

Studien zum deutschen und europäischen Medienrecht

Band 57

Regine Sprenger

Optionen zur Regulierung des publizistischen Wettbewerbs

Eine konzeptionelle Untersuchung des Kartellrechts
und des medienspezifischen Konzentrationsrechts in Bezug
auf die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht

1 Einleitung

1.1 Problemaufriss

Konzentrationsprozesse lassen sich in allen Wirtschaftsbereichen beobachten, auch und gerade im Medienbereich. Bereits im Jahr 1986 hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass im Zeitungsbereich zahlreiche Monopole entstanden sind.¹ Dieser Befund hat nicht an Relevanz verloren, vielmehr ist ein stetiger Rückgang an selbstständigen unternehmerischen Einheiten im Bereich der Presse zu verzeichnen.² Im Bereich des privaten Rundfunks lassen sich ebenfalls starke Konzentrationstendenzen beobachten.³ Zudem besteht im gesamten Medienbereich ein Trend zur crossmedialen Konzentration.⁴ Dabei sind insbesondere online verbreitete Medienangebote verstärkt Zielobjekt crossmedialer Zusammenschlussstrategien.⁵

Konzentrationsprozesse im Bereich der Medien stehen unter besonderer Beobachtung. Medien sind keine reinen Wirtschaftsgüter, sondern eine besondere Form von Kulturgütern. Sie sind „Medium und Faktor“ der öffentlichen Meinungsbildung, wie das Bundesverfassungsgericht bereits in der ersten Rundfunkentscheidung festgestellt hat.⁶ Neben der Konzentrationskontrolle durch das Kartellrecht unterstehen die Medien – zumindest soweit auch das Fernsehen betroffen ist – daher der medienspezifischen Konzentrationskontrolle des Rundfunkstaatsvertrages.

Das Kartellrecht findet – typenneutral – auf sämtliche Unternehmen Anwendung, die im Medienbereich agieren. Die Zusammenschlusskontrolle der § 35 ff. GWB soll verhindern, dass eine marktbeherrschende Stellung entsteht. Die Missbrauchsaufsicht der §§ 19, 20 GWB soll verhindern, dass eine bereits entstandene marktbeherrschende Stellung zur Behinderung des Wettbewerbs ausgenutzt wird. Im Rundfunkrecht soll die Funktionsfähigkeit des Meinungsmarktes durch die Regelungen der §§ 26 ff. RStV erreicht werden, welche nicht nur externes, sondern auch internes Wachstum beschränken. Aufgrund der Erstreckung der Kontrolle auf das interne Wachstum soll in

1 BVerfGE 73, 118, 177.

2 Vgl. dazu Schütz, Media Perspektiven 2009, 455.

3 BVerfGE 119, 181, 216.

4 Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Vor § 35, Rn. 48.

5 BVerfGE 119, 181, 217; Monopolkommission, 12. Hauptgutachten 1996/97, Rn. 503, 505; Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Vor § 35, Rn. 106.

6 BVerfGE 12, 205, 260, bezogen auf die damals existenten Massenmedien Presse und Rundfunk.

umfassender Weise verhindert werden, dass es zu einer Situation vorherrschender Meinungsmacht kommt.

Während das Kartellrecht als Messgröße auf die Marktanteile der Unternehmen im wirtschaftlichen Wettbewerb abstellt, knüpft der Rundfunkstaatsvertrag bei der Bestimmung des Konzentrationsgrades maßgeblich an den von einem Unternehmen erreichten Anteil an der Gesamtdauer aller Zuschauer an. Diese Regelungslogik entspricht der Annahme, dass ohne eine entsprechend große Reichweite kein beherrschender Einfluss auf die Meinungsbildung ausgeübt werden kann. Aufgabe der rundfunkspezifischen Konzentrationskontrolle ist es, vorherrschende Meinungsmacht im bundesweiten Fernsehen zu verhindern. Für den Bereich des landesweit, regional oder lokal ausgestrahlten Rundfunks greifen medienspezifische Konzentrations-vorschriften der jeweiligen Landesmediengesetze ein.

Verbindungen von Rundfunkveranstaltern mit anderen Medienunternehmen werden – sofern ein Fernsehprogramm beteiligt ist – von der Konzentrationskontrolle gemäß §§ 26 ff. RStV erfasst, allerdings nur hinsichtlich ihrer Wirkungen auf den öffentlichen Meinungsbildungsprozess im bundesweiten Fernsehen. So wird gemäß § 26 Abs. 2 RStV bei einem Zuschaueranteil von 25 % im bundesweiten Fernsehen das Vorliegen vorherrschender Meinungsmacht vermutet, sofern das Unternehmen auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat oder eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit 30 % Zuschaueranteil im Fernsehen entspricht. Die Gefahren, welche für den publizistischen Wettbewerb bestehen, werden also durch die Konzentrationskontrolle des Rundfunkstaatsvertrages lediglich im Bereich des Fernsehens unmittelbar bekämpft. Ohne Fernsehbezug findet auf Zusammenschlüsse von Medienunternehmen nur das allgemeine Kartellrecht Anwendung.

Dieser Befund erstaunt. Denn wäre eine Fusion zwischen einem reichweitenstarken Online-Medium und einer auflagenstarken Tageszeitung – man denke beispielsweise an Spiegel Online und die Bild-Zeitung – nicht ebenso „gefährlich“ wie eine Fusion der Verlagsgruppe Springer mit dem Fernsehsender ProSieben/Sat.1? Die Frage nach der Berechtigung dieser konzeptionellen Differenzierung zwischen den jeweiligen Medientypen wird Gegenstand des verfassungsrechtlichen und des rechtspolitischen Teils dieser Arbeit sein. Dabei wird insbesondere zu untersuchen sein, wie eine Vereinheitlichung der Regulierungskonzepte rechtlich zu bewerten wäre.

1.2 Fragestellung und Gang der Untersuchung

Ziel dieser Arbeit ist die Ermittlung und Bewertung von möglicherweise erforderlichen Änderungen in der medienspezifischen Konzentrationskontrolle und dem Kartellrecht sowie dem Zusammenspiel dieser beiden Konzepte, insbesondere in Anbetracht von zunehmenden crossmedialen Zusammenschlüssen. Dabei stellen sich zwei Kernfragen:

Zum einen soll untersucht werden, ob auf eine medienspezifische Konzentrationskontrolle zugunsten einer alleinigen Anwendung des Kartellrechts verzichtet werden kann. Neben der Berücksichtigung der relevanten Zielsetzungen und der verfassungsrechtlichen Vorgaben ist hierfür insbesondere eine sorgfältige Bestandsaufnahme und Bewertung der gegenwärtigen Rechtsanwendung erforderlich. Neben der Beantwortung der eingangs aufgeworfenen Frage werden sich daraus auch Vorschläge für eine teilweise andere Auslegung des geltenden Rechts ergeben.

Die zweite Kernfrage hat einen rechtspolitischen Schwerpunkt. Hier geht es darum, wie die bestehenden Regelungen zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht durch Maßnahmen des Gesetzgebers verbessert werden können. Die Beantwortung dieser Frage hängt maßgeblich von den verfassungsrechtlichen Vorgaben ab, wobei auch die legislativen Kompetenzen zu beachten sind. Im Ergebnis sollen bereits vorliegende Modelle bewertet und eigene Regelungsansätze entwickelt werden.

Ausgehend von diesen beiden Fragestellungen nimmt die Untersuchung den folgenden Gang: Eingangs wird in die Konzepte von ökonomischem und publizistischem Wettbewerb sowie deren Verhältnis zueinander eingeführt. Im dritten Teil werden ökonomische Besonderheiten der Medienmärkte aufgezeigt. Auf dieser Basis baut die Darstellung der Regelungsziele des Kartellrechts und des medienspezifischen Konzentrationsrechts im vierten Teil der Arbeit auf. Die Betrachtung der Regelungsziele hat für verschiedene Gesichtspunkte der Arbeit Relevanz: Zum einen sind sie im Rahmen der Auslegung des geltenden Rechts zu berücksichtigen, zugleich sind sie aber auch Maßstab für dessen Bewertung. So wird in der Literatur die Möglichkeit einer alleinigen Anwendung des Kartellrechts auf Zusammenschlüsse im Bereich der Medien teilweise mit dem Argument abgelehnt, die Regelungsziele des Kartellrechts und des Rundfunkrechts ließen sich nicht vereinbaren. Der Untersuchung der einzelnen Regelungsmaterien wird eine Untersuchung der Kompetenzen zur Regelung des Medienbereichs vorangestellt. Die hier gewonnenen Erkenntnisse zeigen wesentliche Prämissen für rechtspolitische Handlungsoptionen auf, welche im Schlusskapitel dieser Arbeit entwickelt werden.

Die sich daran anschließende Untersuchung des Rechtsrahmens umfasst im sechsten Teil eine Analyse der europarechtlichen sowie verfassungsrechtlichen Vorgaben sowie eine vergleichende Betrachtung der Behandlung von Zusammenschlüssen von Medienunternehmen im Kartellrecht und im Rund-funkrecht. Die Analyse der verfassungsrechtlichen Vorgaben betrifft sowohl positive Vorgaben, d.h. vom Verfassungsrecht zwingend vorgegebene Bestandteile einer Konzentrationskontrolle, als auch negative Vorgaben, d.h. die der Ausgestaltung einer Konzentrationskontrolle verfassungsrechtlich gesetzten Grenzen. So besteht bislang noch Uneinigkeit darüber, ob und inwiefern eine der rundfunk-spezifischen Konzentrationskontrolle vergleichbare Konzen-trationskontrolle für den Pressebereich verfassungsrechtlich zulässig wäre. Angesichts der zunehmenden Verlagerung des Tätigkeitsschwerpunkts der herkömmlichen Presse hin zur elektronischen Presse stellt sich zudem die Frage, wie online verbreitete Medienangebote verfassungsrechtlich zu behandeln sind.

Nach der Erarbeitung des verfassungsrechtlich eröffneten Handlungsspielraums soll im siebenten Teil dieser Arbeit untersucht werden, nach welchen Maßstäben das Kartellrecht im Rahmen der Zusammen-schlusskontrolle die Konzentration von Medienunternehmen behandelt. Dabei soll ein besonderes Augenmerk auf die Analyse der Frage gelegt werden, wie das Zusammenspiel der jeweiligen Märkte kartellrechtlich zu beurteilen ist und welche Kriterien sich hieraus für die Beurteilung crossmedialer Unternehmenszusammenschlüsse ergeben. Dies soll insbesondere der eingangs erörterten Kernfrage dienen, ob das Kartellrecht in gleicher Weise wie das medienspezifische Konzentrationsrecht des Rundfunkstaatsvertrags geeignet ist, vorherrschende Meinungsmacht zu verhindern. Sodann wird die medienspezifische Konzen-trationskontrolle in ihrer derzeitigen einfach-gesetzlichen Ausgestaltung untersucht. Auch diesbezüglich sollen Defizite aufgezeigt werden, welche der wirkungs-vollen Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht entgegenstehen.

Im rechtspolitischen Teil dieser Arbeit soll zunächst im Rahmen einer vergleichenden Defizitanalyse untersucht werden, ob das Kartellrecht in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung geeignet ist, in gleicher Weise wie die Konzentrationskontrolle des Rundfunkstaatsvertrags Meinungsbeeinflussungs-potentiale zu erfassen und vorherrschende Meinungsmacht zu verhindern (vgl. 8.1). Neben den tatbestandlichen Voraussetzungen sind hier auch die jeweils vorgesehenen Rechtsfolgen zu bewerten. Im Anschluss daran sollen Handlungsoptionen für die Ausgestaltung der Konzentrationskontrolle im Medienbereich aufgezeigt werden. Dabei sollen sowohl die Option der alleinigen Steuerung durch das Kartellrecht als auch die Option der Bei-behaltung des gegenwärtigen Regulierungskonzepts analysiert werden. Für beide Steuerungsmodelle sollen Reformoptionen zur besseren Erfassbarkeit vorherrschender Meinungsmacht

entwickelt werden. Auch die Möglichkeit einer besseren Verzahnung der Verfahren wird behandelt.

1.3 Untersuchungsgegenstand und Begriffsverständnis

Betrachtungsgegenstand dieser Arbeit sind KonzentrationSENTwicklungen im Bereich der Medien. Der Medienbegriff, welcher dieser Arbeit zu Grunde gelegt wird, orientiert sich an dem allgemeinen Sprachgebrauch. Eine umfassende Definition für den Begriff der Medien zu finden, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und muss gesonderten Untersuchungen vorbehalten bleiben. In Bezug auf den Untersuchungsgegenstand der Arbeit ist eine klare Abgrenzung dessen, was dem Begriff der Medien zugeordnet werden kann, auch weniger entscheidend als eine Abgrenzung der einzelnen Medientypen im Verhältnis zueinander. Eine diesbezügliche begriffliche Abgrenzung wird im Rahmen des Siebenten Teils dieser Arbeit vorgenommen, wobei diese Arbeit in Bezug auf den Rundfunk von dem einfachgesetzlichen Begriffsverständnis, welches unter 6.2.1.5 dargelegt wird, ausgeht. Wenn in Teilen dieser Arbeit ein anderes Begriffsverständnis verwendet wird, wird dies – etwa durch die Bezeichnung als Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinn – zum Ausdruck gebracht.

Der Begriff der Konzentration bezieht sich im Rahmen dieser Arbeit auf wirtschaftliche oder publizistische Machtpositionen. Konzentrationsprozesse beschreiben Vermachtungsprozesse, die sich im wirtschaftlichen oder im publizistischen Wettbewerb vollziehen. Der Begriff der Vermachtung beschreibt die Vergrößerung von Machtpositionen, ohne bereits eine Bewertung der Macht-position als beherrschende bzw. vorherrschende vorzunehmen. Aufgrund der Vermachtung vergrößern sich die Einflusspotentiale einzelner Anbieter. Dies kann – muss jedoch nicht – mit einer Verringerung der Anzahl der Wettbewerbsteilnehmer insgesamt zusammenhängen.

Vermachtungsprozesse können durch internes oder durch externes Unternehmenswachstum bewirkt werden. Das interne Unternehmenswachstum beschreibt die Ausdehnung der Marktanteile eines Unternehmens, ohne dass dies auf einem Zusammenschluss mit einem anderen Medienunternehmen beruht. Ursache des internen Wachstums kann ein erfolgreiches Agieren am Markt, z.B. durch die Eröffnung eines neuen Angebots, oder das Ausscheiden anderer Anbieter aus dem Markt sein. Externes Unternehmenswachstum bezeichnet die Situation des Zusammenschlusses mit einem anderen Unternehmen.

Zusammenschlüsse von Unternehmen lassen sich ausdifferenzieren in horizontale, vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse. Als horizontale Zusammenschlüsse werden Zusammenschlüsse bezeichnet, bei denen die sich zusammenschließenden Unternehmen auf demselben Markt agieren, so dass durch den Zusammenschluss eine Marktanteilsaddition erfolgt. Ein vertikaler Zusammenschluss ist gegeben, wenn eines der Unternehmen auf einem Markt tätig ist, welcher im Verhältnis zu dem Markt, auf dem das andere Unternehmen tätig ist, vor- oder nachgelagert ist. Die Bezeichnung vor- und nachgelagert bezeichnet die Beziehung innerhalb einer Absatzkette von Produkten oder Dienstleistungen. Konglomerate Zusammenschlüsse sind Zusammenschlüsse, die weder horizontal noch vertikal sind, also Unternehmen betreffen, die weder auf denselben Märkten noch auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind.⁷ Schließen sich Anbieter von Medieninhalten zusammen, die auf verschiedenen Märkten tätig sind, handelt es sich um einen crossmedialen Zusammenschluss.⁸ Die Crossmedialität beschreibt also die Verbindung zwischen verschiedenen Medientypen, also beispielsweise Online-Dienste und Rundfunk, Presse und Rundfunk oder Hörfunk und Fernsehen. Dabei soll der Begriff der Crossmedialität auch Zusammenschlüsse von Medienunternehmen erfassen, die Medieninhalte derselben Gattung anbieten, aber auf unterschiedlichen Märkten im Sinne des Kartellrechts tätig sind (beispielsweise Tages- und Wochenzeitungen).⁹

Nicht erfasst werden sollen von dem Begriff der Crossmedialität im Rahmen dieser Arbeit die Vermittler ausschließlich fremder Inhalte sowie technisch-administrative Hilfsaktivitäten, wie sie beispielsweise Kabelnetzbetreiber oder Internetzugangsanbieter erbringen. Vielmehr werden Zusammenschlüsse von Inhalteanbietern und reinen Inhaltevermittlern entsprechend der Begriffsverwendung im Kartellrecht als vertikale Zusammenschlüsse qualifiziert.¹⁰ Die begriffliche Frage, ob derartige Angebote der Inhaltevermittlung als „Medienangebote“ qualifiziert werden können, oder ob es sich diesbezüglich um Metam-

⁷ Vgl. dazu 7.2.1.2.4.3.

⁸ Zum Teil wird die intermediäre Verflechtung auch als Cross-Media-Ownership, multimedialer Zusammenschluss oder Medienverbund bezeichnet, vgl. dazu KEK, Konzentrationsbericht 2000, S. 312; Bender, Cross-Media-Ownership S. 35 ff., der allerdings von einem weiten Medienbegriff ausgeht; Schaarschmidt, Cross-Promotion durch Medienkonglomerate, S. 7.

⁹ Vgl. dazu auch Schaarschmidt, Cross-Promotion durch Medienkonglomerate, S. 7.

¹⁰ Eine andere Auffassung qualifiziert die Suchmaschinenbetreiber als Inhalteanbieter und entsprechend Zusammenschlüsse zwischen Suchmaschinenbetreibern und Inhalteanbietern als crossmediale Zusammenschlüsse, Kühling/Gauß, MMR 2007, 751, 755.

edien handelt,¹¹ kann für die Zwecke dieser Arbeit dahingestellt bleiben. Nicht vernachlässigt werden soll hingegen, dass diese Inhaltevermittler in Bezug auf den Prozess der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung Einflussnahmemöglichkeiten haben, indem sie regelmäßig eine „Gatekeeper-funktion“ einnehmen.¹² Eine Gatekeeperfunktion ist immer dann gegeben, wenn das Unternehmen Einfluss auf das Ob und/oder das Wie einer Übermittlung von Medieninhalten hat.¹³ Im Hinblick auf die spezifischen Einflussnahmepotentiale als vor- und nachgelagerte Märkte bei vertikalen Verflechtungen werden Zusammenschlüsse von Inhalteanbietern und Inhaltevermittlern in die Untersuchung dieser Arbeit einbezogen. Die darüber hinaus bestehenden – für die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht ebenfalls äußerst relevanten – Einflussnahmemöglichkeiten aufgrund der spezifischen Gatekeepersituation zu untersuchen, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und muss Untersuchungen, die sich in spezifischer Weise mit der Plattformregulierung befassen, vorbehalten bleiben.

11 Vgl. dazu Opghenaffen, in: Kelsey/St. Amant, Handbook of Research on Computer Mediated Communication, Bd. 1, S. 492 ff.

12 Gounalakis, Konvergenz der Medien - Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?, S. 75; Neuberger/Lobigs, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfalts sicherung, 54 f., http://www.kek-online.de/kek/information/publikation/almband_43.pdf, zuletzt geprüft am 10.06.2012; vgl. dazu insgesamt Schulz/Held/Laudien, Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Kommunikation.

13 Egermann, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, 3. Abschnitt, Teil 300, IV, 2., Rn. 9; Ott, MMR 2006, 195.