVerfGE 57, 295, „FRAG-Urteil“. In: Media Perspektiven 6/1981, S. 437.
- 6) Vgl. dazu u. a. Paetow, Klaus: Antwort des Bundeskartellamts auf die Fragen der KEK zur öffentlichen Befragung „Zur Berücksichtigung medienrelevanter verwandter Märkte im Rahmen der medienkonzentrationsrechtlichen Prüfung (§ 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alternative RStV)“, 1. Juli 2005 ([http://www.kek-online.de/Inhalte/antwort\\_bundeskartellamt.pdf](http://www.kek-online.de/Inhalte/antwort_bundeskartellamt.pdf), 02.11.2005).
- 7) Vgl. Bünte, Hermann-Josef: Kartellrecht. München 2003, S. 245.
- 8) Vgl. Bundeskartellamt, Grundsatzabteilung E/G4, Juli 2005, Auslegungsgrundsätze, S.10 ([http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter\\_deutsch/050715Auslegungsgrundsaeetze.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/050715Auslegungsgrundsaeetze.pdf), 02.11.2005).
- 9) Ebd.
- 10) Zur Kontroverse um die Voraussetzungen für eine derartige Gesamtbeurteilung vgl. weiter unten.
- 11) Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW): Werbung in Deutschland. Berlin 2005, S. 280.
- 12) Vgl. zum Beispiel Eucken, Walter: Die Grundlagen der Nationalökonomie, Berlin/Heidelberg/New York 1965, S. 91ff.
- 13) Vgl. Focus 33/2005, S. 113. Die EU-Kommission hat dieses Joint-venture zwar im Mai 2005 genehmigt, aber diese Genehmigung liegt vor der geplanten hier zu prüfenden Fusion. Die Situation am Fernsehwerbemarkt nach der Fusion konnte daher von der EU-Kommission nicht berücksichtigt werden.
- 14) Vgl. Bundeskartellamt (Anm. 8), Punkt 1.5.2 Verflechtungen auf Drittmärkten mit weiteren Verweisen, S. 48.
- 15) Vgl. Media Perspektiven Basisdaten 2004, S. 48.
- 16) Ebd., S. 52.
- 17) MA 2005/II.
- 18) Media Perspektiven Basisdaten (Anm. 15), S. 54.
- 19) Vgl. KEK-Datenbank „Programmzeitschriften“ (<http://www.kek-online.de/Inhalte/programmzeitschriften.html#Programmzeit-schriften>, 24.10.2005).
- 20) Vgl. Media Perspektiven Basisdaten (Anm. 15), S. 36.
- 21) So zum Beispiel der Springer-Vorstandsvorsitzende Mathias Döpfner in einem Spiegel-Gespräch, Der Spiegel 33/2005, S. 46ff.
- 22) Vgl. dazu Kübler, Friedrich, Medienkonzentrationskontrolle im Streit. Komplexe Randbedingungen und aktuelle Konflikte. In: Media Perspektiven 7/1999, S. 380.
- 23) Döpfner (Anm. 21).
- 24) Pressemitteilung des Axel Springer Verlags vom 5.8.2005.
- 25) So zumindest einige Direktoren von Landesmedienanstalten, vgl. auch Christoph Engel in einem Gutachten für den Axel Springer Verlag, allerdings mit wenig überzeugenden Argumenten ([http://www.kek-online.de/Inhalte/antwort\\_asv\\_mpi.pdf](http://www.kek-online.de/Inhalte/antwort_asv_mpi.pdf), 02.11.2005).
- 26) Vgl. zu dem Gesamtkomplex auch Kübler (Anm. 22).
- 27) So zum Beispiel Bernd Holzengel in der Antwort auf Fragen der KEK ([http://www.kek-online.de/Inhalte/antwort\\_asv\\_itm.pdf](http://www.kek-online.de/Inhalte/antwort_asv_itm.pdf), 02.11.2005).
- 28) Günther-Kommission 1967, Bundestagsdrucksache V/3122, S. 18–20.
- 29) Vgl. auch das im Auftrag der KEK erstellte Gutachten von Uwe Hasebrink: Zur Berücksichtigung medienrelevanter verwandter Märkte bei der Anwendung des Zuschauermodells (§ 26 Abs. 2 Satz 2 RStV), Hamburg, 8.8.2003 (<http://www.kek-online.de/kek/information/publikation/bredow2003.html>, 02.11.2005).

