Aufsätze

Sarah-Céline Tacke, Berlin*

# Die Marktabgrenzung im Rundfunk- und Pressebereich und ihre Bedeutung im Rahmen der deutschen Fusionskontrolle**

## I. Einleitung

> „Die Medienfusionskontrolle ist ein Arzneimittel, das auch der deutsche Kartellgesetzgeber gegen den Bazillus der Medienkonzentration verordnet hat. Medienkonzentration greift den gesunden Körper der Medienvielfalt an und führt ohne Behandlung zu verfallender Meinungsvielfalt."[1]

Die Behandlung des Bazillus Medienkonzentration erfolgt im deutschen Kartellrecht, nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen der deutschen Fusionskontrolle gemäß den §§ 35 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).[2] Außerdem enthält der Rundfunkstaatsvertrag (RStV) medienspezifische Konzentrationsregelungen.

Diese beiden Gesetze überprüfen parallel, unabhängig voneinander und mit unterschiedlicher Zielsetzung die Zulässigkeit der Fusion eines Medienunternehmens. In seinem 4. Rundfunkurteil stellte das Bundesverfassungsgericht klar, dass entgegen früherer Einschätzungen das GWB vollständig auf multimediale Fusionen anwendbar ist und betonte dabei die Verschiedenheit der Zielsetzung des GWB gegenüber der des RStV.[3] Die deutsche Fusionskontrolle nach dem GWB kontrolliert nämlich jede Art von Unternehmenszusammenschlüssen, nicht nur solche im Medienbereich. Durch sie wird mittels allgemeiner Instrumente des Kartellrechts Einfluss auf den ökonomischen Wettbewerb von (Medien)-Unternehmen genommen.[4] So sichert die Fusionskontrolle nach dem GWB den Erhalt der Funktionsfähigkeit des wirtschaftlichen Wettbewerbs. Im Unterschied dazu ist das Medienrecht der Bundesländer darauf ausgerichtet, mittels des Rundfunkstaatsvertrages den Erhalt des publizistischen Wettbewerbs zu sichern.[5] In der Fusionskontrolle nach dem GWB ist der entscheidende Maßstab die marktbeherrschende Stellung, im Rundfunkstaatsvertrag ist es dagegen die vorherrschende Meinungsmacht.[6] Für die Maßnahmen der im GWB geregelten Fusionskontrolle ist das Bundeskartellamt (BKartA) zuständig, das Unternehmenszusammenschlüsse auf Gefährdungen für den Wettbewerb hin überprüft.[7] Für die Ermittlung des Vorliegens vorherrschender Meinungsmacht i. S. d. § 26 RStV ist hingegen die *Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich* (KEK) zuständig. Im Ergebnis kann es daher bei der Kontrolle von Medienunternehmenszusammenschlüssen zu divergierenden Entscheidungen kommen, wenn das BKartA einen Verstoß gegen § 36 GWB feststellt, die KEK hingegen dem Zusammenschluss zustimmt. Zwar lassen sich Fusionen auf dem Medienmarkt nicht losgelöst von den Grundrechten, der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und dem Rundfunkstaatsvertrag beurteilen, hier sollen jedoch aufgrund der Schwerpunktsetzung ausführlich nur die Besonderheiten der Fusionskontrolle nach dem GWB behandelt werden.

In der Fusionskontrollpraxis[8] ist die Marktabgrenzung

* Die Autorin legte im Mai 2006 ihr erstes juristisches Staatsexamen an der Universität Hamburg mit dem Schwerpunkt Medienrecht ab.

** Die Arbeit entstand im Rahmen eines Seminars zum Thema „Meinungsvielfalt und Wettbewerb im Medienbereich unter rechtsvergleichenden Aspekten" im Sommersemester 2005 am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg bei *Priv.-Doz. Dr. Reinhard Ellger*. Der Dank der Autorin gilt *Priv.-Doz. Dr. Reinhard Ellger* und *wiss. Mit. Roland Wiring* für die umfassende Betreuung der Arbeit und *Prof. Dr. Axel Beater* für die Anregungen zur veröffentlichten Fassung.

1 *Josef Aicher,* Das Recht der Medienunternehmen, 1998, S. 81.

2 Im Verhältnis der Regelungen der rundfunkrechtlichen Konzentrationskontrolle zu denen des GWB gilt, dass die Konzentrationskontrolle nach dem GWB schon deshalb nicht verdrängt wird, weil es sich bei den §§ 35 ff. GWB um Bundesrecht handelt, das nach Art. 31 GG Vorrang vor dem Landesrundfunkrecht hat, vgl. *Marian Paschke,* Medienrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 446.

3 BVerfG 73, 118 ff.

4 Vgl. *Armin Trafkowski,* Medienkartellrecht- die Notwendigkeit der Harmonisierung zweier Gebiete, K&R 2002, 62 (62).

5 Vgl. *Armin Trafkowski,* Medienkartellrecht, 2002, S. 1; *Babette Kibele,* Deutschland, in: Bernd Holznagel et al. (Hrsg.), Meinungsvielfalt im kommerziellen Fernsehen, S. 19 (25).

6 Die Vorschriften der §§ 25 ff. RStV knüpfen mit dem Begriff der „marktbeherrschenden Stellung" an die Vorschriften der wettbewerbsrechtlichen Fusionskontrolle gem. § 36 GWB an, vgl. *Christoph Bohl,* Konzentrationskontrolle in den elektronischen Medien, 2000, S. 113. Die *Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich* (KEK), die ihre Kompetenz aus dem RStV herleitet) geht davon aus, dass Entscheidungen der deutschen und europäischen Kartellbehörden Tatbestandswirkung für die nach dem RStV zu treffenden Entscheidungen zukommen kann, wenn es um die Marktabgrenzung auf einem Markt geht, den die Kartellbehörden bereits untersucht, das heißt abgegrenzt haben, vgl. Jahresbericht der KEK: Bericht über die Tätigkeit der Kommission im Zeitraum vom 15.05.1997 bis 30.06.1998, 1998, S. 6.

7 *Friedrich Petry,* Reform der Rundfunkordnung im Licht der Rundfunkveranstaltungsfreiheit, 2002, S. 128.

8 Erläuterungen zur deutschen Fusionskontrolle: Nach § 39 I GWB sind grundsätzlich alle Zusammenschlüsse vor dem Vollzug beim BKartA anzumelden. A) Das BKartA prüft dann zunächst die sog. Aufgreifkriterien, das heißt den Zusammenschlusstatbestand nach § 37 GWB. Das bedeutet, dass zunächst ein Zusammenschluss i. S. d. § 37 GWB vorliegen muss, der die Umsatzschwellen des § 35 GWB überschreitet (Hierbei ist zu beachten, dass die Umsatzberechnungsformel für Pressezusammenschlüsse nach § 38 III GWB die sonst geltende Umsatzschwelle von 20 Mio. DM auf 1 Mio. DM vermindert, vgl. *Volker Emmerich,* Kartellrecht, 9. Aufl. 2001, S. 279; näher dazu auch *Ulf Böge,* Reform der Pressefusionskontrolle: Forderungen, Vorschläge, Konsequenzen, MMR 2004, S. 227) und nicht unter die vorrangige europäische Fusionskontrollverordnung i. S. d. § 35 III GWB fällt. B) Wenn der Zusammenschlusstatbestand des § 37 GWB vorliegt, prüft das BKartA die sog. materiellen Eingreifkriterien. Der Zusammenschluss ist demnach zu untersagen, wenn i. S. d. § 36 I GWB

das zentrale Element[9], da sie vorentscheidend dafür sein kann, ob eine Fusion genehmigt oder untersagt wird.[10] Denn die Fusionskontrolle ist als präventive Kontrolle ausgestaltet, das heißt, dass bereits vorbeugend einer Gefährdung des Wettbewerbs begegnet wird, indem ein Zusammenschluss untersagt wird, der gegebenenfalls zu einer negativen Veränderung der Marktstruktur führen würde.[11] Entscheidend ist also die Prognose, ob die zusammengeschlossenen Unternehmen einen Markt (stärker) beherrschen werden. Daher ist die Marktabgrenzung sowohl Ausgangspunkt, als auch oftmals Kernproblem der Prüfung.[12] Denn je enger oder weiter man die Marktabgrenzung zieht, desto leichter oder schwerer lässt sich eine Marktbeherrschung konstatieren.[13] Dadurch entscheidet die Marktabgrenzung bereits indirekt über die Marktbeherrschung und damit über das Ergebnis der Fusionskontrolle.[14]

Um die Bedeutung der Marktabgrenzung im Rundfunk- und Pressebereich für die deutsche Fusionskontrolle darzulegen, bedarf es zunächst einer Analyse der Struktur und Funktion des GWB, das grundlegend für die kartellrechtliche Betrachtung jeder Art von Unternehmenszusammenschlüssen ist. Deshalb werden zuerst die Kriterien dargestellt, nach denen Märkte im GWB grundsätzlich abgegrenzt werden, um anschließend die Marktabgrenzung im Presse- und Rundfunkbereich differenzierter zu betrachten.

Anhand der Darstellung der Marktabgrenzung im Rundfunk- und Pressebereich und der Funktionsweise der Fusionskontrolle werden im Folgenden die Grenzen der Funktionsfähigkeit der Fusionskontrolle in Bezug auf die Kontrolle von Medienkonzentration aufgezeigt. Es ist seit jeher eine Kernfrage des Medienrechts, ob die Vorkehrungen gegen eine Konzentration auf dem Rundfunk- und Pressemarkt allein mit den Mitteln des den wirtschaftlichen Wettbewerb regelnden Kartellrechts sachgerecht getroffen werden können.[15] Daher wird diese Arbeit schließlich der Frage nachgehen, inwieweit die deutsche Fusionskontrolle bzw. die Marktabgrenzung im Rahmen der deutschen Fusionskontrolle geeignet ist, Medienkonzentration zu verhindern.

## II. Die Marktabgrenzung

Der Marktabgrenzung im Rundfunk- und Pressebereich liegen die Kriterien und Theorien zugrunde, die generell für die Marktabgrenzung in der deutschen Fusionskontrolle angewandt werden.

### 1. Der kartellrechtliche Marktbegriff und die Marktabgrenzung

Die Bedeutung der Marktabgrenzung kann gar nicht überschätzt werden,[16] da sie das zentrale Element in der Fusionskontrolle ist. Sie dient dazu, die durch Wettbewerb kontrollierten freiheitlichen Märkte voneinander abzugrenzen.[17]

#### a) Der Marktbegriff

Für die Beschreibung des Marktbegriffs ist zu beachten, dass es in kartellrechtlichen Untersuchungen stets auf die Feststellung von ökonomischer Macht ankommt. Daher muss jeweils der im konkreten Fall zu betrachtende ökonomische Markt herauskristallisiert werden.[18] „Markt" ist daher nach allgemeiner Ansicht „der ökonomische Ort, an dem Angebot und Nachfrage zusammentreffen"[19].

#### b) Elemente der Marktabgrenzung

Die Feststellung des relevanten Marktes erfolgt in sachlicher, räumlicher und vereinzelt auch in zeitlicher Abgrenzung.[20]

##### aa) Sachliche Marktabgrenzung

Mit Hilfe der sachlichen Marktabgrenzung soll festgestellt werden, welche Unternehmen vergleichbare Pro-

zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung i. S. d. § 19 II, III GWB des Unternehmens begründet oder verstärkt würde, vgl. § 36 I GWB. Hier wird die Marktabgrenzung entscheidend, da zunächst der relevante Markt abzugrenzen ist und anschließend der Beherrschungsgrad auf diesem Gebiet zu messen ist.

9 *Pamela Knauss,* Die räumliche Marktabgrenzung in der Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen im deutschen und europäischen Recht, 2003, S. 1; *Stefan Siebert,* Zur Marktabgrenzung bei Zeitungen, Publikums- und Fachzeitschriften, Buchverlagen, WuW 2004, 399 (401). Im Rahmen der materiellen Fusionskontrolle prüft das BKartA, ob durch den Zusammenschluss von Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird (§ 36 I GWB) vgl. BKartA, B 6 – 26/04 –, S. 21; BKartA, B 6 – 27/04 –, S. 29; BKartA, B 6 – 103/04 –, S. 13 (14); BKartA, B 6 – 81/03 –, S. 21; BKartA, B 6 – 141/98 –, S. 4.

10 *Tilman Golz,* Der sachlich relevante Markt bei Verlagserzeugnissen, 2003, S. 1; *Kirsten Neveling,* Die sachliche Marktabgrenzung bei der Fusionskontrolle im deutschen und europäischen Recht, 2003, S. 46.

11 Vgl. *Knauss,* Fn. 9, S. 2.

12 Vgl. *Golz,* Fn. 10, S. 2.

13 *Wernhard Möschel,* Fusionskontrolle im Pressebereich, JZ 1984, 493 (496).

14 Vgl. *Gunnar Bender,* Cross-Media-Ownership, 1999, S. 225; *Klaus-Eberhard Schmidt,* Gibt es einen Fernsehzuschauermarkt im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ZUM 1997, 472 (472).

15 Vgl. *Ekkehard Spieler,* Fusionskontrolle im Medienbereich, 1988, S. 43.

16 *Jörg Schütz,* Zusammenschlusskontrolle §§ 35–43 GWB, in: Wolfgang Bosch et al. (Hrsg.), GK, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 5. Aufl. 2000, § 36 Rn. 9.

17 *Franz Jürgen Säcker,* Abschied vom Bedarfsmarktkonzept, ZWeR 2004, 1 (9); *Rainer Traugott,* Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929 (931).

18 *Knaus,* Fn. 9, S. 3; *Schütz*, Fn. 16, § 36 Rn. 8.

19 *Emmerich*, Fn. 8, S. 179.

20 Vgl. *Wernhard Möschel,* in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), GWB-Kommentar zum Kartellrecht, 3. Aufl. 2001, § 19 Rn. 23.

dukte anbieten und dadurch in Bezug auf bestimmte Waren oder Dienstleistungen im Wettbewerb zueinander stehen.[21] Um Märkte sachlich abgrenzen zu können, muss eine Einheit von Waren oder Dienstleistungen so umgrenzt werden, dass von außerhalb keine oder vernachlässigbar geringe Einflüsse auf die wettbewerbliche Handlungsweise der Einheit eingehen.[22]

#### bb) Räumliche Marktabgrenzung

Die räumliche Marktabgrenzung legt den geographischen Bereich fest, in dem sich marktgleiche Güter gegenüberstehen, das heißt angeboten oder nachgefragt werden.[23] Unternehmen sind oftmals durch die Art ihrer Ware oder Dienstleistung, oder durch ihren Standort an ein bestimmtes räumliches Gebiet gebunden.[24] Deshalb sind trotz eines gemeinsamen sachlich relevanten Marktes solche Unternehmen vom Markt auszusondern, die mit dem in Frage stehenden Unternehmen nicht die gleichen Kunden versorgen, also räumlich verschiedene Märkte haben.

#### cc) Zeitliche Marktabgrenzung

Nach der zeitlichen Marktabgrenzung findet Wettbewerb nur in dem Zeitraum statt, in welchem Anbieter und Nachfrager zum Leistungsaustausch bereit sind.[25] Diese Abgrenzung soll solche Unternehmen aussondern, die nicht zur gleichen Zeit dieselben Kunden versorgen wie das in Frage stehende Unternehmen.

### c) Theorien zur Marktabgrenzung: Das Bedarfsmarktkonzept

Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes geht es um die Frage, zwischen welchen Gütern oder Leistungen Wettbewerbsbeziehungen bestehen.[26] Zur Beantwortung dieser Frage verwenden das BKartA und die zuständigen Gerichte sowie die Literatur überwiegend das Bedarfsmarktkonzept.[27]

#### aa) Kritik am Bedarfsmarktkonzept

Im Folgenden wird ausschließlich die Markabgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept ausführlich erläutert, auch wenn sowohl in den Entscheidungen des Bundeskartellamtes weitere Abgrenzungstheorien vereinzelt angewandt werden und es in der Literatur teilweise starke Kritik am Bedarfsmarktkonzept bzw. der am Bedarfsmarktkonzept orientierten Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes gibt.

Neben dem Bedarfsmarktkonzept gibt es weitere Theorien von denen hier das Konzept der Kreuzpreiselastizität und das Konzept der Wirtschaftspläne erläutert werden. Diese Aufzählung ist zwar wiederum nicht vollständig, da es einige weitere Theorien gibt, nach denen Märkte abgegrenzt werden können. Es handelt sich jedoch bei den beiden Theorien um die entscheidenden, die sowohl vom BKartA, als auch von den Gerichten gelegentlich ergänzend zum Bedarfsmarktkonzept angewandt werden. Auch in der Literatur werden vorwiegend diese beiden Theorien diskutiert, wenn die Funktionsfähigkeit des Bedarfsmarktkonzepts in Frage gestellt wird.[28]

#### (1) Das Konzept der Kreuzpreiselastizität

Bei dem Konzept der Kreuzpreiselastizität wird darauf abgestellt, dass bei Preiserhöhungen die Nachfrager auf gleichartige Waren, bei denen der Preis nicht verändert wurde, in dem ihnen möglichen Maß ausweichen. Wenn schon bei geringer Preiserhöhung vielfach ausgewichen wird, soll dass von großer Ausweichmöglichkeit zeugen und dies wiederum für die Austauschbarkeit von Produkten und damit für das Vorliegen des selben sachlich relevanten Marktes.[29] Das Aufzeigen solcher Marktbewegungen kann höchstens als „indizielle Beurteilungshilfe“ zur Ermittlung einer Marktabgrenzung herangezogen werden.[30]

#### (2) Das Konzept der Wirtschaftspläne

Dem Konzept der Wirtschaftspläne liegt die Idee zugrunde, dass Unternehmen am besten selbst die ihnen zur Verfügung stehende wettbewerbliche Handlungsfreiheit und das Ausmaß an Konkurrenz beurteilen können. Daher sollten die Wirtschaftspläne selbst, die sich im Marktverhalten der Unternehmen widerspiegeln, zum Kriterium für die Marktabgrenzung gemacht werden.[31] Dieses Konzept ist jedoch überaus unpraktikabel, da die Gefahr wettbewerbswidriger Manipulation bei einer auf den Wirtschaftsplänen von Unternehmen basierenden Marktabgrenzung überaus groß ist.

---

21 *Neveling,* Fn. 10, S. 47; *Ingo Schmidt,* Wettbewerbspolitik und Kartellrecht – eine interdisziplinäre Einführung, 7. Aufl. 2001, S. 53 f.; *Otto-Friedrich Freiherr von Gamm,* Kartellrecht: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Aufl. 1990, Rn. 33.

22 *Neveling,* Fn. 10, S. 50; es muss daher sachlich im Hinblick auf eine bestimmte Ware oder Dienstleistung abgegrenzt werden.

23 *Peter Beckmann,* Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1968, S. 127.

24 Die räumliche Grenze kann durch rechtliche oder tatsächliche Umstände entstehen, vgl. *Elke van Arnheim,* Der räumlich relevante Markt im Rahmen der Fusionskontrolle: Staatsgrenzen als Marktgrenzen, 1991, S. 15.

25 *Neveling,* Fn. 10, S. 49; auch bei der zeitlichen Abgrenzung können sowohl rechtliche, als auch tatsächliche Gegebenheiten eine Rolle spielen.

26 *Matthias Knothe/Julia Lebens,* Rundfunkspezifische Konzentrationskontrolle des Bundeskartellamtes, AfP 2000, 125 (128).

27 *Susanne Parlasca,* Medienkonzentration und Medienverflechtung- zur Reichweite des kartellrechtlichen Instrumentariums, WuW 1994, 210 (214); für die Entscheidungspraxis vgl. BKartA, B 6 – 26/04 –, S. 21; BKartA, B 6 – 27/04 –, S. 29; BKartA, B 6 – 103/04 –, S. 13 (14); BKartA, B 6 – 81/03 –, S. 21; BKartA, B 6 – 141/98 –, S. 4.; *Golz,* Fn. 10, S. 39; *Emmerich,* Fn. 8, S. 179; *Jürgen Burkhardt,* Kartellrecht – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – Europäisches Kartellrecht, 1995, Rn. 332; *Klaus Paetow,* Medien in der Krise – Medienmacht, Medienvielfalt und wirtschaftliche Vernunft – kartellrechtliche Herausforderungen, 20. Sinclair-Haus-Gespräch, 2003, S. 3; *Schütz,* Fn. 16, § 36 Rn. 15.

28 Vgl. u. a. *Säcker,* Fn. 17, S. 6.

29 Vgl. kritisch unter anderem *Möschel,* Fn. 20, § 19 Rn. 33.

30 Vgl. *Möschel,* Fn. 20, § 19 Rn. 33.

31 vgl. *Möschel,* Fn. 20, § 19 Rn. 32.

Damit zeigt sich, dass das Bedarfsmarktkonzept, trotz seiner Schwächen in Bezug auf die Bestimmung eines realitätsnahen Marktes,[32] die marktabgrenzungsgerechteste Methode darstellt. Das soll jedoch nicht bedeuteten, dass die ausschließliche und strikte Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts befürwortet wird, sondern, dass unter dem Blickwinkel einer marktgerechten Abgrenzung auch weitere Abgrenzungstheorien zu berücksichtigen sind.[33]

#### bb) Funktionsweise des Bedarfsmarktkonzeptes

Die Grundidee des Bedarfsmarktkonzeptes liegt in der Annahme, dass Güter, die für die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses zur Verfügung stehen, zu einem Markt gehören.[34] Die Nachfrager haben eine Wahlmöglichkeit welches Produkt sie zur Befriedigung ihres Bedürfnisses kaufen. Bei großer Wahlmöglichkeit des Abnehmers zur Befriedigung seines Bedürfnisses besteht folglich große Konkurrenz und geringere Marktmacht.

Entscheidendes Abgrenzungskriterium soll dabei die funktionelle Austauschbarkeit von Gütern und Leistungen aus Sicht der Marktgegenseite sein.[35] Funktionell austauschbar sind solche Güter und Leistungen, die nach der Ansicht eines durchschnittlichen, vernünftigen Nachfragers denselben Verwendungszweck erfüllen, preislich und in ihrer Beschaffenheit gleichwertig sind und zwischen denen der Nachfrager tatsächlich auswählt.[36] So sind zum Beispiel Tageszeitungen aus Sicht des Lesers funktionell austauschbar, da sie alle sein Bedürfnis an tagesaktuellen Informationen befriedigen können. Entscheidend ist also die „Marktgleichwertigkeit" der Angebote.[37] Ziel der Marktabgrenzung ist es, die den Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite entsprechende Realität zu erfassen.[38]

Wichtig für die Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes in der deutschen Fusionskontrolle ist, dass die Kriterien zur Abgrenzung des jeweiligen Marktes nicht schematisch angewandt werden dürfen, sondern dass individuell entschieden werden muss,[39] da die Marktabgrenzung insbesondere im Hinblick auf stetige Marktstrukturveränderungen anpassungsfähig sein muss.[40]

### 2. Substitutionskonkurrenz

Auch die zu einem relevanten Markt zusammengefassten Produkte sind dem Wettbewerb von Substituten ausgesetzt. Eine solche Substitutionskonkurrenz bedeutet, dass eine Leistung für die nachfragende Seite zumindest entfernt durch eine andere ersetzt werden kann.[41] Substitute sind nach allgemeiner Ansicht jedoch nie als marktgleichwertig anzusehen, weil die Hemmschwelle beim Überwechseln zu Substituten in der Regel zu groß sei.[42] Daher kann Substitutionswettbewerb nie so wesentlich sein, dass er eine Marktbeherrschung ausschließt.[43] Substitutionskonkurrenz kann zum Beispiel zwischen einer Straßenverkaufszeitung und einer regionalen Abonnementzeitung bestehen. Diese Print-Produkte sind aus Lesersicht nicht funktional austauschbar und bilden daher keinen gemeinsamen Markt. Sie können aber als entfernt miteinander austauschbar angesehen werden, da sie trotz ihrer Verschiedenheit beide das Interesse der Leser an tagesaktueller Information befriedigen können. Diese Substitutionskonkurrenz zwischen Straßenverkaufs- und Abonnementzeitung würde bei einer Fusion dieser Print-Produkte wegfallen und die marktbeherrschende Stellung zum Beispiel der Straßenverkaufszeitung auf dem Straßenverkaufszeitungsmarkt verstärken.

Bedeutung kommt der Substitutionskonkurrenz vor allem dadurch zu, dass sie im Rahmen der nach § 19 II 1 Nr. 2 GWB gebotenen Gesamtwürdigung zu berücksichtigen ist.[44] Zudem ist die Berücksichtigung des Substitutionswettbewerbs bedeutsam, wenn bei der Beurteilung marktübergreifender Zusammenschlüsse die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung durch Ausschluss des Restwettbewerbs bewertet wird.[45] Im Medienbereich kann dies insbesondere entscheidend sein bei der Überprüfung intermediärer Zusammenschlüsse.

### 3. Der Marktbegriff und die Marktabgrenzung im Medienbereich

Es gibt zwar keine spezielle Medienfusionskontrolle,[46] dennoch ist die auf gewöhnlichen Märkten schon problematische Marktabgrenzung bei Medienmärkten noch wesentlich komplizierter. Sie gehört zu einem der problematischsten und umstrittensten Bereiche medienfusionskontrollrechtlicher Verfahren.[47]

32 Dies wird insbesondere in Bezug auf die Marktabgrenzung auf dem Presse- Lesermarkt deutlich.

33 Das Erfordernis einer einzelfallgerechten Marktabgrenzung und damit das Erfordernis einer undogmatischen Marktabgrenzung wird besonders deutlich bei der Betrachtung der Marktabgrenzungspraxis des BKartA im Pressebereich. Vgl. dazu im Text unter III.

34 *Beckmann,* Fn. 23, S. 40.

35 *Trafkowski,* Fn. 5, S. 31.

36 *Emmerich,* Fn. 8, S. 180.

37 *Trafkowski,* Fn. 5, S. 31.

38 *Möschel,* Fn. 20, § 19 Rn. 32.

39 Vgl. *Neveling,* Fn. 10, S. 60.

40 Vgl. *Golz,* Fn. 10, S. 27.

41 *Schütz,* Fn. 16, § 36 Rn. 165.

42 WuW/E OLG, 3759 (3763) *Pillsburry/Sonnen/Bassermann.*

43 Vgl. WuW/E BGH, 1711 (1714) *Mannesmann/Brueninghaus.*

44 WuW/E BGH, S. 2112 (2122) *Gruner+Jahr/Zeit I.*

45 *Ernst-Joachim Mestmäcker,* in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), GWB-Kommentar zum Kartellrecht, 3. Aufl. 2001, § 36 Rn. 216; WuW/E BGH, 1854 (1857 ff.) *Zeitungsmarkt München*: In dieser Entscheidung wurde angenommen, dass die marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Straßenverkaufszeitungen durch eine damit in Substitutionswettbewerb stehende regionale Abonnementzeitung verstärkt wird.

46 Vgl. WuW/E BGH S. 2276 (2284) *Süddeutscher Verlag/Donau-Kurier.* Allerdings sind nach dem GWB Aufgreifschwellen deutlich niedriger, vgl. §§ 35 II, 2; § 38 III GWB.

47 *Ralf Dewenter et al.,* Monopolalarm im Pressesektor: Geplante GWB-Novelle schadet der Pressevielfalt, Wochenbericht des DIW, Nr. 8/2005, S. 150; *Spieler,* Fn. 15, S. 46.

## III. Die Marktabgrenzung im Pressebereich

Die Pressefusionskontrolle soll den hochkonzentrierten Pressemarkt vor einem weitergehenden Aufbau der bereits regierenden Marktführer[48] schützen.[49] Hierfür ist zunächst, wie oben bereits erläutert, die Marktabgrenzung das zentrale Element. Unter dem Gesichtspunkt der Marktabgrenzung erfordern Presseerzeugnisse eine besonders differenzierte Unterteilung.

### 1. Sachliche Marktabgrenzung im Pressebereich

Bei Zeitungen und Zeitschriften, die sogenannte gebündelte Leistungen sind, muss zuerst zwischen Leser- und Anzeigenmarkt differenziert werden.[50] Es handelt sich zwar um zwei trennbare Leistungen, nämlich den redaktionellen Teil und den Anzeigenteil, die sich an zwei verschiedene Kundenkreise richten und damit auf zwei verschiedenen Märkten angeboten werden.[51] Jedoch stehen sie dabei trotzdem in einem wirtschaftlich untrennbaren Zusammenhang, der darin besteht, dass für den Zeitungsverlag die Leistung für die Inserenten mit dem Absatz der Zeitung auf dem Lesermarkt als Gesamtprodukt untrennbar verbunden ist.[52] Denn je höher die Auflage einer Zeitung und ihr Leserkreis ist, desto größer ist auch der Verbreitungsgrad der in ihr abgedruckten Anzeigen und dementsprechend höhere Preise kann diese Zeitung für ihre Anzeigenflächen verlangen. Mithin steigen bei größerer Auflagenzahl die Werbeeinnahmen, während die fixen Stückkosten pro Zeitungsausgabe niedriger werden. Die so gewonnene Finanzkraft kann wiederum in eine Steigerung der redaktionellen Qualität investiert werden, wodurch wiederum eine Optimierung der Auflagenzahlen und eine damit einhergehende Steigerung der Anzeigeneinnahmen ermöglicht wird. Diese sogenannte Auflagen-Anzeigen-Spirale[53] kann genauso in umgekehrter Richtung wirken. Sinken die Auflagenzahlen durch verschlechterte redaktionelle Qualität und verkleinert sich damit der Lesermarkt, so sinken auch die Werbeeinnahmen, was wiederum eine weitere Verschlechterung der redaktionellen Qualität zur Folge haben kann.

Dieses Wechselspiel zwischen Lesermarkt und Anzeigenmarkt ist auch Grund für die Tendenz von Pressemärkten zur Konzentration und Monopolisierung. Sowohl aus Sicht der Werbenden als auch aus Sicht der Werbeadressaten ist die Zeitung mit der höchsten Auflage, also mit dem größten Leserkreis die wichtigste, so dass Anzeigenkunden bzw. Anzeigenleser stets vor allem in dem marktführenden Blatt inserieren bzw. es erwerben wollen. Das führt zu einem den Erstplazierten überproportional bevorzugenden Mechanismus.[54] Dieser Gefahr sollen die presserechtlichen Fusionskontrollvorschriften entgegenwirken. Sie gelangen zur Anwendung, wenn durch einen Zusammenschluss der Wettbewerb auf dem Lesermarkt, auf dem Anzeigenmarkt oder auf beiden beschränkt wird.[55]

#### a) Differenzierung auf dem Lesermarkt

Um die unterschiedlichen Lesermärkte sachlich voneinander abzugrenzen, muss untersucht werden, ob bestimmte Presseerzeugnisse aus der Sicht des nachfragenden Lesers austauschbar sind.[56] Nach dem Bedarfsmarktkonzept bieten sich sehr unterschiedliche Merkmale an, die für die Kaufentscheidung und den Bedarf des jeweiligen spezifischen Leserkreises ausschlaggebend sein können. So kann unter anderem nach Inhalt, Charakter, Leserkreis, Erscheinungsweise und Vertriebsform differenziert werden, sofern sich dies auf die Austauschbarkeit der Objekte auswirkt.[57] Es ist jedoch immer eine Einzelfallentscheidung, wie weit Marktgrenzen im Pressebereich gezogen werden. Zudem besteht oftmals ein fließender Übergang mit Rand- und Substitutionswettbewerb. Trotzdem haben sich durch die Entscheidungspraxis des BKartA und der Gerichte Kriterien herausgebildet, nach denen meist abgegrenzt wird. Diese Abgrenzungskriterien werden im Folgenden erläutert.

##### aa) Zeitungen

Bei Zeitungen wird zunächst zwischen Tages- und Wochenzeitungen differenziert.[58] Nach dem Bedarfsmarktkonzept decken diese Zeitungsarten unterschiedliche Verbraucherbedürfnisse, da Tageszeitungen von hoher Aktualität gekennzeichnet sind, während Wochenzeitungen umfangreich und fundiert Bericht erstatten.[59] Sonntagszeitungen werden nach mittlerweile allgemeiner Ansicht, obwohl dies zeitweise anders beurteilt wurde,[60] zu den Tageszeitungen gezählt, mit der Begründung, dass sie nur eine besondere Tageszeitung für den Sonntag seien.[61]

48 Marktführer sind derzeit u. a.: *Springer*, vgl. BGHZ 82, 1 (8); *Bertelsmann* vgl. BGHZ 92, 223 (241); *WAZ-Gruppe*, vgl. BGHZ 121, 137 (155).

49 *Jens Petersen,* Medienrecht, 2. Aufl. 2005, S. 153.

50 *Schütz,* Fn. 16, § 36 Rn. 159.

51 *Spieler,* Fn. 15, S. 47.

52 *Hans-Christoph Leo,* Marktbeherrschung, § 19 GWB, in: Hans-Christoph Leo et al. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 5. Aufl. 2001, § 19 Rn. 349.

53 BGHZ 76, 55 (74 f.) *Elbe Wochenblatt I.*

54 BGHZ 151, 260 (273) *Stellenmarkt für Deutschland II.*

55 *Schütz,* Fn. 16, § 36 Rn. 159.

56 *Spieler,* Fn. 15, S. 49; entscheidend sind auch hier, wie bereits oben erläutert, allein wettbewerbliche Erwägungen, es geht also darum, die „area of effective competition" zu ermitteln; kein Kriterium ist dabei die publizistische Meinungsvielfalt.

57 *Möschel,* Fn. 13, S. 493 (496); *Monopolkommission,* Sondergutachten, Nr. 42, S. 15 ff.

58 Vgl. *Spieler,* Fn. 15, S. 48; WuW/E BGH, 2112 (2121 f.) *Gruner+Jahr/Zeit I.*

59 WuW/E BGH, 2112 (2121) *Gruner+Jahr/Zeit I*; teilweise wurde auch vertreten, dass die politischen Wochenzeitungen einen eigenen Markt bildeten, vgl. WuW/E BGH, 2433 (2436) *Gruner+Jahr/Zeit II*; *Möschel,* Fn. 20, § 19 Rn. 30.

60 WuW/E BKartA, 1921 (1929) *Burda/Springer.*

61 Vgl. *Schütz,* Fn. 16, § 36 Rn. 160.

Die Unterschiedlichkeit des Verbreitungsgebietes von lokalen, regionalen und überregionalen Zeitungen wirkt sich auch auf den Inhalt dieser Zeitungsgruppen aus und führt dazu, dass sie jeweils unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten zuzuordnen sind.[62] Zudem liegen auch geographisch unterschiedliche Märkte vor.[63] Problematisch kann im Einzelfall sein, inwieweit Lokalzeitungen und überregionale Zeitungen mit lokaler Berichterstattung demselben (regionalen) Lesermarkt zuzurechnen sind.[64]

Die Unterschiedlichkeit in Layout, Aufmachung und Art der Berichterstattung führt dazu, dass Abonnementzeitung und Straßenverkaufszeitung unterschiedliche Lesebedürfnisse befriedigen und daher von den meisten Nachfragern nicht als austauschbar angesehen werden.[65] Daher ist es für die Marktabgrenzung unerheblich, dass auch typische Abonnementzeitungen im Straßenverkauf vertrieben werden und umgekehrt.[66] Wenn allerdings im Einzelfall eine Abonnementzeitung und eine Straßenverkaufszeitung in ihrer Aufmachung und ihrer Art der Berichterstattung kaum noch wesentliche Unterschiede aufweisen, sie also demselben Lesebedürfnis entsprechen, ist von einem einheitlichen Lesermarkt auszugehen.

#### bb) Zeitschriften

Zeitschriften sind wiederum von Zeitungen abzugrenzen, da sie in Folge eines andersartigen Layouts und eigener Präsentationsform aus Sicht des Lesers nicht als „marktgleichwertig“ angesehen werden. Bei Zeitschriften kann aufgrund der Unterschiedlichkeit in Inhalt und Aufmachung zwischen sogenannten Publikumszeitschriften und Fachzeitschriften weiter differenziert werden.

Bei den Publikumszeitschriften gilt es weiter zu differenzieren zwischen speziellen Publikumszeitschriften, die sich den Themen bestimmter Zielgruppen widmen, so zum Beispiel Wirtschaft, Mode, Sport, und allgemeinen Publikumsillustrierten, die nicht an eine bestimmte Zielgruppe gerichtet sind, so z. B. *Stern, Bunte, Gala*.[67]

Die Fachzeitschriften befriedigen demgegenüber einen speziellen Informationsbedarf bestimmter Zielgruppen. Dadurch, dass bei Fachzeitschriften in der Praxis der Markt vereinzelt weiter nach der jeweiligen inhaltlichen Ausrichtung der Zeitschrift unterteilt wird, entsteht die Problematik von zu eng gefassten Märkten.[68]

### b) Differenzierung auf dem Anzeigenmarkt

Auf den Anzeigenmärkten entscheidet das Bedürfnis der werbetreibenden Wirtschaft über die Größe des relevanten Marktes. Für die werbetreibende Wirtschaft sind die Erreichbarkeit des Adressaten sowie die Darstellungsmöglichkeiten der Werbung entscheidend. Daher ist die Art des Produktes für die Marktabgrenzung auf dem Anzeigenmarkt meist irrelevant, zu einem Markt können daher Anzeigen in Tageszeitungen, in schlichten Anzeigenblätter ohne großen redaktionellen Teil,[69] Straßenverkaufs- und Abonnementzeitungen gehören.[70] Das Verbreitungsgebiet – und damit eine räumliche Marktabgrenzung – ist entscheidend.

Es bedarf einer Differenzierung zwischen lokalen, regionalen und überregionalen Zeitungen, da hier zumeist unterschiedlich viele Adressaten erreicht werden, was einer Austauschbarkeit aus Sicht der werbetreibenden Wirtschaft entgegensteht.[71] Räumlich wird hier bis zu sublokalen Märkten und stadtteilbezogener Anzeigenwerbung, abgegrenzt.[72]

Zeitschriften hingegen sind typischerweise überregional und haben somit ein einheitliches Verbreitungsgebiet und einen ebensolchen Anzeigenmarkt. Das gilt fast ausnahmslos für jede Art von Zeitschrift unabhängig von der jeweiligen thematischen Ausrichtung des redaktionellen Teils. Publikums-, Programm- und spezielle Zielgruppenzeitschriften bilden somit einen einheitlichen Markt.[73] Einen eigenen Markt können jedoch Anzeigen in Fachzeitschriften bilden, sofern sie eine Adressatengruppe ganz gezielt ansprechen können.[74]

Da für die Austauschbarkeit aus Sicht der werbetreibenden Wirtschaft vornehmlich das Verbreitungsgebiet und nicht so sehr Inhalt und Art der Produkte entscheidet, ist die Zielgruppe der werbetreibenden Wirtschaft weiter gefasst und der Anzeigenmarkt ein größerer sachlich relevanter Markt als der Lesermarkt.[75]

62 *Spieler,* Fn. 15, S. 48.

63 Näher dazu im Text unter 2.

64 Vgl. dazu *Spieler,* Fn. 15, S. 52 (53); Näher dazu im Text unter 5.

65 Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten Nr. 38, Zusammenschlussvorhaben der Georg Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG, 2003, S. 10.

66 *Schütz,* Fn. 16, § 36 Rn. 160.

67 WuW/E BGH, 2433 (2436) *Gruner+Jahr/Zeit II*; WuW/E BKartA, 1921 (1928) *Burda/Springer*. Teilweise wird angenommen, dass die einzelnen speziellen Publikumszeitschriften jeweils ihrem Inhalt nach eigene Teilmärkte bilden, vgl. *Möschel,* Fn. 20, § 19 Rn. 30. Überzeugender ist jedoch der Ansatz, dass diese Magazine generell der Unterhaltung dienen, und durch diesen Umstand umklammert werden, und für den Leser austauschbar sind.

68 WuW/E BKartA, 1709 *Bertelsmann/Deutscher Verkehrsverlag*.

69 Beachte: Es hängt von den Einzelfallumständen ab, ob sich Verbreitungsgebiet und Belegungsmöglichkeit von der Zeitung und dem Anzeigenblatt weitgehend decken.

70 WuW/E BGH, 1685 (1692) *Springer/Elbe-Wochenblatt*; WuW/E BGH, 2443 (2449) *Südkurier/Singener Wochenblatt*; WuW/E BGH, 1905 (1906 f.) *Münchner Anzeigenblätter*; *Schütz*, Fn. 16, § 36 Rn. 162.

71 WuW/E BGH, 1905 (1907) *Münchner Anzeigenblätter*.

72 WuW/E BGH, 1905 (1906 f.) *Münchner Anzeigenblätter*.

73 WuW/E BKartA, 1921 (1924) *Burda/Springer*.

74 WuW/E BKartA, 1709 (1713) *Bertelsmann/Deutscher Verkehrsverlag*.

75 Vgl. *Trafkowski,* Fn. 5, S. 34; *Schütz,* Fn. 16, § 36 Rn. 162; WuW/E BGH, 1685 (1692) *Springer/Elbe-Wochenblatt*; WuW/E BGH, 2443 (2449) *Südkurier/Singener Wochenblatt*.

### 2. Räumliche Marktabgrenzung im Pressebereich

Auch hinsichtlich der räumlichen Marktabgrenzung entscheidet die Sicht des Nachfragers. Dies führt dazu, dass der sachlich relevante Markt meist ohnehin nicht über den räumlich relevanten Markt, der in der Regel dem tatsächlichen Verbreitungsgebiet entspricht, hinausgeht.[76] Die räumliche Marktabgrenzung hat jedoch bei der Abgrenzung auf dem Anzeigenmarkt Bedeutung, da es hier, wie oben bereits erläutert, entscheidend auf das Verbreitungsgebiet ankommt. Ansonsten kann eine räumliche Marktabgrenzung höchstens im Einzelfall zusätzliche Unterscheidungskriterien liefern, da, wie erläutert, sich geographische Unterschiede schon auf den Inhalt der Presseprodukte auswirken und sich damit bereits in der sachlichen Marktabgrenzung niederschlagen.[77]

### 3. Zeitliche Marktabgrenzung im Pressebereich

Die zeitliche Marktabgrenzung ist im Pressebereich ohne Bedeutung, da die unterschiedlichen Erscheinungsweisen von Zeitungen im Tages- oder Wochenrhythmus wiederum Gegenstand der sachlichen Marktabgrenzung sind. Sie beeinflusst die Aktualität und damit den Inhalt der Produkte.[78]

### 4. Die vor- und nachgelagerten Pressemärkte[79]

Den vorgelagerten Pressemarkt kennzeichnet die Nachfrage nach Informationen. Hier ist die Presse auf die Nachrichtenagenturen (z. B. *dpa*, *AP*, *Reuters*, *AFP*) angewiesen, zwischen denen ein intensiver Wettbewerb stattfindet.[80] Der nachgelagerte Pressemarkt ist der Pressevertrieb, also der Einzelhandel.[81]

### 5. Kritisch: Ist der Lesermarkt enger gefasst, als es die Realität erlaubt?

Die oben dargestellten Kriterien, die sich durch die Praxis des Bundeskartellamtes bei der Marktabgrenzung des Lesermarktes herausgebildet haben, zeigen, dass der Lesermarkt in sehr eng gefasste sachlich relevante Märkte unterteilt wird. Gleichzeitig wurde deutlich, dass diese enge Marktabgrenzung das Resultat einer strikten Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes in der Praxis ist.[82]

Fraglich ist jedoch, ob diese enge Marktabgrenzung noch mit der Realität des Wettbewerbs übereinstimmt, oder ob durch sie die tatsächlichen Verhaltensspielräume der Presseunternehmen im Wettbewerb falsch widergespiegelt werden.

Grundsätzlich gilt, dass sich eine zu enge Marktabgrenzung als Hindernis für die Entfaltung effektiven Wettbewerbs zu gleichen Bedingungen für alle Marktteilnehmer auswirken kann, wenn das reale Wettbewerbsfeld weiter ist als von der Kartellbehörde angenommen; denn das durch eine zu enge Marktabgrenzung als Marktbeherrscher etikettierte Unternehmen kann sich weder unternehmensstrukturell (im Hinblick auf § 36 GWB) noch kompetitiv (§§ 19, 20 GWB) in gleicher Weise verhalten wie die auf den „Substitutionsgütermärkten" tätigen, in Wirklichkeit aber demselben Markt angehörenden Unternehmen.[83]

Im Pressebereich wurde so bereits von der ursprünglichen Annahme eines eigenen Sonntagszeitungsmarktes[84] und der Annahme eines eigenen Marktes von politischen Wochenzeitungen[85] abgewichen, da diese Abgrenzung zu eng war und so der Realität des Pressewettbewerbes widersprach.[86] Ebenso darf jedoch meiner Ansicht nach in Frage gestellt werden, ob auch die Annahme einzelner Lesermärkte für Fachzeitschriften und die Differenzierung auf dem Lesermarkt zwischen überregionalen Zeitungen mit lokalem Teil und Regionalzeitungen zu eng gefasst und damit wettbewerbsschädigend ist.

#### a) Märkte für Fachzeitschriften

Wie oben erläutert besteht speziell im Bereich der Fachzeitschriften die Gefahr einer wettbewerbsschädigenden Marktabgrenzung. Es ist zwar richtig, dass Fachzeitschriften einen speziellen Informationsbedarf einer bestimmten Zielgruppe befriedigen. Daher hat das BKartA getreu dem Bedarfsmarktkonzept eigene Märkte für Angelzeitschriften, für Jagdzeitschriften, für Golfzeitschriften und Elektronikzeitschriften[87] angenommen.[88]

---

76 So entspricht die oben aufgeführte inhaltliche Unterschiedlichkeit von lokalen-, regionalen- und überregionalen Zeitungen der räumlichen Marktabgrenzung, vgl. *Monopolkommission,* Fn. 10, S. 10 f.

77 *Spieler,* Fn. 15, S. 64; durch zusätzliche räumliche Marktabgrenzung kann die Gefahr einer zu engen Abgrenzung entstehen, vgl. *Möschel,* Fn. 13, S. 497.

78 *Hans Ulrich Hildebrandt,* Die Anwendung der §§ 22 und 26 II auf das Pressewesen, 1973, S. 74; *Siegfried Klaue et al.,* Probleme der Pressekonzentrationsforschung, 1980, S. 101.

79 Auch bei den vor- und nachgelagerten Pressemärkten kann weiter differenziert werden. Ich werde im Folgenden jedoch nur einen kleinen Überblick darüber geben, was bezüglich des Pressemarktes unter vor- und nachgelagerten Märkten zu verstehen ist.

80 Vgl. Bundesregierung, Medienbericht, 1998, BT-Drs. 13/10650, S. 122.

81 Auch auf den Pressevertrieb schaut das BKartA regelmäßig bezüglich Wettbewerbsbeschränkungen, vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht, 1997/1998, S. 90.

82 *Säcker,* Fn. 17, S. 6; da bekannt ist, dass im Pressebereich die Gefahr besteht, dass die Marktabgrenzung schnell zu eng oder zu weit gefasst wird, soll Ausgangspunkt für die Abgrenzung der bereits entschiedene Käufer sein, vgl. *Spieler,* Fn. 15, S. 49; KG AG 1983, 285 (286) *Gruner+Jahr/Zeit.*

83 *Säcker,* Fn. 17, S. 4.

84 Vgl. WuW/E BGH, 2433 (2438) *Gruner+Jahr/Zeit II.*

85 Vgl. WuW/E BGH, 2433 (2436) *Gruner+Jahr/Zeit II*; *Möschel,* Fn. 20, § 19 Rn. 30.

86 Vgl. *Schütz,* Fn. 16, § 36 Rn. 160; WuW/E BGH, 2433 (2438) *Gruner+Jahr/Zeit II.*

87 BKartA, Beschl. v. 22.08.2001 *Süddeutscher Verlag/WEKA*, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion01/B6_56_01.pdf (06.03.2007).

88 BKartA, Beschl. v. 27.09.2000 – *Axel Springer Verlag/top special*

Jedoch muss beachtet werden, dass eine bestimmte Fachpublikation so gut wie nie mit einer anderen vollständig austauschbar ist. Wenn jedoch zwischen ihnen weiter nach der jeweiligen Ausrichtung und Zielrichtung abgegrenzt wird, kann das schnell zu einem realitätsfernen und unbilligen Ergebnis in der Praxis führen.[89] Daher muss meiner Meinung nach ein Markt für Hobby-Zeitschriften angenommen werden, unter dem man Garten-, Jagd-, Angelzeitschriften und ähnliches zusammenfasst. Der Aspekt der Freizeitunterhaltung begründet dann bei all diesen inhaltlich unterschiedlichen Zeitschriften die Austauschbarkeit aus Konsumentensicht. Zudem kann auch eine Anwendung der oben dargestellten Konzepte der Kreuzpreiselastizität und der Wirtschaftspläne zu weiter gefassten Märkten im Bereich der Fachzeitschriften und damit zu wettbewerbsgerechteren Ergebnissen führen.

Lehnt man jedoch einen einheitlichen Markt für Hobby-Zeitschriften ab und differenziert im Bereich Fachzeitschriften strikt nach dem Bedarfsmarktkonzept zwischen jeder speziellen Ausrichtung, besteht die Gefahr, dass das reale Wettbewerbsfeld weiter gefasst wird, als vom BKartA angenommen. Das würde wiederum zu einer Hinderung des Wettbewerbs führen.

#### b) Lokalzeitungen und Überregionalzeitungen mit lokalem Teil

Wie oben bereits angesprochen ist die Marktabgrenzung auf dem Lesermarkt zwischen Lokal- oder Regionalzeitungen und überregionalen Zeitungen mit lokalem oder regionalem Teil problematisch. Regionale Abonnententageszeitungen befriedigen anders als überregionale Abonnententageszeitungen mit lokalem Teil das spezifische Bedürfnis des im Verbreitungsgebiet wohnenden Lesers nach regionalen und lokalen Informationen. Deshalb nimmt das BKartA in einer seiner neuesten Entscheidungen getrennte Märkte für regionale Abonnententageszeitungen und überregionale Abonnententageszeitungen mit lokalem Teil an.[90] Begründet wird dies damit, dass überregionale Abonnententageszeitungen als solche konzipiert sind und ihre lokale Beilage weniger auf die Bedürfnisse der Region ausgerichtet ist als die der lokalen Abonnentenzeitungen.[91] Das BKartA hat jedoch in einer früheren Entscheidung eine Austauschbarkeit zwischen der überregionalen *Süddeutschen Zeitung* und dem *Donau Kurier* angenommen;[92] die Rechtsprechung entschied in diesem Fall jedoch gegen einen einheitlichen Markt.[93]

Aus diesen unterschiedlichen Voten für und gegen die Annahme eines einheitlichen Marktes geht einmal mehr hervor, dass die Kriterien, nach denen im Pressesektor abgegrenzt wird, keine Allgemeingültigkeit haben. Wenn eben nicht starr nach dem Bedarfsmarktkonzept und den von der Praxis entwickelten Kriterien abgegrenzt wird, besteht auch keine Gefahr einer zu engen Marktabgrenzung im Pressesektor. Um die Märkte realitätsgerecht abbilden zu können, müssen daher stets die besonderen Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden. Nur so können marktgerechte Ergebnisse erzielt werden. Deshalb wäre es falsch, sich grundsätzlich für oder gegen das Bestehen eines gemeinsamen Marktes von überregionalen Abonnententageszeitungen mit lokalem Teil und lokalen Abonnententageszeitungen auszusprechen.

#### c) Fazit

Durch die Betrachtung der Marktabgrenzung im Pressebereich wurde deutlich, dass dort, speziell auf dem ohnehin schon enger gefassten Lesermarkt, die Gefahr von zu enger und damit wettbewerbsschädigender Marktabgrenzung besteht. Im Bereich der Fachzeitschriften hat sich gezeigt, dass diesem Negativtrend nur entweder durch nach dem Bedarfsmarktkonzept weiter gefasste Austauschgesichtspunkte (Stichwort: „Hobby-Zeitschriften") oder durch eine stärkere Einbeziehung anderer Abgrenzungstheorien in die Entscheidungspraxis begegnet werden kann. Im Bereich der Abgrenzung zwischen Lokal-, Regional- und überregionalen Zeitungen wurde deutlich, dass eine wettbewerbsschädigende Marktabgrenzung dadurch verhindert wird, dass man den zur Abgrenzung auf dem Pressemarkt entwickelten Kriterien keine Allgemeingültigkeit zubilligt. Das zeigt, dass realitätsgerechte Marktabgrenzung auch dadurch erzielt wird, dass bei jeder Entscheidung der Einzelfall neue Maßstäbe setzt.

### 6. Diskussion: Gemeinsamer Multimediadienste- und Pressemarkt?

Eine schwierige und bislang noch nicht entschiedene Frage ist, ob Internetangebote von Zeitungen und Zeitschriften einen eigenen Markt darstellen.[94] Das BKartA hat dazu zuletzt angemerkt, dass sich über das Ausmaß von Austauschbarkeitsbeziehungen oder Substitutionseffekten zwischen Print und Internet bislang keine allgemeingültigen Aussagen treffen lassen und dass das BKartA, wenn entsprechende Entwicklungen marktwirksam werden, diese berücksichtigen werde.[95] Seither wurden keine Verfahren geführt, aus denen sich eine Austauschbarkeit von

*Verlag*, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion00/B6_88_00.pdf (06.03.2007).

89 Das hat auch das BKartA in einer seiner Entscheidungen zu bedenken gegeben, vgl. WuW/E BKartA, 1709 *Bertelsmann/Deutscher Verkehrsverlag*.

90 Vgl. zuletzt, BKartA, Beschl. v. 02.02.2004 *Holtzbrinck/Berliner Verlag*, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion04/B6_120_03.pdf (06.03.2007), vgl. dort S. 22.

91 In der Entscheidung *Holtzbrinck/Berliner Verlag* soll die Berlin-Beilage der Abonnententageszeitung *Die Welt* (Ausgabe Berlin) nicht in den lokalen Markt einbezogen werden, in dem in diesem Fall *Berliner Zeitung, Der Tagesspiegel* und *Berliner Morgenpost* konkurrieren.

92 Vgl. WuW BKartA, 2103 (2104) *Süddeutscher Verlag/Donau-Kurier*.

93 WuW/E OLG, 3303 (3307) *Süddeutscher Verlag/Donau-Kurier*.

94 Internetangebote sind in diesem Zusammenhang beispielsweise *Spiegel Online* oder *Sueddeutsche.de*.

95 BKartA, Tätigkeitsbericht 1999/2000, BT-Drs. 14/6300, S. 17.

Print und Internet aus Sicht der Verbraucher oder der Anzeigenkunden entnehmen ließe. Es haben sich auch keine nennenswerte Substitutionseffekte nachweisen lassen. Auch die Sorge vieler Zeitungsverleger, dass insbesondere Tageszeitungen Einbußen in ihrem Anzeigengeschäft durch die Konkurrenz aus dem Internet haben werden, wird nicht von allen Beobachtern geteilt.

Obwohl abzuwarten bleibt, wie sich der Print- und der damit verbundene Onlineproduktmarkt entwickeln werden, sollten folgende Überlegungen zu dieser Problematik beachtet werden. Fraglich ist, ob von einem einheitlichen Markt der presseähnlichen Onlineangebote und der Print-Produkte ausgegangen werden kann. Für die Annahme eines solchen einheitlichen Marktes spricht, dass Zeitungen und deren Internetseiten sich überschneidende Information anbieten. Vor allem Tageszeitungen bieten auf ihren Online Seiten und in ihren Print-Produkten einen Nachrichtenüberblick. Auch Wochenzeitungen und Magazine verkaufen Hintergrundinformationen über das Internet und in ihren Print-Produkten. Daher könnten sie aus Lesersicht bezüglich ihres Informationsgehaltes funktional austauschbar sein. Dagegen spricht allerdings die erweiterte Funktion der presseähnlichen Multimediadienste. Sowohl auf den Benutzer- als auch auf den Werbemärkten kombinieren die Dienstanbieter die Aufmachung sowie die Wirkungs- und Nutzungsweise von Presse und Rundfunk. Informationen werden gleichzeitig mit Bildergalerien, beweglichen Bildern, abspielbaren Kurzbeiträgen, mit Ton und in Textform zur Verfügung gestellt, der Benutzer kann auswählen. Im Gegensatz dazu ist die Presse eindimensional, das heißt, dass in einem Print-Produkt bewegliche Bilder und Ton mit dem Text nicht kombiniert werden können. Das auf Papier gedruckte Print-Produkt ist daher eine gegenüber abrufbaren Online-Diensten unvergleichbare Darbietungsform und stellt eine ganz eigene Nutzungsmöglichkeit für den Verbraucher da aufgrund dieser Unterschiede sind meiner Ansicht nach presseähnliche Multimediadienste und Presseprodukte weder für die werbetreibende Wirtschaft noch aus Verbrauchersicht funktional austauschbar, bilden daher keinen gemeinsamen Markt.

## IV. Die Marktabgrenzung im Rundfunkbereich

Die bisherige Pressefusionskontrolle ist auf den Rundfunk ausgeweitet worden, wobei die Regelungen für die Printmedien und für den Rundfunk nicht deckungsgleich sind.[96] Die in der Praxis für Printmedien entwickelten Grundsätze sollen zwar auf den Rundfunk übertragen werden,[97] jedoch sind der Rundfunk und die Informationsangebote der Presse nicht gleichartig.[98]

96 *Schütz,* Fn. 16, § 36 Rn. 155; zur Sonderrolle der Presse vgl. *Georgios Gounalakis,* Regulierung von Presse, Rundfunk und elektronischen Diensten in der künftigen Medienordnung, ZUM 2003, 181 ff.

97 BT-Drs. 13/9720, S. 58.

98 *Möschel,* Fn. 20, § 19 Rn. 31.

Einigkeit besteht über die Differenzierung in Fernsehmarkt und Hörfunkmarkt.[99] Zudem wird grundsätzlich, wie im Pressebereich, zwischen Werbemarkt und Zuschauer- bzw. Zuhörermarkt unterschieden.[100] Zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Anbietern darf nicht differenziert werden. Dies wäre weder aufgrund des Programminhalts, noch wegen der unterschiedlichen Finanzierung gerechtfertigt.[101]

### 1. Der Fernsehmarkt

#### a) Sachliche Marktabgrenzung auf dem Fernsehmarkt

Die Abgrenzung der Märkte beim Fernsehen ist differenziert und kompliziert.[102] Grundsätzlich wird jedoch in Zuschauer- und Werbemarkt unterteilt.

##### aa) Der Fernsehzuschauermarkt (Rezipientenmarkt)

Hier muss aufgrund der Bezahlungsweise für die Dienstleistung Fernsehen weiter differenziert werden. Auf der einen Seite steht das Pay-TV, auf der anderen das Free-TV, das die öffentlich-rechtlichen und die privaten Anbieter umfasst.

###### (1) Das Pay-TV

Beim Pay-TV bekommt der Zuschauer gegen Entgelt und auf vertraglicher Grundlage eine Dienstleistung vom Fernsehveranstalter in Form des Rechts, einen oder mehrere Kanäle ganz anzuschauen (Pay-per-Channel) oder vereinzelte ausgewählte Programme anzuschauen (Pay-per-View). Diese entgeltliche Austauschbeziehung zwischen Anbieter und Zuschauer ist die Grundlage für die Annahme eines eigenen Zuschauermarktes im Pay-TV.[103]

Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Pay-TV fällt grundsätzlich relativ eng aus, da die Angebote des Pay-TV meist so speziell sind, dass nur selten zwischen ihnen eine Austauschbarkeit angenommen werden kann. Hier werden sogenannte Programmpakete verkauft, deren Inhalt vielfältig ist. Diese Programmpakete sind als solche untereinander für den Zuschauer austauschbar, so dass sie einen eigenen Markt bilden. Außerdem bietet das Pay-TV einzeln abonnierbare Vollprogramme, die auch für den Zuschauer untereinander austauschbar sind und daher auf ihrem eigenen sachlich relevanten Markt konkurrieren. Spartenkanäle wie Kinderkanal oder Sportkanal bilden jeweils eigene sachlich relevante Märkte, da sie mitnichten als aus Zuschauersicht funktional untereinander austauschbar angesehen werden können.[104] Im Pay-per-View Angebot muss vereinzelt sogar auf die einzelnen Sendungen als Markt abgestellt werden. Je individueller die Ausgestaltung der Angebote ist, desto enger muss auch die Abgrenzung erfolgen. Um eine

99 *Parlasca*, Fn. 27, S. 215; *Friedrich Petry,* Fn. 7, S. 134; *Paetow,* Fn. 27, S. 13.

100 *Knothe/Lebens,* Fn. 26, S. 128.

101 *Schütz*, Fn. 16, § 36 Rn. 163.

102 *Bender,* Fn. 14, S. 225.

103 *Jürgen Kiecker,* Fusionskontrolle im Rundfunk, WuW 1990, 128 (129).

104 *Christoph Engel,* Medienordnungsrecht, 1996, S. 34; *Monopolkommission,* XI. Hauptgutachten 1994/1995, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, 1996, Rn. 240, 836, 888.

zu enge Marktabgrenzung zu verhindern, müssen im Gegenzug auch Substitutionsprodukte gleichen Inhalts stärker gewürdigt werden, indem zum Beispiel durch Pay-per-View bestellbare Filme zum Videofilm aus der Videothek in Konkurrenz treten.

#### (2) Das Free-TV

Das Free-TV umfasst die öffentlich-rechtlichen und die privaten Anbieter. Das öffentlich-rechtliche Fernsehen ist vorwiegend gebührenfinanziert und das private Fernsehen finanziert sich selbst über Werbung. Die entscheidende und sehr strittige Frage ist, ob es im Free-TV einen eigenen Zuschauermarkt gibt. Streitpunkt ist, ob eine Austauschbeziehung zwischen Rundfunkveranstalter und Rezipienten angenommen werden kann, weil diese als entscheidendes Element des Marktbegriffs gewertet wird und es ohne eine Austauschbeziehung auch keinen Zuschauermarkt gibt.[105]

Wer den Zuschauermarkt im Free-TV anerkennt, muss die auf Grundlage des Bedarfsmarktkonzepts für die Existenz eines Marktes erforderliche Austauschbeziehung konstruieren. Die Leistung des Veranstalters besteht im Angebot der Programme. Fraglich ist allein, ob der Zuschauer als Nachfrager eine ökonomische Gegenleistung erbringt.

Als Gegenleistung des Kunden werden zum einen die durch die Werbung erhöhten Produktpreise angesehen, die der Kunde bezahlt.[106] Dagegen spricht allerdings, dass nicht alle Kunden auch Rezipienten sind, so dass es schon an der Unmittelbarkeit der Austauschbeziehung fehlt. Andere vertreten, dass die ökonomische Gegenleistung des Zuschauers in der Opferung seiner Zeit für den Fernsehkonsum liegt, getreu dem Motto „Zeit ist Geld".[107] Dagegen ist anzuführen, dass Zeit und Aufmerksamkeit in diesem Fall kostenlose Güter sind, das Fernsehen also unentgeltlich empfangen wird, so dass es an der für einen Markt im Sinne des GWB grundlegenden Voraussetzung eines Leistungsaustausches fehlt.[108]

Andere wiederum sehen die ökonomische Gegenleistung des Rezipienten, in der Erhöhung der Einschaltquoten, durch die der Rezipient die Position des Veranstalters bei der Verhandlung um die Höhe der Werbegelder stärke.[109] Auch hier gilt, dass der Zuschauer kein Gut einbringt, das als solches geldwert ist, so dass auch unter dem Gesichtspunkt der durch den Zuschauer erhöhten Einschaltquoten keine ökonomische Gegenleistung konstruiert werden kann. Vielmehr ist die Konkurrenz um die Einschaltquoten nur Wettbewerbsparameter im Hinblick auf den Werbemarkt.[110] Im werbefinanzierten Privatfernsehen findet ein Leistungsaustausch zwischen Produzenten und werbetreibender Wirtschaft statt, der Produzent bedient jedoch nicht die Zuschauer.[111] Für das gebührenfinanzierte öffentlich-rechtliche Fernsehen ist es nicht anders, da die Gebührenpflicht an das Bereithalten eines Empfangsgerätes anknüpft (vgl. § 2 II Rundfunkgebührenstaatsvertrag).[112] Die tatsächliche Nutzung des Programms ist also kostenlos, so dass es auch hier an der wirtschaftlichen Austauschbeziehung fehlt.

Ein Free-TV-Zuschauermarkt ist mithin – im Hinblick auf den von den Fusionskontrollnormen erfassten ökonomischen Wettbewerb – nicht konstruierbar. Der Hintergrund für das Bedürfnis nach der Anerkennung eines Free-TV-Zuschauermarktes ist, dass bei der Fusion zwischen Fernsehunternehmen nur auf die Auswirkungen auf dem Fernsehwerbemarkt abgestellt werden kann[113] und dabei eine etwaige marktbeherrschende Stellung auf dem Zuschauermarkt, obwohl eine solche für die Meinungsvielfalt durchaus schädlich sein kann, nicht erfasst würde. Dies sind jedoch medienrechtspolitische Argumente, denen die §§ 26 ff. Rundfunkstaatsvertrag Rechnung tragen, und die daher bei der Begründung kartellrechtlicher Märkte i. S. d. GWB, dessen Zielsetzung gerade nicht die Sicherung der Meinungsvielfalt, sondern die Sicherung ökonomischen Wettbewerbs ist, keine Rolle spielen dürfen. Mithin ist die Existenz eines Free-TV-Zuschauermarktes abzulehnen.

#### bb) Der Fernsehwerbemarkt

Der Werbemarkt wird bislang als einheitlicher Markt gesehen. Er umfasst alle Programme und auch die verschiedensten Spartenkanäle.[114] Da das Fernsehen Personen aus allen Bevölkerungsgruppen auf eine emotionale, suggestive Art erreichen kann, sind bislang nicht die Programminhalte für die Werbung entscheidend, sondern die Reichweite der Werbespots. Jedoch könnte die mögliche Zunahme der oben bereits angesprochenen Verspartung im Fernsehbereich zu einer auf Stammrezipienten zugeschnittenen Werbung führen. Dann müssten getrennte Märkte für Fernsehwerbung in Vollprogrammen und für die Werbung in Spartenprogrammen angenommen werden.[115] Solange der Wettbewerb um Rezipienten nicht als eigener Zuschauermarkt anerkannt ist, würde nur in diesem Fall das oben angesprochene Problem der Diskrepanz zwischen engem Zuschauer- und weitem Werbemarkt wieder entschärft und die Abgrenzung in beiden Bereichen harmonisiert.

### b) Räumliche Marktabgrenzung

Bei der räumlichen Marktabgrenzung kann in lokaler, regionaler, nationaler und internationaler Hinsicht differenziert werden. Jedoch ist überwiegend ein bundesweiter räumlicher Zuschauermarkt anzunehmen.[116] Auch bei

105 *Petry,* Fn. 7, S. 134.

106 Vgl. *Engel,* Fn. 104, S. 34.

107 Vgl. *Monopolkommission,* Fn. 104, Rn. 240, 836.

108 Vgl. *Parlasca,* Fn. 27, S. 211; *Anne Buchholtz,* Gibt es einen Fernsehzuschauermarkt im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen? – eine Erwiderung auf den gleichnamigen Beitrag von Schmidt (ZUM 1997), ZUM 1998, 108 (111).

109 Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft, Offene Medienordnung, Rn. 49.

110 Vgl. *Wernhard Möschel,* Fusionskontrolle im Rundfunk, in: Festschrift für Otto-Friedrich Freiherr von Gamm, S. 627 (633).

111 Vgl. *Helmut Kohl,* Vielfalt im Rundfunk: Interdisziplinäre und internationale Annäherungen, 1997, S. 63 (66 f.); *Martin Schellenberg,* Rundfunk – Konzentrationsbekämpfung zur Sicherung des Pluralismus im Rechtsvergleich, 1997, S. 72; *Kiecker,* Fn. 103, S. 130 ff.

112 Vgl. *Parlasca,* Fn. 27, S. 211; *Monopolkommission,* VI. Hauptgutachten, 1984/1985, Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen, 1986, Rn. 584.

113 *Engel,* Fn. 104, S. 34; *Schmidt,* Fn. 14, S. 473.

114 *Engel,* Fn. 104, S. 33.

115 *Trafkowski,* Fn. 5, S. 38.

116 Die Ähnlichkeit zwischen räumlicher und sachlicher Abgrenzung ist hier wie im Printbereich, dadurch schlagen sich hier Unterschiede in lokalen und regionalen Sendungen bereits, aufgrund der inhaltlichen Unterschiedlichkeit, in der sachlichen Marktabgrenzung nieder; vgl. *Engel,* Fn. 104, S. 35.

grenzüberschreitendem Fernsehen ist nicht unbedingt ein internationaler Markt gegeben, es wird hier zumeist angenommen, dass das Programm als Austauschprodukt mit den vorhandenen nationalen Sendern auf dem nationalen Zuschauermarkt in Konkurrenz tritt.[117] Auch der Werbemarkt ist bundesweit.[118]

### 2. Der Hörfunkmarkt

Der Hörfunk ist die zweite Säule des Rundfunks neben dem Fernsehen. Besonderheiten gegenüber dem Fernsehen ergeben sich im Hörfunk lediglich aufgrund der unterschiedlichen Wahrnehmungsform.

#### a) Sachliche Marktabgrenzung auf dem Hörfunkmarkt

Ein Hörermarkt ist, wie der Zuschauermarkt im Free-TV, nach obiger Argumentation analog nicht anzuerkennen. Das BKartA geht von einem einheitlichen Hörfunkwerbemarkt aus.[119] Allerdings sendet die werbetreibende Industrie aufgrund der für den Hörfunk typischen Verspartung und der Zielgruppensegmentierung gezielte Werbung in bestimmten Formaten. Daher ist es richtiger nicht von einem einheitlichen Hörfunkwerbemarkt auszugehen, sondern auch hier nach den Formaten zu unterteilen.[120]

#### b) Räumliche Marktabgrenzung auf dem Hörfunkmarkt

Da sich auch hier die geographischen Eigenheiten bereits auf den Inhalt auswirken, geht wiederum die räumliche Marktabgrenzung vielfach bereits notwendig aus der sachlichen hervor.

### 3. Die vor- und nachgelagerten Märkte im Rundfunk

Die vorgelagerten Märkte sind hier die Beschaffungsmärkte, auf denen sich die Rundfunkunternehmen mit Senderechten und Übertragungskapazitäten eindecken.[121] Für die Senderechte gilt eine grobe Abgrenzung in Film- und Sportereignissenderecht. Bei den Übertragungswegen ist zu beachten, dass durch die Liberalisierung der Telekommunikation der Wettbewerb erst eingeführt wurde. Hier gilt weiter eine grobe Abgrenzung in terrestrische Frequenzen, Breitbandkabelnetz und Satellitenübertragung auf der einen Seite[122] und das Internet[123] auf der anderen Seite.

Nachgelagerte Märkte dienen demgegenüber dazu, die Medienangebote durch die Veranstalter zu vertreiben.[124] Hier ist weiter zwischen Vertrieb an die Zuschauer und Vertrieb an die werbetreibende Wirtschaft zu differenzieren.[125]

## V. Intermediäre Zusammenschlüsse

In seinem Beschluss vom 24.01.2006 untersagte das BKartA die geplante Fusion der *Axel Springer AG*[126] mit der *ProSiebenSat.1 Media AG*[127], ebenso wie bereits zuvor am 10.01.2006 die KEK.[128] Trotz der eingangs dargestellten Unterschiede in ihrer Zielsetzung und der Tatsache, dass das BKartA und die KEK in ihren Entscheidungen voneinander unabhängig sind, ist ein bedeutender Teil ihrer Überlegungen bezüglich der cross-medialen Effekte identisch.[129] Von intermediären Zusammenschlüssen, wie sie im Fall *Springer/ProSiebenSat.1* zu beurteilen waren, spricht man bei Fusionen von Rundfunk- und Presseunternehmen. Ihre Besonderheit liegt kartellrechtlich gesehen darin, dass die Unternehmen weder Wettbewerber auf dem selben relevanten Markt sind, noch in einer Käufer-Verkäufer-Beziehung stehen.[130] Das führt dazu, dass solche konglomeraten[131] Unternehmenszusammenschlüsse nur schwer zu erfassen sind und die Fusionskontrolle zumeist versagt.[132] Im deutschen Recht gibt es keine *Cross Media Ownership Rules* wie im US-amerikanischen Recht und auch keinen *Communication Act*[133] wie in Großbritannien, die verhindern, dass ein Unter-

117 *Trafkowski,* Fn. 5, S. 39.

118 Das hängt mit der bundesweiten Lizenzierung der Fernsehsender zusammen; *Kurt Stockmann,* Kartellrechtspraxis und Kartellrechtsprechung 1997/1998, 13. Aufl. 1998, S. 83 f.

119 BKartA, Tätigkeitsbericht 1997/1998, S. 164 f.

120 *Trafkowski,* Fn. 5, S. 40.

121 *Trafkowski,* Fn. 5, S. 46.

122 Vgl. WuW/E BGH 1996, 3058 (3062) *Pay-TV-Durchleitung*; BKartA, Fn. 119, S. 153.

123 Vgl. BKartA, Fn. 119, S. 154.

124 *Engel,* Fn. 104, S. 81.

125 Vgl. *Trafkowski,* Fn. 5, S. 60.

126 Zu der *Springer AG* gehört die *Bild,* die *Welt,* das *Hamburger Abendblatt,* die *Berliner Morgenpost,* die *B.Z.,* Anteile an den *Lübecker Nachrichten* und den *Kieler Nachrichten*.

127 Zu dem Rundfunkunternehmen *ProSiebenSat.1 Media AG* gehören, außer den zwei Sendern die der AG ihren Namen geben, *Kabel eins, N24* und *Neun Live*.

128 Vgl. BKartA, B 6-92202-Fa-103/05; KEK, 293-1-5; WuW/E 2006, Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen durch konglomerate Wirkungen, S. 405 ff.

129 *Michael Bohne,* Cross-mediale Effekte in der Fusionskontrolle, WRP 2006, 540 (541).

130 Bei der materiellen Prüfung eines solchen Zusammenschlussvorhabens zwischen Rundfunk- und Presseunternehmen ist aufgrund der komplexen Wettbewerbsbeziehungen die Marktabgrenzung besonders schwierig, vgl. *Monopolkommission,* Sondergutachten Nr. 11, Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen, 1981, S. 15 ff.; *Stefan Held,* Zur Verflechtung der Medien aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, 1989, S. 81 (100); *Ernst-Joachim Mestmäcker,* Die Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf Rundfunkunternehmenszusammenschlüsse, GRUR 1983, 553 (558); *Peter Mook,* Kartellrechtliche Beurteilung von Beteiligungen der Presse im Rundfunk, WuW 1986, 777 (777).

131 Im Fall einer konglomeraten Fusion im Medienbereich spricht man auch von intermediären- oder cross-medialen Zusammenschlüssen.

132 *Bohne,* Fn. 129, S. 541.

133 Der *Communication Act* in Großbritannien untersagt, dass Verlage, die nationale Zeitungen herausgeben und einen Marktanteil von 20 % haben, gleichzeitig private nationale Fernsehsender besitzen dürfen.

nehmer einen TV- oder Radio-Sender kaufen darf, wenn er in dem Verbreitungsgebiet bereits eine Zeitung besitzt. Bei Zusammenschlüssen zwischen Medienunternehmen kommt im deutschen Recht jedoch die eingangs bereits dargestellte Besonderheit hinzu, dass sie sich nicht nur am GWB, sondern auch an den §§ 26 ff. RStV messen lassen müssen. Im folgenden soll aufgezeigt werden, welche Besonderheiten bei konglomeraten Medienunternehmenszusammenschlüssen bestehen. Auch hier wird wieder, aufgrund der Schwerpunktsetzung, vorwiegend auf die Besonderheiten im Zusammenhang mit dem GWB eingegangen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass insbesondere im Bereich cross-medialer Effekte ein enger Zusammenhang zwischen Markt- und Meinungsmacht besteht.[134]

### 1. Die Besonderheiten bei der Beurteilung konglomerater Zusammenschlüsse nach dem GWB

Anders als bei den bereits dargestellten horizontalen Zusammenschlüssen kommt es bei konglomeraten Fusionen nicht zu einer Marktanteilsaddition. Bei konglomeraten Zusammenschlüssen muss bewertet werden, ob zwischen den fusionierenden Unternehmen ein bestimmtes Näheverhältnis besteht und ob dadurch eine marktübergreifende Unternehmensmacht entsteht, beziehungsweise ob die Möglichkeit des Marktmachttransfers besteht.[135] Ein solches Näheverhältnis besteht insbesondere bei einem Zusammenschluss von Anbietern von Substitutionsprodukten, die sich an der Grenze zu horizontalen Zusammenschlüssen bewegen und die Vorteile ziehen aus einem Ressourcenzuwachs oder aus einem gesteigerten Potenzial Wettbewerber abzuschrecken. Auch müssen die Auswirkungen eines etwaigen Näheverhältnisses auf den potenziellen Wettbewerb prognostiziert werden.

### 2. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung i. S. d. § 36 I GWB

Da eine Austauschbarkeit von Presse- und Rundfunkwerbung grundsätzlich verneint wird[136] und da es aufgrund der Nichtexistenz eines Free-TV-Zuschauermarktes keinen gemeinsamen Leser- und Zuschauermarkt geben kann, kommt es bei intermediären Zusammenschlüssen allein auf das Bestehen und die Auswirkungen eines Näheverhältnisses an. Zwar kommt es bei konglomeraten Zusammenschlüssen zu keiner Veränderung der Marktsituation, allerdings können Marktstrukturveränderung dazu führen, dass eine marktbeherrschende Stellung verstärkt wird.

### 3. Substitutionskonkurrenz

Ein Zusammenschluss im intermediären Bereich, also ein Zuwachs an marktnahen Ressourcen, kann zu Beschränkungen des Wettbewerbs führen, wenn eine Substitutionskonkurrenz zwischen Anzeigen- und Rundfunkwerbung vorliegt.

#### a) Intermediäre Zusammenschlüsse im regionalen Bereich

Bei Zusammenschlüssen von regionalen Abo-Tageszeitungen mit regionalen Rundfunkveranstaltern, die weitgehend sich überschneidende räumlich relevante Märkte aufweisen, sind unter Umständen die Substitutionsbeziehungen auf dem Anzeigen-, Hörfunk- und Fernsehwerbemarkt so eng, dass die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 GWB erfüllt sind.[137] Lokales Fernsehen und lokaler Hörfunk können unter Umständen das Werbeaufkommen lokaler Zeitungen messbar beeinträchtigen.[138]

#### b) Intermediäre Zusammenschlüsse im überregionalen Bereich

Es wäre falsch den Substitutionswettbewerb im lokalen Bereich generell auch auf den Substitutionswettbewerb bei überregionaler Werbung zu übertragen, wie es vereinzelt vorgeschlagen wird.[139] Substitutionskonkurrenz wie sie auf regionalen Medienmärkten vorkommen kann, ist ein auf diese Märkte begrenztes Phänomen, das aufgrund einer anderen Marktstruktur im überregionalen Medienmarkt nicht auftritt.[140]

### 4. Cross-mediale Effekte

#### a) Kampagnenfähigkeit für eigene Produkte

Eine Beeinflussung der Marktgegenseite und eine Stärkung der wirtschaftlichen Position eines Medienkonzerns kann bei einer cross-medialen Fusion durch das gegenseitige Bewerben des jeweils anderen Mediums erzielt werden. Durch eine gezielte wechselseitige Imageverstärkung kann eine erhöhte Präsenz in der Öffentlichkeit erreicht werden, wodurch wiederum die wirtschaftliche Position des fusionierten Medienkonzerns gefördert wird.[141]

134 *Bohne,* Fn. 129, S. 542.

135 *Bohne,* Fn. 129, S. 541.

136 *Möschel,* Fn. 20, § 19 Rn. 30. Dass eine Austauschbarkeit zwischen Rundfunk und Presse grundsätzlich abgelehnt wird, liegt an der Verschiedenheit der Wirkungs- und Nutzungsweise der Medien. Aus Sicht der werbetreibenden Wirtschaft als Nachfrager weisen Fernsehwerbung, Hörfunkwerbung und Werbung in Printmedien erhebliche Unterschiede in der Wahrnehmungsform auf, so dass die drei Werbeträger werbepsychologisch unterschiedlich beurteilt werden und mithin nicht als funktionell austauschbar erscheinen, vgl. *Parlasca,* Fn. 27, S. 215. Sie stehen komplementär nebeneinander. Daher kann kein gemeinsamer Anzeigen- und Werbemarkt angenommen werden und daher erhöht sich auch nicht automatisch die Konzentration, wenn sich ein TV-Sender und ein Zeitungsverlag zu einem Konzern zusammenschließen.

137 Vgl. *Parlasca,* Fn. 27, S. 219.

138 Vgl. *Engel,* Fn. 104, S. 35; *Parlasca,* Fn. 27, S. 210 (215); *Möschel,* Fn. 20, § 19 Rn. 30.

139 *Spieler,* Fn. 15, S. 177 ff.

140 *Parlasca,* Fn. 27, S. 215.

141 Vgl. die Ausführungen des BKartA zur Fusion *Springer/ProSiebenSat.1*: BKartA, B 6-92202-Fa-103/05, S. 51.

### b) Kampagnenfähigkeit für nicht-konzernzugehörige Produkte

Eine weitere Gefahr konglomerater Medienzusammenschlüsse kann in der Möglichkeit bestehen, dass nicht-konzernzugehörige Produkte abgestimmt über unterschiedliche Medien beworben werden können. Im Fall *Springer/ProSiebenSat.1* hat das BKartA angenommen, dass *Bild* das einzige Printmedium mit einer der Fernsehwerbung vergleichbaren Reichweite ist und bei einer Fusion der Wettbewerbsdruck den *Bild* auf die Werbepreise der Fernsehsender ausüben kann, wegfiele.[142]

### c) Publizistische Cross-Promotion

Unter publizistischer Cross-Promotion versteht man, dass innerhalb des redaktionellen Teils eines Mediums für ein anderes geworben wird. Die davon ausgehende besondere Gefahr wird darin gesehen, dass dem redaktionellen Teil eines Mediums grundsätzlich ein höheres Vertrauen entgegengebracht wird als der als solche kenntlichgemachten Werbung.[143]

## VI. Abschließende Thesen

**1.** Die Marktabgrenzung im Rahmen der deutschen Fusionskontrolle erfolgt grundsätzlich und vorwiegend nach dem Bedarfsmarktkonzept. Im Rahmen der Darstellung der Marktabgrenzung im Presse- und Rundfunkbereich ist deutlich geworden, dass die von der Praxis geschaffenen Kriterien zur Abgrenzung auf diesen Medienmärkten fast ausschließlich auf der Grundlage des Bedarfsmarktkonzeptes entwickelt wurden. Aufgrund der grundsätzlich begrenzten Funktionsfähigkeit des Bedarfsmarktkonzepts, realitätsgerechte Märkte abzugrenzen, ist jedoch diese Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes und der Gerichte für den (Medien-) Markt problematisch, denn sie hat, wie bereits erläutert, die Bildung von realitätsfernen Minimärkten zur Folge. Diese wirken wiederum wettbewerbsschädigend und sind somit auch schädlich für die Kontrolle der Medienkonzentration. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie sich die Marktabgrenzung im Pressebereich durch eine eventuelle Einbeziehung der Onlineangebote in den Markt der Print-Produkte verändern wird.

**2.** Eine weitere allgemein bei der kartellrechtlichen Wettbewerbskontrolle bestehende Schwäche ist, dass die Fusionskontrolle nach dem GWB ausschließlich externes Wachstum durch bestimmte Konzentrationsformen (§ 37 GWB) und oberhalb bestimmter Schwellenwerte (§ 35 GWB) erfasst. Konzentration kann jedoch auch durch internes, organisches Wachstum einzelner Unternehmen und durch das Ausscheiden von Unternehmen aus dem Markt entstehen.[144] So hat sich zum Beispiel *Bertelsmann* im Medienbereich vornehmlich durch internes Unternehmenswachstum sowohl auf Print- als auch auf Rundfunkmärkten ausgedehnt. Da es jedoch ohne Zusammenschluss auch keine Zusammenschlusskontrolle geben kann, wird ein solches internes Unternehmenswachstum nicht von der Kontrolle durch das GWB erfasst, obwohl dadurch Medienkonzentration entstehen kann.

**3.** Die Analyse der Besonderheiten intermediärer Zusammenschlüsse im Medienbereich hat einmal mehr deutlich werden lassen, wie schwierig eine wettbewerbsgerechte Prognoseentscheidung bezüglich der Auswirkung von Zusammenschlüssen von Medienunternehmen auf den potentiellen Wettbewerb ist. Dies gilt insbesondere in Bezug auf konglomerate Zusammenschlüsse, bei denen über das Entstehen von Marktmacht nicht im Wege der Marktanteilsaddition entschieden wird, sondern anhand der Beurteilung der Auswirkungen etwaiger Näheverhältnisse auf den potenziellen Wettbewerb. Inwieweit die vom BKartA im Fall *Springer/ProSiebenSat.1* erstmals aufgestellten Leitlinien bezüglich der Beurteilung konglomerater Medienunternehmenszusammenschlüsse im Hinblick auf die vom EuGH aufgestellten Grundsätze[145] Bestand haben werden, muss sich erst noch zeigen.

**4.** Ein Free-TV-Zuschauermarkt ist nicht anzuerkennen. Die medienrechtspolitischen Überlegungen, die mit der Forderung der Anerkennung eines Free-TV-Zuschauermarktes einhergehen, sind durchaus nachvollziehbar. Allerdings ist, wie dargestellt wurde, eine ökonomische Gegenleistung seitens der Rezipienten unter keinem Gesichtspunkt konstruierbar. Eine solche ist jedoch für die Begründung eines Marktes auf Grundlage des Bedarfsmarktkonzeptes unverzichtbar, so dass ohne Verstoß gegen kartellrechtliche Grundsätze ein Free-TV-Zuschauermarkt nicht anerkannt werden kann. Es darf nicht zugelassen werden, dass medienrechtspolitische Überlegungen in das Kartellrecht hineingetragen werden.

142 BKartA, B 6-92202-Fa-103/05, S. 64.

143 BKartA, B 6-92202-Fa-103/05, S. 53.

144 *Schütz,* Fn. 16, Rn. 4; *Spieler,* Fn. 15, S. 40.

145 *Andreas von Bonin,* Vertikale und Konglomerate Zusammenschlüsse nach dem Urteil GE/Kommission, WuW 2006, 466 (470–473); *Horst Satzky,* Die Beurteilung vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse nach dem GWB, WuW 2006, 870 (870–880).