Juristische Fakultät
Leibniz Universität Hannover

universität wien

Magisterarbeit

Magisterarbeit zur Erlangung des Grades Magister Legum Europae (MLE) i.S.d. § 7 PrüfO:

„Medienfusions- und konzentrationskontrolle in Deutschland und Österreich im Rechtsvergleich – Analyse der Funktionsgrenzen des Kartellrechts

bei Prof. Dr. Jutta Stender-Vorwachs
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht

eingereicht von
RA Lars Maritzen LL.B MAS

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

Erstes Kapitel: Untersuchungsrahmen

A. Einleitung 1
I. Problemaufriss 1
II. Anlass der Untersuchung 3
III. Ein- und Ausgrenzungen 4
IV. Gang der Darstellung 4
B. Medienmärkte 4
I. Presse 4
1. Pressemarkt Österreich 4
2. Pressemarkt Deutschland 7
II. Rundfunk 9
1. Rundfunkmarkt Österreich 9
2. Rundfunkmarkt Deutschland 11
C. Konvergenz der Massenmedien 12
I. Begriff der Konvergenz 12
II. Erscheinungsformen der Konvergenz 13
1. Technische Konvergenz 13
a) Konvergenz der Übertragungswege 13
b) Konvergenz der Vertriebswege 14
c) Konvergenz der Endgeräte 15
2. Konvergenz des Nutzerverhaltens 16
D. Vielfalt und Medienkonzentration 17
I. Begriff der Vielfalt 17
II. Ökonomischer und publizistischer Wettbewerb 18
III. Medienkonzentration 18

Zweites Kapitel: Medienfusions- und konzentrationskontrolle in Deutschland
A. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen 22
I. Pressefreiheit 22
1. Subjektiv-rechtliche Dimension der Pressefreiheit 22
2. Liberales Verständnis der objektiv-rechtlichen Dimension 23
a) Rechtsprechungslinie des BVerfG 23

b) Möglichkeit und Notwendigkeit von Vielfaltsschutzmaßnahmen 24
II. Rundfunkfreiheit 26
1. Konzeption als „dienende Freiheit“ 27
2. Vielfaltsgebot als Konsequenz der „dienenden Freiheit“ 28
3. Notwendigkeit einer Sonderregulierung im privaten Rundfunk? 29
4. Bewertung des Konzepts der „dienenden Freiheit“ 30
a) Vielfaltssteuerung durch das Wettbewerbsrecht 30
b) Notwendigkeit der Einordnung als subjektives Freiheitsrecht 31
III. Zwischenergebnis 32
B. Kompetenzrechtliche Ausgangslage 33
I. Kompetenzlage im Rundfunk 33
II. Kompetenzlage im Pressewesen 34
C. Medienfusionskontrolle 36
I. Geltungsbereich der Fusionskontrolle 36
1. Medienrechenklausel 37
a) Anwendungsbereich der Medienrechenklausel 37
b) Entwicklung der Aufgreifschwellen bis zur 8. GWB Novelle 38
c) Aufgreifschwellen nach der 8. GWB Novelle 39
2. Anschlussklausel 40
II. Zusammenschluss 41
III. Materielle Beurteilung der Zusammenschlüsse 42
1. Marktbeherrschungstest 43
a) Marktabgrenzung 45
aa) Rundfunk 45
bb) Print 46
cc) Online 47
b. Entstehung bzw. Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung 48
c. Beurteilung von Medienzusammenschlüssen 49
aa) Horizontale Zusammenschlüsse 50
bb) Konglomerate Zusammenschlüsse 51
2. SIEC-Test 52
3. Verhältnis des Marktbeherrschungstests zum SIEC-Test 52
4. Abwägungsklausel 54
5. Bagatellmarktklausel 55
6. Sanierungsfusion 57
a. Möglichkeit der Sanierungsfusion 57
b. Pressespezifische Sanierungsfusionsklausel 61

7. Ministererlaubnis 62
D. Medienkonzentrationskontrolle im privaten Rundfunk 63
I. Überblick über die Regelungssystematik 63
1. Nichterfassung von Telemedien 64
2. Nichteinbeziehung von ausländischen bzw. fremdsprachigen Programmen 65
3. Verhältnis zum Kartellrecht 66
II. Organisatorische Rahmenbedingungen 66
1. KEK als zentrales Organ für den Vielfaltsschutz 66
2. Zusammenarbeit zwischen den LMA und BKartA 69
III. Materielle Vielfaltssicherung im Rahmen des § 26 RStV 69
1. Grundsatz der Veranstalterfreiheit 70
2. Begriff der „vorherrschenden Meinungsmacht“ 70
3. Vermutungen des Bestehens „vorherrschender Meinungsmacht“ 71
a) Zuschauermarktanteil als neuralgischer Punkt 72
aa) Ermittlung des Zuschauermarktanteils 72
bb) Aktuelle Zuschauermarktanteile in der Praxis der KEK 73
b) Vermutung bei 30% Zuschauermarktanteil 74
c) Vermutungsregelungen bei 25% Zuschauermarktanteil 74
aa) Begriff des medienrelevanten verwandten Marktes 74
aaa) Marktabgrenzung 75
bbb) Verwandschaftsbeziehung und Medienrelevanz 76
bb) Marktbeherrschende Stellung 78
cc) Gesamtbeurteilung 78
aaa) Fragmentarischer Charakter der Prüfung 79
bbb) Gewichtungsfaktoren bei medienrelevanten verwandten Märkte 79
ccc) Stellungnahme und eigene Bewertung 82
dd) Verhältnis des § 26 Abs. 1 RStV zu § 26 Abs. 2 RStV 83
ee) Rezeption der Rechtsprechung durch die KEK 84
IV. Rechtsfolgen vorherrschender Meinungsmacht 84

Drittes Kapitel: Medienfusions- und konzentrationskontrolle in Österreich
A. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen 87
I. Kommunikationsfreiheit als Abwehrrecht 87
II. Objektiv-rechtliche Elemente der Kommunikationsfreiheit 89
B. Kompetenzrechtliche Ausgangslage 91

C. Organisatorische Rahmenbedingungen der Medienregulierung 91
I. Rahmenbedingungen der kartellrechtlichen Regulierung 92
II. Rahmenbedingungen der rundfunkrechtlichen Regulierung 92
D. Medienfusionskontrolle in Österreich 94
I. Überblick über die Systematik der Fusionskontrolle 95
II. Aufgreifkriterien 97
1. Aufgreifschwellen 98
2. Ausnahmen von der Anmeldepflicht 99
III. Zusammenschluss 99
IV. Medienzusammenschluss 101
1. Medienunternehmen i.e.S. bzw. Mediendienst 102
a) Medienunternehmen 102
aa) Begriffliche Prädisposition im Anwendungsbereich der FKVO 103
bb) Folgen der Vorprägung des Begriffsinhaltes 103
b) Mediendienst 104
2. Medienhilfsunternehmen 104
3. Medienunternehmen i.w.S. 104
V. Eingreifkriterien 105
1. Marktbeherrschungstest 105
a) Marktabgrenzung 106
bb) Rundfunk 108
cc) Online 109
b) Marktbeherrschung 110
c) Kausalität und Sanierungsfusion 111
d) Konglomerate Effekte 112
e) Rechtfertigung 112
f) Auflagen und Beschränkungen 113
2. Beeinträchtigung der Medienvielfalt 114
a) Verhältnis zum Marktbeherrschungstest 114
b) Begriffverständnis der Medienvielfalt 114
c) Vielfalt selbständiger Medienunternehmen 115
d) Berichterstattung und unterschiedliche Meinungen 116
e) Beeinträchtigung 117
f) Spürbarkeit der Beeinträchtigung 117
E. Medienkonzentrationskontrolle im privaten Rundfunk 118
I. Verhältnis zur kartellrechtlichen Medienvielfaltskontrolle 118

II. System des Medienkonzentrationsrechts im privaten Fernsehen 118
1. Beteiligungsbeschränkungen und Zulassung 119
2. Cross-ownership Beteiligungsgrenzen 120
a) Cross-ownership Grenzen bei bundesweitem Rundfunk 120
b) Cross-ownership Grenzen bei terrestrischem Fernsehen 122
3. Bewertung und Zwischenergebnis 122
F. Medienkonzentrationskontrolle im privaten Hörfunk 122
I. System des Medienkonzentrationsrechts im Hörfunk 123
II. Medienkonzentrationsrechtliche Prüfung der Meinungsvielfalt 124
1. Meinungsvielfalt als Teil des Kriterienrasters im beweglichen System 124
2. Berücksichtigung von anderen Märkten 125
a) Beurteilung durch KOMMAustria und BKS 125
b) Eigene Bewertung 127

Viertes Kapitel: Rechtsvergleich
A. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen 128
B. Medienfusionskontrolle 128
C. Medienkonzentrationskontrolle 130

Erstes Kapitel: Untersuchungsrahmen

A. Einleitung

I. Problemaufriss

Die Freiheit und die Vielfalt bzw. Pluralität[1] der Medien sind komplementäre Postulate einer demokratisch verfassten Gesellschaftsordnung.[2] Während die Medienfreiheit das Recht das Einzelnen schützt, seine Meinung ungehindert von Zwängen zu bilden und mittels der Medien zu verbreiten sowie sich im Diskurs und der Interaktion mit anderen seine Meinung zu bilden, erfordert die Medienvielfalt oftmals eine Reglementierung derselben. Nur durch eine Beschränkung ist es möglich, verschiedenen gesellschaftlichen Strömungen Gehör zu verschaffen und ein buntes Bouquet unterschiedlicher Meinungen mittels der Medien zu transportieren. Insoweit steht die Vielfalt der Medien, welche in leitbildhafter Umsetzung als Keimzelle einer Vielfalt der Meinungen betrachtet wird, in einem immanenten Spannungsverhältnis zur Medienfreiheit.

Eine der zentralen Gefahrenquellen für die Medienvielfalt stellt die (zunehmende) intramediäre bzw. intermediäre Medienkonzentration dar.[3] Beispiele lassen sich in jüngerer Zeit in Österreich und Deutschland zahlreiche finden, wie z.B. der aus der Krise heraus entstandene Erwerb des Verlagsgeschäfts der *Frankfurter Rundschau* durch die FAZ[4] bzw. der bevorstehende Erwerb des *Hamburger Abendblatts* bzw. der *Berliner Morgenpost*, der Frauen- und Programmzeitschriften die *Funke Gruppe* von *Axel Springer*.[5] Hinzu kommt, dass einige Anbieter aus dem Markt ausscheiden, wie z.B. die *FTD*[6] oder die Nachrichtenagentur *dapd*[7] oder – evtl – auch die KTZ. Auch international gesehen setzt sich dieser Trend fort. Neben diversen strukturellen Veränderungen[8] rund um den weltweit viertgrößten Medienkonzern *News Corp Ltd./21st Century Fox*[9]

---

[1] Vgl. zum Begriff der Vielfalt Erstes Kapitel, D.I

[2] So *Helwig*, Medienkonzentrationsrecht, S. 9; *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S.1; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 1; *Schwarze*, in: Schwarze/Hesse (Hrsg.), Rundfunk im digitalen Zeitalter, S. 88; *Uwer*, Medienkonzentration und Pluralismussicherung, S. 3.

[3] Vgl. zum Begriff und den Erscheinungsformen der Medienkonzentration C.III.

[4] Vgl. dazu Welt vom 28.02.2013, Neustart für die „Frankfurter Rundschau"; siehe dazu BKartA vom 27.02.2013, B6 9/13- *FAZ/Frankfurter Rundschau*. Siehe zur kartellrechtlichen Beurteilung dieses Erwerbs durch das BKartA auch Zweites Kapitel, III.6 (Sanierungsfusion).

[5] Vgl. FAZ vom 25.07.2013, Berliner Morgenpost und Hamburger Abendblatt werden teils auf Kredit verkauft. Siehe dazu auch Welt vom 25.07.2013, Axel Springer verkauft Traditionstitel wie „Hörzu". Daneben hat Axel Springer auch den französischen Zeitschriftenverlag PGP an Reworld Media verkauft. Vgl. dazu Die Welt vom 27.07.2013, Axel Springer verkauft französische Zeitschriften.

[6] Vgl. dazu Welt vom 27.03.2013, Einstellung „FTD" belastet Gruner+Jahr. Siehe auch SZ vom 23.11. 2012, „Financial Times Deutschland" wird eingestellt.

[7] Vgl. dazu Welt vom 11.04.2013, Nachrichtenagentur dapd stellt Betrieb ein.

[8] Der sich aus der NewsCorp und 21st Century Fox bestehende Medienkonzern wurde im Juni 2013 in die NewsCorp und 21st Century Fox aufgespalten, vgl. dazu FAZ vom 27.05.2013, NewsCorp erwartet bis zu 1,4 Mrd. Dollar Abschreibung auf Verlag.

[9] Vgl. für eine Übersicht der Beteiligungsverhältnisse www.mediadb.eu: Internationale Medienkonzerne.

lässt sich derzeit eine stark zunehmende Konzentration im US-Fernsehmarkt verzeichnen. Kürzlich gab der vorwiegend im Printbereich tätige Medienkonzern *Gannett Company* z.B. den Erwerb von 20 TV-Sendern von der *Belo Corp* für 1,5 Mrd. Dollar bekannt.[10] Die Ursachen zunehmender Medienkonzentration sind im Einzelnen vielfältig. Ein Treiber der Entwicklung ist die zunehmende Bedeutung des Internets bei der Meinungsbildung und der sich damit verändernde Medienkonsum,[11] welcher durch die Konvergenz der einst sektoral getrennten Massenmedien weiter befördert wird.[12] Zwar ist das Fernsehen über alle Altersgruppen hinweg nach allen aktuellen Studien (immer noch) das zentrale Leitmedium für die Informationsbeschaffung[13], allerdings nimmt die Bedeutung des Internets stetig zu.[14] Das zeigt sich vor allem bei den jüngeren Zielgruppen, bei denen „das Internet" bereits das Fernsehen als wichtigstes Medium zur Information und Meinungsbildung abgelöst hat.[15]

Bei der Ausgestaltung der Medienordnung ist diesen Entwicklungen Rechnung zu tragen, nicht zuletzt wenn man sich zum Schutz der Medien- bzw Meinungsvielfalt eines paternalistisch ausgerichteten Schutzes, wie vor allem im Rundfunk bedient.[16] Es geht dabei vor allem um die hier maßgebliche Frage, ob die Vielfalt der Massenmedien bei Konzentrationsprozessen besser durch eine duale „Regulierung" - in Form des Kartellrechts und einer Sonderregulierung im Rundfunk - oder eher durch eine vor allem dem Kartellrecht überantwortete Regulierung verwirklicht werden kann. Hinzu kommt, dass im Lichte des steigenden Meinungseinflusses von Suchmaschinen und sozialen Netzwerken, denen als Inhaber einer *Gatekeeper*- Stellung[17] insbesondere eine Steuerungs- und Lenkungsfunktion zukommt, die Regulierung auch eine Antwort auf die Frage finden muss, wie diese de lege lata in das bisherige System integriert werden können bzw. wie de lege ferenda ein adäquates Regulierungssystem ausgestaltet werden müsste.

---

[10] Vgl. dazu USA Today vom 13.06.2013, Gannett posts biggest gain since 2009 on Belo deal.
[11] Vgl. zur Veränderung der Fernsehnutzung *Zubayr/Gerhard*, MP 2013, 130 ff.
[12] Vgl. zurm Begriff der Konvergenz Erstes Kapitel, C.I.
[13] Vgl. für die Ergebnisse der aktuellen ARD/ZDF-Onlinestudie 2013 *van Eimeren/Frees*, MP 2013, 358, 366; siehe auch die Studie des Hans-Bredow Instituts „Medienübergreifende Informationsrepertoires", *Hasebrink/Schmidt*, MP 2013, 2, 4. Diese Ergebnisse decken sich auch mit der von TNS Infratest im Auftrag der BLM durch-geführten Studie „Relevanz der Medien für die Meinungsbildung", demzufolge das Fernsehen insgesamt mit knapp 60% deutlich vor dem Internet mit 24% liegt.
[14] Ausführlich mit der Bedeutung des Internets für die Meinungsbildung haben sich *Neuberger/Lobigs* in ihrem Gutachten für die KEK auseinandergesetzt. Siehe *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets für die Vielfaltssicherung.
[15] Vgl. dazu Pressemitteilung der BLM vom 06.09.2013, Junge Internetnutzer informieren sich über das aktuelle Zeitgeschehen primär über Facebook. Der von TNS Infratest durchgeführten Studie zufolge bildet das Internet in der Zielgruppe der 14 bis 29 Jährigen mit 49% die wichtigste Informationsquelle, gefolgt vom Fernsehen mit 26%.
[16] Vgl. dazu *Rösler*, JZ 2009, 438, 443 der von „Vielfaltsfürsorge" spricht.
[17] So auch *Hasebrink/Schmidt*, MP 2013, 1, 8; *Ott*, MMR 2006, 195, 195; *Rath*, WRP 2005, 826, 826; *Schulz/Held/Laudien*, Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Diskussion; *Paal*, GRUR 2013, 874, 880.

II. Anlass der Untersuchung

Anlass für diese Untersuchung ist der im deutschen und österreichischen Recht verwirklichte Systemunterschied beim Schutz der Vielfalt im Zuge von Konzentrationsprozessen in den Medienmärkten. Während in Deutschland im Bereich der Presse verfassungsrechtlich determiniert[18] auf ein marktorientiertes Modell gesetzt wird, welches zum Schutz der Vielfalt einige Anpassungen erfährt, wird im privaten Rundfunk auf ein Kombinationsmodell aus kartell- und rundfunkzentrierter Sonderregulierung gesetzt. Beide sollen sich der gesetzlichen Intention zufolge ergänzen. Das Kartellrecht soll v.a. den ökonomischen Wettbewerb schützen, das Rundfunkrecht den publizistischen Wettbewerb. Anders stellt sich das System in Österreich dar. Dort findet sich im Kartellrecht wie z.B. auch in Großbritannien[19] eine Regelung, mit der über den ökonomischen Wettbewerb hinaus auch ein Schutz publizistischer Kriterien möglich ist. Angeknüpft wird dort an die *Beeinträchtigung der Medienvielfalt*, die der BWB neben dem Marktbeherrschungstest eine weitere Untersagungsmöglichkeit ermöglicht, wenn es sich um einen Medienzusammenschluss handelt. Hinzu tritt, wie auch in Deutschland, ein sektorales Medienkonzentrationsrecht. Dieser Vergleich reiht sich aktuell gerade in die unionalen Pläne ein, die Wettbewerbsbehörden verstärkt in den Schutz der Medien- und Meinungsvielfalt einzubeziehen. Im aktuell von der Kommission konsultierten[20] Bericht der HRG zur Freiheit und Vielfalt der Medien lassen sich in der 7. und 8. Empfehlung Weichenstellungen für die Zukunft der Medienregulierung finden, deren Ausgestaltung auch von diesem Rechtvergleich befördert werden könnte.[21] Während in der 7. Empfehlung festgehalten wird, dass „*die europäischen und nationalen Wettbewerbsbehörden […] dem besonderen Wert des Medienpluralismus bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts Rechnung tragen*“ sollen und dabei „*die zunehmende Verschmelzung der Kommunikationskanäle […] bei der Abgrenzung relevanter Märkte*“ berücksichtigen sollen, weist die 8. Empfehlung den Behörden eine über die präventive Fusionskontrolle hinausgehende „vorausgreifende“ Beurteilung der Medienmärkte zu.[22]

---

[18] Vgl. dazu Zweites Kapitel A.

[19] In Großbritannien findet sich im Kartellrecht der sog. *public interest test*, mit dem publizistische Kriterien in die kartellrechtliche Prüfung Eingang finden. Er unterteilt sich weiter in einen *newspaper test*, *broadcasting test* und *cross-media test*. Vgl. dazu *Bretschneider*, Bewertung crossmedialer Verflechtungen im Medienkonzentrationsrecht, S. 130 ff.; *Ders*., ZUM 2010, 418 ff.

[20] Vgl. dazu die Öffentliche Anhörung der Kommission zum unabhängigen Bericht der HRG für die Freiheit und Vielfalt der Medien https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/high-level-group-media-freedom-and-pluralism (Letzter Abruf am 08.09.2013). Die Anhörung lief bis zum 14.06.2013.

[21] Vgl. dazu den Bericht der HRG zur Freiheit und Vielfalt der Medien (Januar 2013), abrufbar unter https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/high-level-group-media-freedom-and-pluralism. Letzter Abruf am 08.09.2013.

[22] Vgl. dazu den Bericht der HRG zur Freiheit und Vielfalt der Medien (Januar 2013), S. 27.

III. Ein- und Ausgrenzungen

Aus Platzgründen beschränkt sich die vorliegende Untersuchung auf eine Analyse des Presse- und privaten Rundfunkmarktes unter fortwährender Einbeziehung der sich aus der Konvergenz der Medien ergebenden Fragestellungen. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk wird ebenso wie der Hörfunk in Deutschland nicht näher behandelt. Das gilt mit Ausnahme des Hörfunks auch für Österreich. Letzterer wird in die Untersuchung mit einbezogen, da sich an ihm insbesondere die Einbeziehung verwandter Märkte verdeutlichen lässt. Übergreifend wird in allen Bereichen insbesondere auf die Bedeutung des Internets eingegangen, welches als System auch Motor für die rechtliche Entwicklung ist.

IV. Gang der Darstellung

Die Untersuchung gliedert sich in vier Kapitel. Im ersten Kapitel wird zunächst auf die Medienmärkte in Deutschland und Österreich eingegangen. Anschließend erfolgen einige grundlegende Begriffsbestimmungen, deren Kenntnis für die nachfolgende Erörterung von Bedeutung ist. Im zweiten Kapitel wird sodann auf die Rechtslage in Deutschland eingegangen. Nach einer Darstellung der grundlegenden verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen, v.a. der rundfunkrechtlichen Konzeption der „dienenden Freiheit“, wird insbesondere auf die im GWB enthaltenen Regelungen zur Medienfusionskontrolle eingegangen. Die Erläuterungen erfolgen stets mit Bezug auf die Massenmedien und heben die, nicht zuletzt im Zuge der 8. GWB Novelle erfolgte Zunahme von medienspezifischen Regelungen hervor. Anschließend erfolgt eine Darstellung des Systems der Medienkonzentrationskontrolle im Rahmen des RStV. Dabei wird insbesondere auf die medienübergreifende Analyse eingegangen. Im dritten Kapitel schließt sich eine Betrachtung der österreichischen Rechtslage an. Für eine bessere Nachvollziehbarkeit wird ein dem zweiten Kapitel vergleichbarer Aufbau gewählt. Schwerpunkte werden bei den aus deutscher Perspektive eher „systemfremden“ Regelungen zum Schutz außerwettbewerblicher Ziele gesetzt. Die Arbeit schließt mit einem zusammenfassenden Vergleich beider Systeme ab.

B. Medienmärkte

Um ein Verständnis der Konzentrationsvorgänge zu erhalten, wird nachfolgend zunächst die Struktur der Presse- und Rundfunkmärkte verdeutlicht.

I. Presse

1. Pressemarkt Österreich

Österreichs Printmarkt weist eine Reihe von Besonderheiten auf.[23] Eine der zentralen, historisch bedingten und einen Mitanlass für diese vorliegende Untersuchung gebende Besonderheit, ist eine der ökonomisch wie auch publizistisch gesehen unionsweit höchsten Pressekonzentrationen, va im Bereich der Tageszeitungen.[24] Die Hintergründe für die Konzentration sind vielschichtig. Es lassen sich aus kartellrechtlicher Sicht aber mindestens zwei zentrale Ursachen identifizieren. Zum einen der kontrollfreie Erwerb der *WAZ* (nunmehr: *Funke*) von 50% an der Kronen Zeitung bzw. 49,44% am Kurier, welcher in Abwesenheit einer präventiven Zusammenschlusskontrolle[25] kaum einer wirkungsvollen kartellrechtlichen Kontrolle unterlag (nur Missbrauchsprüfung).[26] Zum anderen die Beteiligung der Kurier Magazintochter an der *Verlagsgruppe News*, die "liebevoll" auch "Elefantenhochzeit" genannt wurde.[27]

Im österreichischen Pressemarkt kommt insbesondere der "Kronen Zeitung" und dem "Kurier" eine große Bedeutung zu. Will man die Bedeutung überspitzen, ließe sie sich mit *Jellinek* wie folgt beschreiben:

> *„Die Massen lesen die „Kronen Zeitung", d.h. sie hören sich selber beim Denken zu, ohne zu ahnen, dass man Ihnen nur gibt, was sie schon immer gedacht haben […] Sie freuen sich, dass es welche gibt, die sagen, was sie schon immer gesagt haben, nur besser, schneller und schwärzer[…]".*[28]

Tatsächlich wird jedoch insoweit ein unvollständiges Bild gekennzeichnet. Zum einen gibt es laut VÖZ über 250 Wochen-, 18 Tageszeitungen[29] und 58 Magazine; viele werden als Gratiszeitung vertrieben. Hinsichtlich der Tageszeitungen bestehen 15 Kauftageszeitungen[30] und drei Gratistageszeitungen.[31] Nach der Media Analyse 2012

---

[23] So für viele *Melischek/Seethaler/Skodacsek*, MP 2005, 243 ff.
[24] *Golja*, in: Pürer/Rahofer/Reitan, Praktischer Journalismus, Publikumsmärkte in Österreich, S. 49; *Wiesinger*, Medienkartellrecht in Europa, S. 283; so auch *Melischek/Seethaler/Skodacsek*, MP 2005, 243 ff. Vgl zum Einfluss des Kartellrechts Anlage A: Bedeutung des Kartellrechts für die Entwicklung des österreichischen Printmarktes.
[25] Eine präventive Zusammenschlusskontrolle wurde erst mit dem KarG 1993 eingeführt.
[26] Der Erwerb brachte der WAZ den Beinamen "Krake von Essen" ein.
[27] Der Standard vom 14.10.2002: Zehn Jahre "News" sind eine Geschichte voller Missverständnisse.
[28] Vgl. Elfriede Jellinek, SZ vom 09.03.2002, wiedergegeben bei Kaltenbrunner/Karmasin/Kraus (Hrsg.), Politikjournalismus in Österreich, S. 125.
[29] Vgl. dazu www.voez.at (Stand Juli 2012). 2002 waren es ebenfalls 15 Zeitungen; Gratiszeitungen waren noch nicht am Markt, vgl. *Steinmaurer*, Medienangebot in Österreich, in: Pürer/Rahofer/Reitan (Hrsg.), Praktischer Journalismus, S. 29, 30.
[30] Die Kauftageszeitungen sind Der Standard, Presse, Kleine Zeitung, Kronen Zeitung, Kurier, Kärntner Tageszeitung (KTZ), Neue Vorarlberger Tageszeitung (Neue Vbg), Neues Volksblatt, Oberösterreichische Nachrichten (OÖ Nachrichten), Salzburger Nachrichten (SN), Salzburger Volkszeitung (SVZ), Tiroler Tageszeitung (TT), Voralberger Nachrichten (VN), Wiener Zeitung, Wirtschaftsblatt.
[31] Die Gratistageszeitungen sind Heute, TT Kompakt und grds. auch Österreich. Der Zeitung Österreich kommt insoweit eine Zwitterstellung zu, da sie den überwiegenden Teil der Auflage gratis vertreibt, jedoch auch Kaufexemplare hat (laut ÖAK 2012 351.917 Exemplare im Durchschnitt, während lediglich 81.798 Exemplare verkauft werden), vgl. dazu www.oeak.at, letzter Abruf am 08.09.2013.

verfügt die ebenso wie der Kurier (8,5%) zur *Mediaprint* Kronen Zeitung (noch) über eine bundesweite Reichweite von 37,4%.[32] Wenngleich die Reichweiten der Kronen Zeitung von 44,9% in 2005 über 38,2% in 2011, auf nunmehr 37,4% sinken, so verharrt die Reichweite gleichwohl konstant oberhalb von 35%.[33] Auf Platz zwei liegt die Gratiszeitung Heute mit 13,9%, auf Platz drei liegt die Kleine Zeitung mit 11,2%, direkt vor der 2006 neu gegründeten Tageszeitung „Österreich" mit 9,5%. Auch bei der verkauften Auflage liegt die Kronen Zeitung deutlich vorn. Nach Zahlen der ÖAK entfällt auf die Kronen Zeitung im Jahresschnitt 2012 eine verkaufte Auflage von 809.990 Exemplaren. Danach folgt die reine Gratiszeitung Heute mit 598.943 Exemplaren, die allerdings vollständig gratis vertrieben wird.[34] Das Ergebnis spiegelt sich auch in der LAE 2011 wieder. Demnach lesen 32,6% der Entscheidungsträger täglich die Kronen Zeitung.[35] Noch höher sind die Anteile in den Bundesländern. In Wien kommt die Kronen Zeitung auf über 40%.

Qualitätszeitungen wie z.B. Der Standard (5,0%)[36] und Presse (3,7%), liegen in den Reichweiten deutlich dahinter. Im Magazinmarkt sind derzeit 63 Titel vorhanden.[37] Bei den Wochenmagazinen kommt das Magazin Ganze Woche auf 13,4% und TV-Media auf 12,2%. Auf die politischen Magazine wie Format (2,1%) und Profil (6,2%) entfallen hingegen deutlich geringere Reichweiten – wenn man von einem Magazinmarkt ausgeht.[38] Bei den Special Interest Magazinen verfügen das Magazin Auto Touring (24,2%) und Red Bulletin (13,3%)[39] über hohe Reichweiten. Bei den Frauenmagazinen liegt WOMAN mit 7% an der Spitze.

Hinzu kommt eine starke Konzentration beim Pressevertrieb. Beim Pressegroßvertrieb gibt es mit der PGV Austria Trunk Austria Trunk) und Morawa Grosso nur zwei An-

[32] Die Bedeutung der Kronen Zeitung wird auch in den Ergebnissen der Studie „Evaluierung der Presseförderung in Österreich. Status, Bewertung, internationaler Vergleich und Entwicklungspotenziale, S. 86 hervorgehoben.
[33] Vgl. dazu Standard vom 04.04.2013, „Österreich" beschwert sich über Rückgang. In Wien hat die Krone eine Reichweite von 40,9%.
[34] Vgl. dazu www.oeak.at, Auflagenliste 2012 im Jahresschnitt.
[35] Vgl. dazu Der Standard vom 14.03.2012, Die Krone ist und bleibt Chefsache- Bild.
[36] 5,0% Reichweite entsprechen 358.000 Lesern. Laut LAE 2011 werden 18,8% der Entscheidungsträger erreicht.
[37] Im Jahr 2002 waren es noch 60 Titel, *Steinmaurer*, Das Mediensystem Österreichs, in: Hans-Bredow Institut (Hrsg.), S. 504 ff.; *Ders*. Medienangebot in Österreich, in: Pürer/Rahofer/Reitan (Hrsg.), Praktischer Journalismus, S. 29 und S. 32.
[38] Vgl. Standard vom 04.04.2013, „Österreich" beschwert sich über Rückgang.
[39] Das Magazin Red Bulletin wurde 2007 von Red Bull neu in den Markt gebrach, vgl. Der Standard vom 23.11. 2007, Red Bull startet Monatsmagazin.

bieter. Ursächlich dafür ist ua die 2004 erfolgte Nichtuntersagung der Gründung von Morawa Grosso durch MPV und Mediaprint.[40]

Betrachtet man die Verflechtung zwischen den Unternehmen fällt auf, dass insbesondere die zweit bis viertgrößten Medienunternehmen Österreichs, *Mediaprint*, *Styria* und *Moser*, stark miteinander vernetzt sind.[41] Beispielsweise sind *Styria* und *Moser* sowohl an dem JV für Gratiswochenzeitungen, *Regionalmedien Austria* (RMA), als auch an dem gemeinsamen Magazin-JV, *Lifestyle Magazin*, beteiligt. *Mediaprint* ist als paritätisches JV von Krone und Kurier indirekt mit der *Verlagsgruppe News* verbunden. Zudem verfügen sowohl *Styria* und *Mediaprint* über eine 24,5% Beteiligung an *Sat.1 Austria.*

2. Pressemarkt Deutschland

In Deutschland gibt es derzeit[42] 330 Tageszeitungen, 20 Wochen- und sechs Sonntagszeitungen.[43] Von den 330 Tageszeitungen entfallen 315 auf lokale und regionale Abonnementzeitungen, zehn auf überregionale Zeitungen und acht auf Straßenverkaufszeitungen.[44] 2008 waren es noch 347 Tageszeitungen, 1997 sogar 371.[45] In publizistischer Hinsicht ergeben sich daraus 130 publizistische Einheiten und 1532 Ausgaben.[46] Die Zahl der publizistischen Einheiten ist innerhalb von vier Jahren (2008 bis 2012) lediglich um zwei Einheiten zurückgegangen. Weiteren Aufschluss über den Zeitungsmarkt bietet auch die Netto-Zeitungsdichte. Diese liegt zwar bundesweit noch bei 1,5% jedoch ist der Anteil der Zeitungsmonopole, d.h. der Kreise bzw. kreisfreien Städte mit einer Zeitung, von 56,6% auf 58,7% gestiegen.[47] Demzufolge ist in mehr als der Hälfte aller Kreise bzw. kreisfreien Städte nur eine Zeitung erhältlich. Weiteren Aufschluss bieten auch die Zahlen von *Röper*, der den Marktanteil der Verlage anhand des Anteils an der verkauften Auflage bestimmt.[48] Nach den aktuellen Zahlen für 2012

[40] KG, Beschl. vom 05.08.2004, 26 Kt 132/04. Vgl. dazu auch Standard vom 16.08.2004, Monopol liefert dem Handel nun Zeitungen. Vgl. Anlage A: Bedeutung des Kartellrechts für die Entwicklung des österreichischen Printmarktes.

[41] Vgl. dazu Standard vom 31.05.2013, Österreichs größte Medienunternehmen: Demzufolge beläuft sich der Umsatz des ORF 2012 auf 967 Mio. € (wovon 595,5 Mio. € auf die Gebühren und 262 Mio. € auf Werbung entfallen). Die Mediaprint GmbH & Co KG erzielte 2012 hingegen einen Umsatz von 452, 8 Mio. €, die Styria Media Group von 437,2 Mio €. Siehe dazu auch Anlage B: Österreichs größte Medienunternehmen.

[42] Die Zahlen beziehen sich auf den Stichtag am 01.08.2012.

[43] Vgl. *Schütz*, MP 2012, 570, 571; BDZV, Die deutschen Zeitungen in Zahlen und Daten, S. 3.

[44] Vgl. BDZV, Die deutschen Zeitungen in Zahlen und Daten, S. 3.

[45] Vgl. *Schütz*, MP 2012, 570, 571.

[46] Vgl. auch zu den statistischen Grundlagen der Ermittlung *Schütz*, MP 2012, 570, 570; *Ders.*, MP 2012, 594, 594. Der Begriff der publizistischen Einheit wurde von Prof. Dr. Schütz, der auch als „Mister Tageszeitung" benannt wird, geprägt. Vgl. dazu BDZV, Pressemitteilung vom 26.07.2010.

[47] Vgl. *Schütz*, MP 2012, 570, 586.

[48] Vgl. *Röper*, MP 2012, 268 ff.

stammen 59,1% aller verkauften Zeitungsexemplare von insgesamt zehn Verlagsgruppen. [49] Dies ist der höchste Wert seit den 70er Jahren.[50]

Sieht man sich nur die fünf größten Verlagsgruppen an, ergibt sich ein Wert von 44,4%. Führend in dieser Statistik ist (noch) *Axel Springer* mit einem Marktanteil von 18,8%; auf Platz zwei folgt die Verlagsgruppe Stuttgarter Zeitung/Die Rheinpfalz/ Südwest Presse mit 9,2%. Danach kommen die Verlagsgruppe WAZ, Verlagsgruppe Du Mont Schauberg und Madsack.[51] Größer "Aufsteiger" ist die Augsburger Allgemeine, die sich erstmals unter den TOP 10 befindet. Auf Platz 10 befindet sich die Rheinische Post. Besonders deutlich wird die Stellung der großen Verlagsgruppen, wenn man sich die Konzentration innerhalb des Anteils der Kaufzeitungen ansieht. In diesem Segment kommt Axel Springer auf einen Marktanteil von 78,6%; die fünf größten Verlagsgruppen, die sich jedoch anders als in der Gesamtstatistik zusammensetzen, kommen sogar auf 97,2%.[52] Gerade in der jüngeren Zeit ist in diese Verteilung allerdings viel Bewegung gekommen. Zu nennen sind hier z.B. der Erwerb des Verlagsgeschäfts der *Frankfurter Rundschau* durch die FAZ vom Druck- und Verlagshaus Frankfurt am Main.[53] Daneben hat *Gruner+Jahr* die Financial Times Deutschland eingestellt.[54] Ein weiteres spektakuläres Beispiel stellen die Veränderungen bei der Westfälischen Rundschau (WR) dar.[55] Diese wird in einem bisher deutschlandweit einmaligen Vorgang lediglich als Titel weitergeführt, während der Mantelteil von der *WAZ* und die Lokalteile von verschiedenen Konkurrenten (Ruhr Nachrichten, Hellweger Anzeiger und Märkischer Zeitungsverlag) geliefert werden. Die Hintergründe für diesen Vorgang sich vielschichtig und können hier nicht in allen Einzelheiten dargestellt werden.[56] Als mitursächlich für die neuere Zeit kann z.B. die einheitliche Belieferung durch das Content Desk der *WAZ* und den damit einhergehen-den Verlust eines eigenständigen Profils angeführt werden.[57]

---

[49] Die Verkaufszahlen basieren auf den IVW Verkaufszahlen für das erste Quartal 2012 – von den 21. 355.185 Zeitungen entfallen 18.146.824 auf Tages- und 3.144.128 auf Wochenzeitungen. Von den 18. 146.824 Tageszeitungen entfallen 14.565.200 auf Abonnement- und 3.581.624 auf Kaufzeitungen.
[50] Vgl. *Röper*, MP 2012, 268, 272.
[51] Vgl. *Röper*, MP 2012, 268, 273.
[52] Vgl. *Röper*, MP 2012, 268, 283.
[53] Vgl. dazu Welt vom 28.02.2013, Neustart für die „Frankfurter Rundschau"; siehe BKartA vom 27.02. 2013, B6 9/13- *FAZ/Frankfurter Rundschau*. Vgl. dazu Zweites Kapitel, C.VI.
[54] Vgl. dazu Welt vom 27.03.2013, Einstellung „FTD" belastet Gruner+Jahr. Siehe auch SZ vom 23.11. 2012, „Financial Times Deutschland" wird eingestellt.
[55] Vgl. dazu den sehr lesenswerten Artikel in der FAZ vom 28.01.2013, Nach den Zechen sterben die Zeitungen.
[56] Vgl. dazu FAZ vom 28.01.2013, Nach den Zechen sterben die Zeitungen. Siehe auch FAZ vom 25. 07.2013, Der graue Riese wächst.
[57] Das Content-desk Modell wurde auch als „Reitz-Modell" bezeichnet, vgl. dazu auch FAZ vom 25.01. 2009, Sie wollen die Zeitung der Autoren werden.

Auf dem Zeitschriftenmarkt gibt es nach Angaben des VDZ derzeit 1542 Titel; 2012 waren es noch 1451.[58] Von den 1451 Titeln im Jahr 2012 erscheinen 133 mindestens 14-täglich.[59] Die meisten Titel verlegt derzeit Gruner+Jahr mit 58 Titeln, gefolgt von *Burda* (43) und *Bauer* (42).[60] Sieht man sich die Anteile an der verkauften Auflage an ergibt sich eine noch höhere Konzentration als bei den Zeitungen. Demnach entfallen 63,6% der gesamten verkauften Auflage auf die TOP 5 Verlage (*Bauer*, *Burda*, *Springer*, *Gruner+Jahr* und die *WAZ*).[61] Bei den Marktanteilen zulegen konnte nur die WAZ. Hinsichtlich der verkauften Auflage sind in absoluter Hinsicht von Bauer v.a. "TV 14" (2.474.878), von Burda "TV Spielfilm" (1.137.549) und "Freizeit Revue" (893.688), bzgl Springer "TV digital" (1.916.685) und "Bild am Sonntag" (1.339.351), hinsichtlich Gruner+Jahr "Der Spiegel" (933.394) und "Brigitte" (605.736) und hinsichtlich der WAZ "TV direkt" (1.224.798) und "nurTV" (609.042) zu erwähnen. Aus der Zusammenstellung ergibt sich, dass v.a. TV-Zeitschriften bei fast allen Verlagen zu den meistverkauften Publikumszeitschriften gehören.

II. Rundfunk

1. Rundfunkmarkt Österreich

Der Rundfunkmarkt weist ebenso wie der Pressemarkt einige historische Besonderheiten auf, die Österreich zwischenzeitlich den (zweifelhaften) Ruf eines "Medienalbaniens" eingebracht haben.[62] Bis 1993 verfügte der ORF über das Rundfunk-Monopol.[63] Als der EGMR jedoch im Verfahren *Informationsverein Lentia*[64] die Unvereinbarkeit des Rundfunkmonopols mit Art. 10 EMRK festgestellt hatte und Österreich gemäß Art. 46 EMRK infolgedessen zur Beseitigung des konventions-widrigen Zustandes verpflichtet war, wurde 1993 das RRG verabschiedet.[65] Bereits 1995 wurden die ersten Lizenzen erteilt. Es bestand jedoch noch immer keine Rechtsgrundlage für die Veranstaltung von privatem Fernsehen. Nachdem allerdings zwei private Kabelbetreiber bereits 1995

[58] Vgl. www.vdz.de (Stand: März 2013). Vgl. für den Stand 2012 von 1451 Titeln *Vogel*, MP 2012, 317, 319. Von den 1451 Titeln sind allerdings nur 553 IVW geprüft.
[59] Vgl. *Vogel*, MP 2012, 317, 319.
[60] Vgl. *Vogel*, MP 2012, 317, 321.
[61] Vgl. *Vogel*, MP 2012, 317, 319.
[62] Die Bezeichnung wurde von den Medien gewählt, um die Rückständigkeit der Entwicklung des TV-Marktes zu verdeutlichen, da Österreich erst drei Jahre nach der Einführung des dualen Rundfunks in Albanien den Privatrundfunk eingeführt hat. Vgl. Standard vom 28.03.2013, 15 Jahre Privatradio: 60 Private haben einen Marktanteil von 25%; Standard vom 27.07.2011, Privat-TV Gesetz beendete im August 2001 das ORF-Monopol.
[63] Für viele *Grisold*, Regulierungsformen am Mediensektor, S. 32. Für eine Darstellung der Entwicklung des Rundfunks in Österreich vgl. *Grabner*, Die Rolle des Privatfernsehens im politischen Systems Österreichs, S. 49 ff.
[64] EGMR, Urt. vom 24.11.1993, 15.717/89=EUGRZ 1994, 549=ÖJZ 1994, 34. Dazu für *Mayer*, ecolex 1994, 511 ff. Ausführlich dazu in einem Rückblick auf „20 Jahre Informationsverein Lentia" *Traimer*, JRP 2012, 410 ff.
[65] Vgl. dazu *Grabner*, Die Rolle des Privatfernsehens im politischen Systems Österreichs, S. 56 ff mit dem Hinweis darauf, dass während des Verfahrens beim EGMR das RRG ausgearbeitet worden ist.

begonnen hatten, Programme in das Kabelnetz einzuspeisen,[66] wurde im April 1997 das KSRG[67] verabschiedet, dass die Veranstaltung von über Kabel veranstalteten Programmen regelte.[68] Eine terrestrische Verbreitung war jedoch noch nicht möglich. Dieser wurde erst weitere vier Jahre später, im Jahr 2001, mit Inkrafttreten des PrTV-G[69] der Weg geebnet.[70] Die erste bundesweite Zulassung des bereits im April 1997 unter dem Namen "Wien 1" auf Sendung gegangenen Senders erhielt die ATV Privatfernsehen GmbH im Januar 2002.[71] Da mit dem ORF zunächst keine Einigkeit über die Nutzung der Sendeanlagen erzielt werden konnte, startete ATV (damals ATVplus) erst ab dem 1. Juni 2003 das erste bundesweiten terrestrische Fernsehen.

Das erklärt die auch heute noch dominante Marktstellung des ORF.[72] Hinzu kommt eine zwar abnehmende, aber dennoch dominante Stellung der Fensterprogramme deutscher Privatsender. Der neuen Teletest-Studie zufolge kommen die ORF-Programme (ORF 1, 2, 3 und ORF-Sport) auf einen Marktanteil von 37,2%.[73] Auf die deutschen Fensterprogramme entfallen 26,9%.[74] Auf ausländische Programme insgesamt entfallen sogar 52,9%. Marktanteile verloren haben zuletzt insbesondere RTL und Sat1. Die fünf österreichischen Privatsender ATV I, ATV II, Puls 4, goTV und ServusTV kommen zusammen auf einen Marktanteil von 8,1%.[75] Am stärksten zulegen konnte zuletzt das zum Red Bull Media House gehörige ServusTV. Im Hörfunkmarkt zeigt sich ebenfalls eine Dominanz der öffentlich-rechtlichen Anbieter.[76] Zuletzt kamen die öffentlich-rechtlichen Radiosender Ö3 (bundesweit), Ö2 und FM4 (regional) auf eine Reich-

[66] *Genetti*, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk im dualen System, S. 34; *Grabner*, Die Rolle des Privatfernsehens im politischen Systems Österreichs, S. 59.
[67] Bundesgesetz, mit dem die Bestimmungen über den Kabel- und Satellitenrundfunk erlassen werden (Kabel- und Satellitenrundfunkgesetz), BGBl. I Nr. 42/1997.
[68] So *Dachs/Harnisch/Kriechbaumer*, Der Bund und die Länder: Über Dominanz, Kooperation und Konflikte im österreichischen Bundesstaat, S. 208. Wegbereiter des KSRG war u.a. auch der VfGH, der mit zwei Urteilen (VfSlg. 14.258/1995 und VfSlg. 14.635/1996) entscheidend zur Verabschiedung als „Ersatzgesetzgeber" beitrug. So *Traimer*, JRP 2012, 410, 414.
[69] Bundesgesetz, mit dem die Bestimmungen für privates Fernsehen erlassen werden (PrTV-G), BGBl. I Nr. 84/ 2001.
[70] Das PrTV-G trat gemäß § 69 Abs. 1 PrTV-G am 01.08.2001 in Kraft. Das KSRG trat zugleich gemäß § 69 Abs. 2 PrTV-G außer Kraft.
[71] Vgl. dazu KOMMAustria vom 31.01.2002, KOA 3.005/02-24. Siehe dazu auch BKS vom 22.04.2012, 611. 181/007-BKS/2002.
[72] Vgl. *Traimer*, JRP 2012, 410, 411 der bildlich treffend von „David gegen Goliath" spricht.
[73] Vgl. RTR Kommunikationsbericht 2012, S. 155. Damit hat der ORF erstmals nach längerer Zeit wieder zugelegt. 2011 entfielen noch 36,4% auf den ORF.
[74] Vgl. RTR Kommunikationsbericht 2012, S. 150 bzw. S. 155. Gegenüber 2011 bedeutet das einen Rückgang von 2,1%.
[75] Vgl. RTR Kommunikationsbericht 2012, S. 155.
[76] Vgl. zur historischen Entwicklung des Hörfunkmarktes ausführlich *Kopf*, Effizienz staatlicher Steuerung durch Regulierung am Beispiel des privaten Hörfunks in Österreich, S. 24 ff.

weite von 63,5%, die Privattsender von 36,2%.[77] Ö3 kommt bundesweit in fast allen Bundesländern auf die höchste Reichweite.[78]

Von den Privatradios verfügt nur der zu Mediaprint gehörige Sender Radio Kronehit über eine bundesweite Zulassung. Radio Kronehit kommt national auf eine Reichweite von 11,9%. Zudem liegt der Sender in den meisten Bundesländern hinter Ö3 und den Regionalsendern auf Platz drei.[79] Das entspricht dem Radiotest[80] zufolge einem Marktanteil[81] von 66% des ORF und von 32% der privaten Radios.[82] Sieht man sich die Verflechtungen zwischen den Mediensektoren an, zeigt sich neben dem ORF eine Dominanz von drei Konzernen: Mediaprint, Styria und Moser.[83]

2. Rundfunkmarkt Deutschland

Auch in Deutschland ist der Markt durch eine duale Rundfunkordnung gekennzeichnet.[84] Innerhalb des privaten Sektors kamen ab 1981 zunächst privatte Free-TV Anbieter auf, ab den 90er Jahren kamen auch die ersten Pay-TV Angebote hinzu.[85] Heute zeigt sich auf dem Fernsehmarkt eine deutliche Dominanz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und von RTL/Bertelsmann sowie ProSiebenSat.1. Letztere dominieren insbesondere auch den Fernsehwerbemarkt, auf dem sie gemeinsam über einen Marktanteil von 80-90% verfügen.[86]

Hinsichtlich der Zuschaueranteile entfallen nach den von der AGF/GfK für 2012 ermittelten Marktanteilen im Tagesdurchschnitt jeweils 12,6% auf das ZDF und die „Dritten"-Sender[87] der ARD. Die *ARD* selbst kam auf 12,3%. In der Statistik der größten[88] deutschen Medienkonzerne rangiert die ARD damit hinter Bertelsmann und vor *Axel Springer* auf Platz 2; weltweit belegt die ARD Platz 19. Gleichauf mit der *ARD*

---

[77] Vgl. RTR Kommunikationsbericht 2012, S. 159. Dem ORF kommt gemäß § 3 ORF-G ein gesetzlich bestimmter (Grundversorgungs-)auftrag zu, der drei österreichweit empfangbare Progamme einschließt.
[78] Vgl. für eine Übersicht hinsichtlich der Bundesländer Anlage 2.
[79] Vgl. dazu Standard vom 31.01.2013, Radiotest: Mehr Menschen hören Kronehit, weniger Ö1 und FM4.
[80] Der von der GfK Austria durchgeführte Radiotest ist die zentrale Reichweitenstudie im Hörfunk in Österreich, deren Reichweiten u.a. auch für die Beteiligungsbeschränkungen in § 11 AMD-G (§ 11 Abs. 2 Ziff. 1 bzw. § 11 Abs. 3 Ziff. 1 AMD-G) von Bedeutung sind. Sie werden gemäß § 11 Abs. 6 AMD-G jährlich erhoben und veröffentlicht. Siehe dazu Drittes Kapitel, E.
[81] Der Marktanteil gibt das prozentuale Verhältnis des Hörfunksenders an der gesamten Sendedauer an.
[82] Vgl. RTR Kommunikationsbericht 2012, S 159-160. Im Bericht wird auf die Zahlen des Radiotests für das Jahr 2012 verwiesen.
[83] Vgl. für eine Darstellung Medienkonzerne in Österreich Anlage 1.
[84] Der Wegbereiter für diese Entwicklung war das BVerfG. Maßgeblich war insoweit das dritte Rundfunkurteil des BVerfG (Vgl. BVerfGE 57, 295 ff. – *FRAG*), in welchem sich das BVerfG erstmals 1981 mit der Zulassung des privaten Rundfunks beschäftigt hat, vgl. *Monopolkommission*, 16. Hauptgutachten: Mehr Wettbewerb im Dienstleistungssektor, BT-Drs. 16/2460, S 350 (Rn. 795).
[85] So *Dubberstein*, NZKart 2013, 143, 143.
[86] Vgl. dazu BKartA vom 17.03.2011, B6 94/10, Rn. 66; bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschl. vom 08.08.2012, VI Kart 4/11 (V). Siehe dazu z.B. *Dubberstein*, NZKart 2013, 143 ff.
[87] Laut AGF gehören dazu insgesamt 40 Einzelsender.
[88] Vgl. dazu www.mediadb.eu; siehe auch MP 2013, 253.

befand sich 2012 die *RTL Group*, an der Bertelsmann mittelbar mit rund 75% beteiligt ist.[89]

Sieht man sich die Gruppe der Erwachsenen von 14-49 Jahren an, zeigt sich ein klarer Vorsprung von *RTL* mit 15,9% vor 11,3% von ProSieben.[90] Danach folgen Sat.1 mit 9,4%, ProSieben mit 5,9%, VOX mit 5,8% und RTL II mit 4,0%. Das Pay-TV nimmt trotz der im Zuge der VPRT-Studie unterstrichenen zunehmenden Bedeutung[91] bezogen auf die Marktanteile, noch eine unbedeutende Stellung ein. Derzeit kommt *Sky* mit allen Sendern auf 1,2%;[92] damit liegt *Sky* (selbst) hinter dem KiKA mit 1,4%.[93] Die Programmvielfalt ist nach wie vor hoch. Zum am 01. Januar 2013 gab es insgesamt 421 Programme, von denen 261 auf den lokalen und regionalen Bereich[94] und 160 auf den bundesweiten Bereich entfielen.[95]

Von den 160 sind 83 Free-TV Angebote und 77 Pay-TV Angebote. Nach den im Juli 2013 vorgelegten Ergebnissen der VPRT-Studie zum PayTV Markt, lassen sich sowohl bei der Anzahl der Programme, dem Umsatz als auch der Zahl der Abonnenten, die zuletzt bei 6,1 Millionen lag, Zuwächse erkennen.[96] Zum 30. Juni 2012 waren laut KEK 182 private Programme zugelassen, davon 24 fremdsprachige. 134 der 182 Programme befanden sich auf Sendung, darunter sind 20 Voll- und 114 Spartenprogramme.[97]

C. Konvergenz der Massenmedien

I. Begriff der Konvergenz

Allgemein gesprochen bezeichnet der sich vom spätlateinischen *convergere* ableitende Begriff, einen Vorgang des gegenseitigen Annäherns bzw des Zueinanderneigens bzw Zusammenstrebens.[98] Im Mediensektor wurde der Begriff insbesondere durch die

---

[89] Vgl. für eine Darstellung der Beteiligungsverhältnisse der RTL Group. Anlage 3.
[90] Vgl. ALM (die Medienanstalten) Jahrbuch 2012/2013, S 55.
[91] Vgl. VPRT Studie: Pay-TV in Deutschland, abrufbar unter www.vprt.de.
[92] Vgl. dazu auch die KEK 735 vom 09.04.2013 und 17.04.2013 – *Sky Deutschland Fernsehen GmbH & Co KG* in der für den Zeitraum vom Januar bis Dezember ein Marktanteil von 1,3% ermittelt wurde (1,1% entfielen auf die Sky-Sender und 0,2% auf die auf der Plattform veranstalteten Drittprogramme wie z.B. beate-uhse.tv oder Spiegel Geschichte.
[93] Vgl. dazu www.agf.de/daten/zuschauermarkt/marktanteile (letzter Abruf am: 08.09.2013).
[94] Die Zahl ist gegenüber dem Vorjahr weitestgehend konstant geblieben (2011: 267), vgl. ALM (die Medienanstalten) Jahrbuch 2012/2013, S. 100.
[95] Vgl. ALM (die Medienanstalten) Jahrbuch 2012/2013, S. 47.
[96] Vgl. VPRT Studie: Pay-TV in Deutschland. Die Zahl der Programme lag 2011 noch bei 72, die Zahl der Abonnenten 2010 noch bei 4,1 Mio.; vgl. dazu www.vprt.de.
[97] Vgl. dazu KEK, Fünfzehnter Jahresbericht 2011/2012, S. 46. Zum 30.06.2009 waren es nur 135 Programme, vgl. KEK, Vierter Medienkonzentrationsbericht: Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung, S. 57.
[98] So für viele *Dubberstein*, NZKart 2013, 143, 143; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S 16. *Hauck* spricht bezüglich des Begriffes von einer Entgrenzungsthese, vgl. *Hauck*, Die Bedeutung von

Kommission im Zuge des Grünbuchs "zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie und ihren ordnungspolitischen Auswirkungen" geprägt.[99] Allgemein kann die Medienkonvergenz als ein sich auf der Basis von Digitalisierung und Kommerzialsierung vollziehender Prozess der Annäherung bis zur "partiellen Verschmelzung vormalig getrennter medialer Subsektoren" gesehen werden.[100]

II. Erscheinungsformen der Konvergenz

1. Technische Konvergenz

Wie bereits erläutert, wird der Begriff der Konvergenz durch die begriffliche Prädisposition häufig auf den Aspekte der technischen Konvergenz verengt. Diese lässt sich v.a. an drei Aspekten, nämlich der Konvergenz der Übertragungswege (dazu a), der Konvergenz der Vertriebswege (dazu b) und der Konvergenz der Endgeräte (dazu c) aufzeigen.[101]

a) Konvergenz der Übertragungswege

Zwar ist es auch nach wie vor möglich, was durchaus zu begrüßen ist, eine Zeitung oder Zeitschrift physisch zu lesen, den Hörfunk über das Radio zu vernehmen, das Fernsehen über Satellit oder Kabel am heimischen Fernseher zu empfangen oder über das schmalbandige Telefonnetz zu telefonieren. Die Digitalisierung hat jedoch einige (entscheidende) Veränderungen mit sich gebracht, die die Übertragungswege aneinander angenähert und den vielzitierten Wandel in der Mediennutzung entscheidend geprägt haben. Mit Hilfe der digitalen Datenübertragung ist es möglich, alle Informationen mittels eines standardisierten Codes (ASCII) in ein binäres System aus den Ziffern "0" und "1" zu übersetzen und damit jegliche Daten (Text, Musik, Bilder, Sprachsequenzen) zu übertragen.[102] Durch die digitale Kompression von Daten ist es möglich, die zu übertragenden Datenpakete im Umfang ohne Qualitätsverlust erheblich zu verkleinern und weniger Bandbreite zu benötigen.[103] Hinzu kommt, dass durch die zunehmende Verbreitung von Breitbandnetzen mit bis zu 50 Mbit/s ohnehin eine

---

crossmedialem Journalismus für die Zukunft traditioneller Mediengattungen in Österreich, S. 8. Allgemein zum Begriff der Konvergenz *Trafkowski*, Medienkartellrecht, S. 16 ff.

[99] Kommission vom 03.12.1997, KOM (97), 623 endg. S. 1; vgl. hierzu für viele *Bartosch*, ZUM 1998, 209 ff. Darauf hinweisend auch *Hain*, AfP 2012, 313, 313.

[100] Vgl. *Hain*, AfP 2012, 313, 313.

[101] *Christiansen*, in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 53. Abschnitt, Rn. 1; *Gounalkis*, Konvergenz der Medien, Gutachten C zum 64 Deutschen Juristentag, S. 13 ff; *Mückl*, JZ 2007, 1078 ff.

[102] *Dörr/Janik/Zorn*, Der Zugang zu Kabelnetzen und die Regelungen des europäischen Rechts, S. 22; *Jungheim*, Medienordnung und Wettbewerbsrecht, S. 5.

[103] *Bullinger*, ZUM 2007, 337, 338; *Heinrich*, Medienökonomie (Band 2), S. 49 ff; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 18.

schnellere Übertragung im VDSL-Netz möglich ist.[104] Das verstärkt zunehemd das integrierte Angebot von Telefonat, Internet und TV im Rahmen sog. *Triple-Play* Modelle.[105] Bezogen auf die Konvergenz zwischen dem Medium Rundfunk und Telefon kann z.B. auf das IPTV und Hybrid-TV verwiesen werden. Während es bereits beim IPTV möglich ist, über das Breitbandtelefonnetz auch Rundfunksignale zu empfangen und somit wie bereits beschrieben nicht nur bereits vorhandene Übertragungswege konvergieren, sondern sich auch neue etablieren, so ermöglicht das Hybrid-TV darüber hinaus auch die hybride Nutzung von linearen Medien (Rundfunk) in Kombination mit nicht-linearen Medien.

b) Konvergenz der Vertriebswege

Ein weitere Form der Konvergenz ist die der Vertriebswege. Diese lässt sich an einigen Beispielen zeigen. War es bisher üblich und auch weit verbreitet, die Presse in Form von Zeitungen und Zeitschriften über das Presse-Grosso zu vertreiben, dass mit derzeit rund 54% immer noch den wichtigsten Vertriebskanal für die Presse bildet,[106] so lässt sich mehr und mehr verzeichnen, dass der Direktvertrieb über E-Paper im Rahmen des eigenen Online-Vertriebs oder über verlagsübergreifende Portale wie z.B. den iKiosk und bzw. oder eigene Apps an Bedeutung gewinnt.

[104] *Jungheim*, Medienordnung und Wettbewerbsrecht, S. 19 m.w.N.
[105] *Christiansen*, in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 53. Abschnitt, Rn. 1.
[106] Vgl. www.pressegrosso.de; ebenfalls unter Verweis auf 54% Marktanteil *Alexander*, ZWeR 2012, 215, 216.

Auch in Österreich sind bereits eine Vielzahl der Tages-, Wochen- und Monatszeitungen sowie Magazine als E-Paper z.B. über das verlagsübergreifende Portal Austria Kiosk verfügbar. Das Portal wurde von der APA 2011 als verlags- und plattformunabhängiges Portal entwickelt.[107] Über die Plattform sind seit kurzer Zeit auch deutsche Tageszeitungen wie z.B. das "Handelsblatt" abrufbar.[108] Daneben besteht in Österreich auch die Möglichkeit einige Titel über den IKiosk zu erwerben.[109]

c) Konvergenz der Endgeräte

Mit der Konvergenz der Endgeräte ist im Grundsatz gemeint, dass ein Endgerät für mehr als eine Kommunikationsform genutzt werden kann.[110] Beispiele lassen sich heutzutage unzählige finden. So ist es heutzutage möglich, mit einem Mobiltelefon nicht nur über das Telefonnetz zu telefonieren, sondern mittels mobiler Internetnutzung Websiten aufzurufen, Videos über MyVideo oder Youtube zu laden, das (digitale) Web-Radio zu hören oder über den App Store von Apple oder den Android Market von Google Applikationen zu nutzen, die diverse Nutzungen ermöglichen, wie z.B. das Lesen eines bildschirmoptimierten E-Papers oder die Nutzung des Live Streams einer TV-Sendung. Inbegriff der Konvergenz der Endgeräte sind die Tablet PC´s wie z.B. das IPad oder Samsung Galaxy Tab. Nach Prognosen der IDC werden im Jahr 2013 mehr Tablets als normale PCs verkauft werden; erste Statistiken aus Deutschland aus den ersten drei Monaten des Jahres 2013 bestätigen diese Entwicklung.[111] Mit diesen Endgeräten können ebenso wie beim Smartphone alle bisherigen Nutzungen der traditionellen Massenmedien kombiniert werden. Eine Zeitung kann bildschirmoptimiert online oder über eine spezifische Applikation oder als E-Paper gelesen werden. US-amerikanische Studien haben belegt, dass es neben den technischen Unterschieden auch weitere siginifikante Unterschiede in der Mediennutzung zwischen Tablet und Mobiltelefon gibt.[112] Dabei zeigte sich vor allem, dass das Tablet vor allem für die Rezeption von Nachrichten und erst in zweiter Linie für Kommunikation (E-Mails etc.) verwendet wird.[113] Daneben ist es auch möglich Rundfunksendungen über Entertain mobil über das Tablet zu verfolgen, ebenso ermöglicht *Sky to Go* eine mobile Nutzung des gewählten Pay-TV Abonnements. Zwar liegt die mobile Internetnutzung nach der ARD/ZDF Onlinestudie 2012 mit nunmehr

[107] Vgl. dazu Der Standard vom 02.11.2011, Digitaler Printmedien Kiosk austria-kiosk.at geht online.
[108] Vgl. dazu Der Standard vom 18.09.2012, Printmedien Plattform kiosk.at nun auch mit deutschen Titeln.
[109] Vgl. dazu Der Standard vom 28.03.2012, Springer öffnet iKiosk auch in Österreich.
[110] *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 19.
[111] Vgl. dazu FAZ vom 06.06.2013, Tablet gewinnt.
[112] Vgl. *Mitchell/Leah/Rosenstiehl*, The Tablet Revolution and what it means for the future of News, vgl http://de.scribd.com/doc/79120301/The-Tablet-Revolution-and-What-it-Means-for-the-Future-of-News, letzter abruf am 08.09.2013, *van Eimeren/Frees*, MP 2012, 362, 366.
[113] *van Eimeren/Frees*, MP 2012, 362, 366.

23% noch recht niedrig, allerdings nimmt sie verglichen mit 2009, dort waren es noch 11%, weiter zu.

2. Konvergenz des Nutzerverhaltens

Mit der Konvergenz der Nutzerverhaltens ist eine Situation gemeint, derzufolge der Nutzer die jeweilige Mediennutzung als austauschbar betrachtet.[114] Das wäre der Fall, wenn sich bei nicht steigender Gesamdauer des Medienkonsums die Anteile des Medienkonsums an linearer Rundfunknutzung zugunsten des Internets verschieben würden. Den Ergebnissen der ARD/ZDF Onlinestudie 2012 zufolge nutzen 53,4 Mio Deutsche bzw 75,9% gelegentlich das Internet.[115] Während der Anteil der 14 bis 19-jährigen bei 100% liegt, beträgt er bei den ab 60-Jährigen 39,2%, allerdings mit stark ansteigender Tendenz.[116] Gleichob des absoluten und prozentualen Anstiegs der Internetnutzer, lässt sich derzeit noch keine Verdrängung bzw. Substitution der Fernsehnutzung durch das Internet feststellen.[117] Eine gewisse Substitution lässt sich allenfalls für den Printbereich feststellen, deren durchschnittliche tägliche Nutzungsauer im Zeitverlauf von 10 Jahren um 25% gesunken ist.[118] Die mangelnde Verdrängung zwischen Fernseh- und Internetnutzung wurde kürzlich nochmal durch die im August 2013 veröffentlichten Ergebnisse des *TNS Infratest Convergence Monitors 2013* bestätigt.[119] Demzufolge stieg die Internetnutzung zwar von 53 Minuten täglich in 2008 auf nunmehr 80 Minuten täglich in 2013, die Fernsehnutzung blieb aber bei vergleichbarer Gesamtnutzung konstant.[120] Die Konvergenz des Nutzerverhaltens kann sich auch an der bisher erst im Ansatz erforschten *Second-Screen* Nutzung zeigen lassen. Darunter werden in der Forschung parallele bzw. additive Nutzungen von mehreren Endgeräten, z.B. eines mobilen Endgerätes, oft Smartphone oder Tablet-PC, und des Fernsehens erfasst.[121] Allerdings zeigen die aktuellen Studienergebnisse, dass die Second-Screen Nutzung bisher nicht sehr verbreitet ist. Die ARD/ZDF-Onlinestudie 2012 hat ermittelt, dass rund 20% der Fernsehzuschauer den Second-Screen nutzen.[122]

D. Vielfalt und Medienkonzentration

---

[114] *Hoffmann-Riem*, Konvergenz und Regulierung, S. 23; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 20.
[115] *van Eimeren/Frees*, MP 2012, 362, 362.
[116] *van Eimeren/Frees*, MP 2012, 362, 363.
[117] *van Eimeren/Frees*, MP 2012, 362, 363; *dies*, MP 2009, 334, 342; *Gerhards/Mende*, MP 2008, 365, 367.
[118] *van Eimeren/Frees*, MP 2012, 362, 375.
[119] Die Studie von TNS basiert auf einer Befragung von 1503 Personen im Alter von 14 bis 64 Jahren, vgl. Pressemitteilung TNS Infratest vom 27.08.2013.
[120] Vgl. Pressemitteilung TNS Infratest vom 27.08.2013.
[121] *van Eimeren/Frees*, MP 2012, 362, 371.
[122] *van Eimeren/Frees*, MP 2012, 362, 371; siehe auch *Busemann/Gscheidle*, MP 2012, 380, 389.

I. Begriff der Vielfalt

Der Begriff der (Medien-)vielfalt ist als politischer, soziologischer, kultureller und rechtlicher Begriff[123] einer präzisen Definition nur eingeschränkt zugänglich.[124] Er ist vielschichtig und wird vielseitig (je nach handelndem Akteur und Hintergrund) verwendet.[125] Gleichwohl besteht Einigkeit, dass die Vielfalt (auch) ein zentrales Leitbild[126] bzw. Leitprinzip der deutschen sowie europäischen Medienpolitik darstellt. Insoweit bilden die Medienfreiheit und Medienvielfalt komplementäre Postulate einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung.[127] Die Vielfalt der Medien leistet einen Beitrag zur Meinungsbildung und damit auch zur Meinungsvielfalt.[128] Der Begriff ist normativ konzeptionell zu verstehen. Er beschreibt einen her- bzw. sicherzustellenden *Zielwert*, der approximativ zu erreichen, jedoch nicht vollständig zu erfüllen ist.[129] Die absolute Vielfalt als solche ist somit kein erstrebenswertes Ziel, nicht zuletzt da diese sich stets in einem Zielkonflikt mit anderen Zielen, z.B. der Reduktion von Komplexität befindet.[130] Der Zielkonflikt wird besonders virulent, wenn es um das richtige Maß der Vielfalt bei neuen Medien geht. Angesichts der unterschiedlichen digitalen Empfangsmöglichkeiten, der mittlerweile weit über 100 Mio. Internetseiten sieht sich die paternalisitische Bestimmung[131] der richtigen "Vielfaltsdosis" vor allem im Internet

[123] Vgl. zur Analyse des Begriffs im öffentlich-rechtlichen Zusammenhang *Leisner-Egensperger*, Viefalt - ein Begriff des öffentlichen Rechts. Zur Bestimmung des Begriffes der Medienvielfalt im Zusammenhang mit dem KartG vgl *Görg*, ÖBl 2004, 108-112; *Ders.*, MR 2004, 427 ff.

[124] Vgl. *Hofmann*, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, S. 37; *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 72.

[125] So auch *Wiring*, Pressefusionskontrolle im Rechtsvergleich, S. 148. Interessant ist, wenn man den Begriff der Vielfalt beispielsweise im Koalitionsvertrag von CDU/CSU „Wachstum, Bildung und Zusammenhalt" vom 26.10.2009 sucht. Dort findet man folgende Verwendungen „biologische Vielfalt" (S 31 im Zusammenhang mit Naturschutz und S. 131 im Zusammenhang mit Entwicklungs-zusammenarbeit), „Betreibervielfalt" (S. 37 bezogen auf den ÖPNV), „Vielfalt der ländlichen Räume" (S. 50), „Trägervielfalt" (S. 68 bezogen auf die Kinderbetreuung), „Kultur der Vielfalt" (S. 73 bezogen auf Gleichstellung von Frauen), „Charta der Vielfalt" (S. 77 bezogen auf Integrationspolitik), „kulturelle Vielfalt" (bezogen auf die Filmförderung, S. 95, ebenso auf S. 104 im Zusammenhang mit einem europäischen Rechtsrahmen für Verwertungsgesellschaften, und „Meinungs- und Pressevielfalt" (S. 105 im Zusammenhang mit der Überprüfung des Medienkonzentrations- und Pressekartellrechts).

[126] So die Begrifflichkeit bei *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 72.

[127] Vgl. dazu auch *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 25 die allerdings den Begriff des Pluralismus in den Medien verwendet.

[128] Vgl. dazu *Neuberger/Lobigs*, Vielfaltssicherung im Internet (Gutachten für die KEK), S 33 die die Vielfalt als eine „*Eingangsbedingung für die Meinungsbildung*" bezeichnen. Siehe dazu auch das Grünbuch der Kommi-ssion über die Vorbereitung auf die vollständige Konvergenz der audiovisuellen Welt vom 24.04.2013, COM (2013), 231 endg. in dem davon ausgegangen wird, dass die Medienvielfalt (bzgl dort Medienpluralismus) zur Meinungsvielfalt beiträgt.

[129] Vgl. dazu *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 71; *Müller*, Konzentrationskontrolle, S. 139.

[130] Vgl. *Neuberger/Lobigs*, Vielfaltssicherung im Internet (Gutachten für die KEK), S. 33.

[131] Der Paternalismus zeigt sich insbesondere dort, wo von den Verfassungsgerichten eine staatliche Schutzpflicht zum Schutz der Medienvielfalt angenommen wird, die naturgemäß das „Dienen vor das Verdienen" stellt. In diesem Sinne *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang zum digitalen Fernsehen, S. 22; Darauf hinweisend *Körber*, ZWeR 2009, 315, 320.

einem besonderen Zielkonflikt zur Reduktion auf das Wesentliche ausgesetzt, will sie sich in den Bereich einer Über- bzw. Fehlregulierung begeben.[132]

II. Ökonomischer und publizistischer Wettbewerb

Auf den zweiseitigen Medienmärkten zwischen dem ökonomischen und dem publizistischen Wettbewerb unterschieden. Während der ökonomische Wettbewerb sich zwar aufgrund der Zwei- bzw. Dreiseitigkeit der Märkte mit einigen Besonderheiten konfrontiert sieht, so ist er wie auch bei anderen erwerbswirtschaftlichen Unternehmen durch das klassische Streben nach höheren Marktanteilen, höheren Umsätzen und höheren Gewinnen gekennzeichnet. Um aus der jüngeren Zeit zwei Beispiele zu bringen, sei nur der Verkauf zahlreicher Printtitel (u.a. des Hamburger Abendblatts und Berliner Morgenpost) von *Axel Springer* an die *Funke-Gruppe* für rund 920 Mio. €[133] oder die Einstellung der FTD bzw der Verkauf der Frankfurter Rundschau an die FAZ zu nennen. Für diese Sichtweise spricht nicht zuletzt die zunehmende Beteiligung von ausländischen Medienkonzernen, insbesondere Finanzinvestoren wie KKR und Permira (ProSiebenSat.1) an inländischen Medienkonzernen. Unter dem Begriff des publizistischen Wettbewerbs wird ein „Meinungswettbewerb"[134] bzw. ein „geistiger Kampf"[135] erfasst, bei dem sich das qualitativ hochwertigste Angebot durchsetzt.[136] Der publizistische Wettbewerb stellt sich somit als ein Qualitätswettbewerb dar, welcher auf die qualitative Verbesserung der Medienprodukte abzielt.[137] Zur Beurteilung der „Wahrheit" dient der Marktplatz der Meinungen. Als Erfolgsmaßstab gilt die Ausgewogenheit des Angebots, die Aktualität, Genauigkeit und Richtigkeit der Information.[138] Die Vielfalt der Meinungen wird insoweit als normatives Leitprinzip für den publizistischen Wettbewerb betrachtet.[139]

III. Medienkonzentration

---

[132] Vgl. dazu mit einer Reihe von herrlichen erfrischenden Ausführungen *Körber*, ZWeR 2009, 315, 330 mit dem Hinweis darauf, dass es trotz dieses Befundes nicht angehen könne „dem Überfluss mit einer Vielfaltssicherung entgegenzutreten" […] da dies wie ein Versuch anmute, „den Teufel mit dem Beelzebub auszutreiben".

[133] Vgl. dazu FAZ vom 25.07.2013, Berliner Morgenpost und Hamburger Abendblatt werden teils auf Kredit verkauft.

[134] So *Hoppmann*, Meinungswettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Mestmäcker (Hrsg.), Offene Rundfunkordnung, S. 175; *Wiring*, Pressefusionskontrolle im Rechtsvergleich, S. 160.

[135] BVerfGE 12, 113, 125 – *Deutschland Fernsehen*. Vgl. für weitere Bezeichnungen *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 128.

[136] *Schüll*, Schutz der Meinungsvielfalt im Rundfunkbereich durch das europäische Recht, S. 26; *Jungheim*, Medienordnung und Wettbewerbsrecht, S. 67.

[137] Vgl. *Preuss-Neudorf*, Grundversorgung und Wettbewerb im dualen System, S. 118; *Schüll*, Schutz der Meinungsvielfalt im Rundfunkbereich durch das europäische Recht, S. 26; *Jungheim*, Medienordnung und Wettbewerbsrecht, S. 67.

[138] Vgl. *Schüll*, Schutz der Meinungsvielfalt im Rundfunkbereich durch das europäische Recht, S. 26; *Jungheim*, Medienordnung und Wettbewerbsrecht, S. 67.

[139] Vgl. *Jungheim*, Medienordnung und Wettbewerbsrecht, S. 66 m.w.N.

Unter der Konzentration versteht man etymologisch die Vereinigung um den Mittelpunkt[140] bzw. die Häufung von Merkmalen auf einem Merkmalsträger.[141] Um welche Merkmale und Merkmalsträger es geht, hängt vom jeweiligen Untersuchungsgegenstand ab. Während die Konzentration in der Chemie beschreibt, wie viel sich von einem Stoff in einem Gemisch befindet und in der Psychologie die klare Fokussierung einer bestimmten Tätigkeit meint, so versteht man in der Ökonomie darunter die Tatsache, dass sich die Anzahl der Einheiten *auf dem Markt* verringert. Wegen der Doppelcharakters des Wettbewerbs (ökonomischer und publizistischer Wettbewerb) ist folgerichtig bei der Medienkonzentration zwischen der ökonomischen und dem publizistischen Konzentration zu unterscheiden.[142] Als Merkmalsträger kommen in ökonomischer Hinsicht selbständige Unternehmen, Betriebe oder Redaktionseinheiten, in publizistischer Hinsicht hingegen die Auflage bzw. die Reichweite in Betracht.[143] Die *ökonomische Konzentration* kann demnach als Markt bzw Kapitalkonzentration, die *publizistische Konzentration* als redaktionelle Konzentration bzw. als Konzentration von Meinungen durch Homogenisierung verstanden werden.[144]

Hinsichtlich der Konzentrationsrichtung lassen sich die horizontale, vertikale und die diagonale bzw konglomerate Konzentration unterscheiden. Unter der *horizontalen* Konzentration versteht man eine Konzentration auf der gleichen Stufe der Wertschöpfungskette bzw. demselben sachlich relevanten Markt.[145] Den höchsten Grad der Konzentration stellt das Monopol dar.[146] Im Medienbereich wird in diesem Zusammenhang auch von der *intramedialen*[147] bzw. *intramediären*[148] Konzentration gesprochen, da die Konzentration innerhalb desselben Mediums stattfindet. Demnach kann von einer intramediären Konzentration dann gesprochen werden, wenn sich bisher konkurrierende Presseunternehmen oder Rundfunkveranstalter zu Sendergruppen zusammenschließen. Von der horizontalen Konzentration sind vertikale und

---

[140] Vgl. *Kütting*, Konzentration, in: Dichtl/Ising, Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, S. 1196; *Müller*, Konzentrationskontrolle, S. 145.
[141] Vgl. Duden, Das Herkunftswörterbuch, Stichwort: Konzentration; so auch *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 21.
[142] So *Knoche*, Medienkonzentration, in: Thomaß (Hrsg.), Mediensysteme im internationalen Vergleich, S. 127; v.a. die ökonomische Konzentration betonend *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 22; so auch *Bretschneider*, Bewertungen crossmedialer Verflechtungen im Medienkonzentrationsrecht, S. 29.
[143] So *Knoche*, Medienkonzentration, in: Thomaß (Hrsg.), Mediensysteme im internationalen Vergleich, S. 127.
[144] Vgl. dazu *Knoche*, Medienkonzentration, in: Thomaß (Hrsg.), Mediensysteme im internationalen Vergleich, S. 127.
[145] Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU vom 05.02.2004 Nr 31/5, Rn- 5; *Helwig*, Kompetenz der EG für ein europäisches Medienkonzentrationsrecht, S. 17; *Mestmäcker*, Medienkonzentration, S. 166 ff.; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 22.
[146] Vgl. *Schaarschmidt*, Cross-Promotion durch Medienkonglomerate, S. 5.
[147] Vgl. *Knothe/Lebens*, AfP 2000, 125, 127; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 22.
[148] So *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 156. Fortan wird zur Bezeichnung von horizontalen Konzentrationsvorgängen grundsätzlich auf den Begriff der intramediären Konzentration abgestellt.

diagonale sowie konglomerate Konzentration zu unterscheiden, die beide Erscheinungsformen der *intermediären* Konzentration sind.[149] Unter der vertikalen Konzentration wird die Zusammenarbeit bzw. der Zusammenschluss von Unternehmen auf vor- und nachgelagerten Märkten verstanden. Ist das der Fall, spricht man häufig von einem vertikal integrierten Unternehmen.[150] Die Ursachen bzw. Vorteile der vertikalen Konzentration für die Unternehmen, lassen sich z.B. an den Transaktionskostenvorteilen (*transaction cost economies*) zeigen. Durch die vertikale Integration ersetzen die Unternehmen die Beschaffung über den Markt durch ein unternehmens- bzw konzernweites Beschaffungssystem und heben damit Synergien durch den integrierten Verbund. Wie sich die vertikale Integration in der Praxis darstellt, kann anhand der RTL Group, hier v.a. RTL Deutschland, gezeigt werden.[151] RTL Deutschland verfügt auf der vorgelagerten Marktstufe über eine 100% Beteiligung an der Infonetwork GmbH. Diese produziert die Nachrichten und Magazinformate der gesamten Mediengruppe Deutschland. Infonetwork ist wiederum an der ContentFirst GmbH beteiligt, die Bewegtbildangebote bereitstellt. Hinzu kommt das Cologone Broadcasting Center, das auf vorgelagerter Ebene als TV-Produktionsunternehmen und technischer Dienstleister agiert. Auf nachgelagerter Ebene ist die Mediengruppe mit 100% an der IP Deutschland GmbH beteiligt, die für die gesamte Mediengruppe die Vermarktung übernimmt. Das bezieht sich sowohl auf die klassische Fernsehwerbung als auch auf alle Formen der Online-Werbung. IP Deutschland ist u.a. an dem vertical Content Net-work[152] Spezialisten *Netzathleten media* beteiligt.[153]

Neben der vertikalen Konzentration ist in intermediärer Hinsicht v.a. die konglomerate Konzentration von Bedeutung. Darunter werden die Konzentrationsvorgänge erfasst, bei denen sich Unternehmen verschiedener Medienmärkte und Marktstufen zusammenschließen.[154] Ein konglomerater Zusammenschluss kennzeichnet sich dadurch, dass sich die Unternehmen weder auf der Produktions- noch auf der Absatzseite als Wettbewerber gegenüberstehen.[155] Im Medienbereich wird in diesem Zusammenhang häufig von crossmedialer Konzentration gesprochen.[156] Teilweise wird

[149] So *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 157.
[150] Vgl. *Heinrich*, Medienökonomie (Band 2: Rundfunk), S. 244.
[151] Vgl. dazu Anlage 3.
[152] Unter einem vertical content network wird die Bündelung von Inhalten verschiedener Webseiten auf einer gemeinsamen Seite zum Zwecke der Erhöhung der Reichweite verstanden, vgl. Horizont vom 10.07.2009, Netzathleten launcht Vertical content network für Sportler. Durch die höhere Reichweite können wegen der Zweiseitigkeit der Märkte wiederum mehr und „bessere“ Werbekunden gewonnen werden.
[153] Vgl. www.netzathleten-media.de. Zu den „Verticals“ zählen z.B. netzathleten.net oder gesuender.net.
[154] Vgl. *Mestmäcker*, ZUM 1986, 63, 67; *Paal*, Medienvielfalt und Wettbe-werbsrecht, S. 158.
[155] Vgl. *Bohne*, WRP 2006, 540, 541; *Nothelfer*, EuZW 2007, 332, 333; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 23.
[156] Vgl. *Mailänder*, Konzentrationskontrolle, S. 163; *Trafkowski*, Medienkartellrecht, S. 65.

auch von multimedialer Konzentration gesprochen.[157] Während man darunter zunächst die Verbindung von Presse- und Rundfunkunternehmen zu beschreiben versuchte, so erfasst der Begriff heutzutage v.a. die Verflechtung mit An-bietern neuer Medien. Die Ursachen dafür sind vielfältig. Eine zentrale Ursache sind sog. Verbundvorteile (*economies of scope*). Verbundvorteile ergeben sich dann, wenn die Gesamtkosten eines Produktprogramms *niedriger* ausfallen als die Summe der Einzelkosten bei getrennter Herstellung der Produkte.[158] Im Mediensektor entstehen sie v.a. bei der Mehrfachnutzung von Inhalten.[159]

[157] Vgl. *Bender*, Cross-Media Ownership, S. 35; *Gounalkis/Zagouras*, AfP 2006, 93, 93.
[158] Vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, S. 334 die noch allgemeiner auf die Outputrelation abstellen; *Heinrich*, Medienökonomie (Band 2), S. 132; vgl auch *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 38; *Wiring*, Pressefusionskontrolle im Rechtsvergleich, S. 173.
[159] So *Bender*, Cross-Media Ownership, S. 69 ff; *Kübler*, MP 2004, 131, 132.

Zweites Kapitel: Medienfusions- und konzentrationskontrolle in Deutschland

A. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Zentral für das Verständnis der einfachgesetzlichen Regelungen zum Schutz der Vielfalt sind die vom BVerfG im Zusammenhang mit Art. 5 GG entwickelten Rahmenbedingungen für die (Ausgestaltung) der Medienordnung. Aus Art. 5 GG ergeben sich fünf Grundrechte, die entgegen Art. 10 EMRK bzw. Art. 11 Abs. 2 GRC nicht Teil eines einheitlichen Kommunikations- bzw. Mediengrundrechts sind, sondern trotz der anerkannten Schwierigkeiten bei der Einordnung neuer Medien, voneinander unterschieden werden (müssen).[160] Aus Art. 5 GG ergeben sich die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) sowie die Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG). Für die vorliegende Untersuchung sind insbesondere die objektiv-rechtlichen Elemente des Art. 5 GG von Interesse, da sich aus diesen grundlegende Vorgaben für die Ausgestaltung der einfachgesetzlichen Rechtsordnung entnehmen lassen. Diese sind im Folgenden ins Verhältnis zur subjektiv-rechtlichen Dimension zu setzen.

I. Pressefreiheit

Die in Art. 5 Abs. 1 S. 2 1. Alt. GG niedergelegte Pressefreiheit weist sowohl subjektiv-rechtliche Elemente eines Abwehrrechtes, als auch (eigenständige) objektiv-rechtliche Elemente auf.[161] Letztere zeigen sich insbesondere im Rahmen des "Instituts der freien Presse".[162] Es wird überwiegend davon ausgegangen, dass der subjektiv-rechtliche Charakter grundsätzlich überwiegt und somit Beschränkungen der Pressefreiheit einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in das Grundrecht darstellen.[163]

1. Subjektiv-rechtliche Dimension der Pressefreiheit

In subjektiver Hinsicht schützt die Pressefreiheit alle Vorgänge, die mit der Verbreitung von Meinungen und Tatsachen durch die Presse zusammenhängen. Geschützt ist der gesamte Vorgang von der Beschaffung der Information durch die Presse bis hin zur Verbreitung der Nachricht.[164] Im Urteil *Postzeitungsdienst* hat das BVerfG einen subjektiven Abwehranspruch gegen die mit staatlichen Fördermaßnahmen verbundenen, inhaltslenkenden Wirkungen und einen Anspruch auf "Gleichbehandlung im

---

[160] So für viele *Schulze-Fielietz*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, Art. 5 GG, Rn. 39. Die Grundrechte dürfen nach der überwiegenden Ansicht in der Literatur nicht zugunsten eines einheitlichen Rechts „eingeebnet werden", vgl. dazu *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, S. 67.

[161] *Bullinger*, HdbStR, Bd. VI, § 34 m.w.N.; *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 103; die Eigenständigkeit ablehnend *Degenhart*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5, Rn. 349. Degenhart sieht in der objektiven Dimension vielmehr eine Freiheitsverstärkung.

[162] Vgl. BVerfGE 20, 162, 175 – *Spiegel*; BVerfGE 66, 116, 133 – *Springer/Wallraff* („institutionelle Eigenständigkeit"); BVerfGE 80, 124, 133 – *Postzeitungsdienst* („objektive Grundsatznorm"). So auch für viele *Alexander*, GRUR-Int 2010, 803, 804; *Hain/Poth*, JA 2010, 572, 572.

[163] Für viele *Bethge*, in: Sachs, Kommentar zum GG, Art 5, Rn. 71.

[164] So für viele BVerfGE 95, 28, 34 – *Werkszeitungen*; BVerfGE 20, 162, 174 – *Spiegel*; BVerfGE 12, 205, 260 – *Deutschland Fernsehen*; BVerfGE 10, 118, 121 – *Berufsverbot I*.

publizistischen Wettbewerb" anerkannt.[165] Daneben kommt der Pressefreiheit auch ein objektiv-rechtliche Bedeutung zu. Die Annahme der objektiv-rechtlichen Dimension hat zur Folge, dass die in Umsetzung der Verpflichtung erlassenen Maßnahnmen das Grundrecht ausgestalten, die Maßnahme jedoch nicht als eine Beschränkung des individuellen Freiheitsrechtes und damit als Eingriff anzusehen ist.[166]

2. Liberales Verständnis der objektiv-rechtlichen Dimension der Pressefreiheit

a) Rechtsprechungslinie des BVerfG

Grundlage des objektiv-rechtlichen Verständnisses ist die "öffentliche Aufgabe" der Presse.[167] Im *Spiegel* Urteil hat das BVerfG dazu festgestellt: "*Eine freie, nicht von öffentlicher Gewalt gelenkte, keiner Zensur unterworfene Presse ist ein Wesens-element des freiheitlichen Staates [...]. Die Presse hält die ständige Diskussion in Gang; sie beschafft Informationen, nimmt selbst dazu Stellung und wirkt damit als orientierende Kraft in der öffentlichen Auseinandersetzung. In ihr artikuliert sich die öffentliche Meinung [...] So wichtig die damit der Presse zufallende "öffentliche Aufgabe" ist, so wenig kann diese von der organisierten staatlichen Gewalt erfüllt werden".*[168] Getragen von diesem Verständnis führte das BVerfG weiter aus, dass die Pressefreiheit zugleich auch eine objektiv-rechtliche Seite habe. Sie garantiere das Institut "Freie Presse".[169] In dieser Eigenschaft "*erlege das Grundrecht dem Staat eine Schutzpflicht für die Presse auf* ".[170] Aus der Institutsgarantie heraus, hat das BVerfG eine Reihe von objektiv-rechtlich einzuordnenden Elementen einer "Presseordnung"[171] abgeleitet. Dazu gehören die Verpflichtung des Staates die "Gründung von Presse-organen" zu ermöglichen (Gründungsfreiheit), den freien Zugang zum Presseberuf zu garantieren (Zugangsfreiheit) und die Verpflichtung Auskunftspflichten der öffentlichen Behörden vorzusehen.[172] Der Staat sei zudem zur Gewährleistung von Tendenz-freiheit verpflichtet.[173] Dem Staat obliege zudem eine "inhaltliche Neutralitätspflicht, die

[165] BVerfGE 80, 124, 134 – *Postzeitungsdienst*. Mit diesem subjektiven Abwehrrecht korrespondiert die aus dem Institut „Freie Presse" abzuleitende Neutralitätspflicht des Staates.
[166] Vgl. für viele *Jarass/Pieroth*, Kommentar zum GG, Art. 5 GG, Rn. 42.
[167] Vgl. BVerfGE 20, 162, 174 – *Spiegel*; BVerfGE 25, 256, 265 – *Blinkfüer*; BVerfGE 52, 283, 296 – *Tendenzbetrieb*.
[168] Vgl. BVerfGE 20, 162, 174 – *Spiegel*.
[169] Vgl. BVerfGE 20, 162, 175 – *Spiegel*; So auch BVerfGE 80, 124, 133 – *Postzeitungsdienst* („objektive Grundsatznorm"); BVerfGE 73, 118, 180 – *Niedersachsen*; BVerfGE 66, 116, 133 – *Springer/Wallraff*. Zuvor hat das BVerfG im ersten Rundfunkurteil (BVerfGE 12, 205, 260 – *Deutschland Fernsehen*) von der „institutionellen Eigenständigkeit" der Presse gesprochen.
[170] So BVerfGE 80, 124, 133 – *Postzeitungsdienst*.
[171] Siehe *Bethge*, in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 GG, Rn. 72; So auch *Hain*, AfP 2012, 313, 317.
[172] Vgl. BVerfGE 20, 162, 175 – *Spiegel*;
[173] Vgl. BVerfGE 52, 283, 296 – *Tendenzbetrieb*.

jede Differenzierung nach Meinungsinhalten verbietet".[174] Für die vorliegende Untersuchung von besonderem Interesse sind die Aussagen mit Bezug auf die Sicherung der Vielfalt der Medien und Meinungen im Pressewesen. Grundlegend ist auch hier das *Spiegel* Urteil. Dort führte das BVerfG aus, dass im Lichte des Instituts "Freie Presse" auch eine Pflicht des Staates denkbar sei, "*Gefahren abzuwehren, die einem freien Pressewesen aus der Bildung von Meinungsmonopolen erwachsen könnten*".[175] Im Kontext damit ist das Urteil *Tendenzbetrieb* zu sehen. In diesem entwickelte das BVerfG aus der damaligen Feststellung heraus, dass im Pressesektor eine "*relativ große Zahl von selbstständigen und nach ihrer Tendenz, politschen Färbung und weltanschaulichen Grundhaltung miteinander konkurrierenden Presseerzeugnisse existiere*",[176] die Pflicht des Staates, eine umfassende Information zu ermöglichen und die Vielfalt der bestehenden Meinungen wiederzugeben.[177]

b) Möglichkeit und Notwendigkeit von Vielfaltsschutzmaßnahmen

Während die Möglichkeit des Gesetzgebers vielfaltsschützende Maßnahmen im Pressebereich zu ergreifen weitestgehend unbestritten ist, so ist sich die Literatur uneinig wenn es um die Frage geht, ob der Gesetzgeber darüber hinaus auch verpflichtet ist, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen.[178] Das wird v.a. damit begründet, dass das vom BVerfG für den Rundfunk anerkannte Sonderregulierungsbedürfnis im Pressesektor gerade nicht bestehe.[179] Dort würde es (immer noch) eine Vielzahl von Anbietern geben. Dieser Befund erweist sich unter Heranziehung der eingangs dargestellten Zahlen auch heute noch als valide. Von 2008 bis 2012 sind nur zwei publizistische Einheiten eingestellt worden. Noch immer besteht mit 330 Tageszeitungen, 20 Wochen- und sechs Sonntagszeitungen und damit eine hohe Vielfalt.[180] Weiter wird vorgebracht, dass es in ökonomischer Hinsicht nicht zu einem Marktversagen komme, da

[174] Vgl. BVerfGE 80, 124, 133 – *Postzeitungsdienst*. Zur Verletzung der Neutralitätspflicht bei der Einführung von kartellrechtlichen Sonderregelungen, wie z.B. der im Zuge der 7. GWB Novelle geplanten Ausnahme von der Untersagungspflicht des BKartA bei Entstehung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung für Presseunternehmen siehe *Bremer/Martini*, ZUM 2003, 942, 945.

[175] Vgl. BVerfGE 20, 162, 175 – *Spiegel*. Dafür auch *Bullinger*, HdbStR, Bd. VI, § 142, Rn. 689 ff; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Vorb. § 35 GWB, Rn. 56; *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 104. Siehe dazu mit konkreten Vorschlägen für den Gesetzgeber *Rudolph*, Vielfalt im Pressewesen, S. 294 ff.

[176] So BVerfGE 12, 205, 262 – *Deutschland Fernsehen*.

[177] So Vgl. BVerfGE 52, 283, 296 – *Tendenzbetrieb*.

[178] Für eine Verpflichtung *Schaarschmidt*, Cross-Promotion durch Medienkonglomerate, S. 74; *Weberling/Nieschalk*, AfP 2009, 221, 222. Für die Möglichkeit *Wendt*, in: Münch/Kunig, Kommentar zum GG, Art. 5, Rn. 40; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, Art. 5 GG, Rn. 227; Ablehnend insoweit *Degenhart*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Art. 5, Rn. 345; *Bethge*, in: Sachs, Kommentar zum GG, Art. 5, Rn. 73; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5, Rn. 234; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 66.

[179] So *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 66 m.w.N.

[180] Vgl. *Schütz*, MP 2012, 570, 571; BDZV, Die deutschen Zeitungen in Zahlen und Daten, S. 3. So auch bereits für das Jahr 2008 *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 67.

Ausschließbarkeit vom Konsum vorliege.[181]Damit fehle es an der ökonomischen Rechtfertigung für Sondermaßnahmen. Dem ist zu entgegnen, dass es darauf im Lichte der Bedeutung der Presse für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung aus rechtlicher Hinsicht nicht ankommen kann. Aktuell stellte sich die Frage der Notwendigkeit des Staates, vielfaltsschützende Maßnahmen zu ergreifen, im Rahmen des Schutzes des Presse-Grosso Systems.[182] Die Frage wurde aufgrund einiger von der Heinrich Bauer KG angestrengter Gerichtsverfahren relevant. In einem ging es um die Rechtmäßigkeit der Kündigung zweier Grossisten,[183] in einem anderen um das zentrale Verhandlungsmandat des BVPG bei den Konditionenverhandlungen mit dem BDZV und VDZ.[184] Da die Gerichte einem Bestandsschutz des Grosso-Systems kritisch gegenüberstanden, drohten die sog. Essentials[185] des Grosso-System aufgegeben werden zu müssen. In diesem Kontext wurde vermehrt die Forderung erhoben, der Gesetzgeber sei verpflichtet, die "Netzneutralität" des Presse-Grosso System und damit die Vielfalt im Pressewesen zu garantieren.[186] Ob es an der im Koalitionsvertrag[187]enthalenen Aussage gelegen hat oder der Gesetzgeber sich rechtlich in der Pflicht gesehen hat, kann nicht beurteilt werden. Jedenfalls wurde das System mit der 8. GWB Novelle in § 30 Abs. 2a GWB im Lichte des Vielfaltsschutzes "kartellrechtsimmunisiert".[188]

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das BVerfG zwar eine Pflicht zur Verhinderung von Meinungsmonopolen in Erwägung gezogen, den Gesetzgeber aber auf die Herstellung des Ziels gleichwohl (noch) nicht ausdrücklich verpflichtet hat.[189] Schließlich hat das BVerfG nur ausgeführt, dass an eine solche Pflicht zu denken sein könne. Jedoch kann m.E. gerade aufgrund der im Zuge der 8. GWB für die Presse eingeführten Regelungen mittlerweile durchaus davon gesprochen werden, dass sich die Möglichkeit zu handeln aufgrund des Wandels in der Mediennutzung und der Bedeutung des Internets partiell zu einer Pflicht verdichtet.

---

[181] So *Sjurts*, FuKo 10/2009, 6, 8.
[182] Aus Platzgründen muss eine vertiefte Darstellung des komplexen Presse-Grosso Systems unterbleiben. Vgl. für eine gute Übersicht *Alexander*, ZWeR 2012, 215 ff.
[183] BGH, Urt. vom 24.11.2011, KZR 7/10=WuW/E DE-R 3446=GRUR-Prax 2011, 521 m. Anm. *Enaux*= GWR 2011, 575 m. Anm. *Podszun – Grossistenkündigung;* vgl zuvor OLG Schleswig, Urt. vom 28.01. 2010, 16 U Kart 55/09 und LG Kiel, Urt. vom 21.08.2009, 14 O 3/09.
[184] LG Köln, Urt. vom 14.02.2012, 88 O Kart 17/11=GRUR-RR 2012, 171 m. Anm. *Schnelle/Kollmann*.
[185] Vgl. dazu für viele *Alexander*, ZWeR 2012, 215 ff.
[186] Vgl. dazu *Gersdorf*, AfP 2012, 336 ff; *Kloepfer*, Vielfaltssicherung durch Ebenentrennung in der Mehrebenenkommunikation, S. 25 ff.; *Ders*., AfP 2010, 120 ff; Für die Möglichkeit eintretend auch *Kübler*, Medien, Menschen-rechte und Demokratie, S. 140 ff. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, Art. 5 GG, Rn. 227. Kritisch *Paschke*, AfP 2012, 431, 436 ff.
[187] CDU/CSU/FDP, Koalitionsvertrag „Wachstum, Bildung und Zusammenhalt" vom 26.10.2009, S. 105: Es ist dafür zu sorgen, dass „das Presse-Grosso ein unverzichtbarer Teil der Medienordnung bleibt".
[188] Siehe dazu ausführlich *Schwarze*, NZKart 2013, 270 ff.
[189] So auch *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 105. Anders *Schaarschmidt*, Cross-Promotion durch Medienkonglomerate, S. 74 der unter Verweis auf das *Spiegel* Urteil von einer Verpflichtung ausgeht. M.E ist eine solche Lesart der Entscheidung aber durch den Wortlaut versperrt; ebenso *Weberling/ Nieschalk*, AfP 2009, 221, 222.

III. Rundfunkfreiheit

Die Rundfunkfreiheit wird in der vom BVerfG in nummehr mittlerweile dreizehn Urteilen bzw. Beschlüssen[190] entwickelten "Sonderdogmatik"[191] primär objektiv-rechtlich interpretiert.[192] Die Grundlage für die Überlagerung der subjektiv-rechtlichen Freiheitskomponente ist die Konzeption als sog. "dienende Freiheit". Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit wird demnach nicht als ein individuelles Freiheitsrecht des Adressaten begriffen, welches ihm individuelle Spielräume zur Entfaltung gewährt, sondern primär als eine "der Freiheit der Meinungsbildung [...] dienende Freiheit*"*.[193] Die Überlagerung der subjektiv-rechtlichen Seite wird besonders an folgender Aussage des BVerfG deutlich: "*Im Unterschied zu anderen Freiheitsrechten des Grundgesetzes handelt es sich bei der Rundfunkfreiheit allerdings nicht um ein Grundrecht, das seinem Träger zum Zweck der Persönlichkeitsentfaltung oder Interessenverfolgung eingeräumt ist. Die Rundfunkfreiheit ist vielmehr eine dienende Freiheit"*.[194]

Aus dieser der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung dienenden Freiheit heraus, hat das BVerfG eine Reihe von Vorgaben für die Ausgestaltung der dualen Rundfunkordnung entwickelt (siehe dazu 1). In der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG[195] als auch der einiger Landesverfassungsgerichte,[196] lässt sich jedoch eine subjektive Akzentuierung der Rundfunkfreiheit feststellen, die zwar noch nicht zur

[190] BVerfGE 12, 205 ff – *Deutschland Fernsehen* (erste Rundfunkentscheidung); BVerfGE 31, 314 ff – *Mehrwertsteuer* (zweite Rundfunkentscheidung; BVerfGE 57, 295 ff – *FRAG* (dritte Rundfunkentscheidung); BVerfGE 73, 118 – *Niedersachsen* (Vierte Rundfunkentscheidung); BVerfGE 74, 297 ff – *Baden-Württemberg* (Fünfte Rundfunkentscheidung); BVerfGE 83, 238 ff – *WDR* (Sechste Rundfunkentscheidung); BVerfGE 87, 181 ff – *Hessen 3* (Siebte Rundfunkentscheidung); BVerfGE 90, 60 – *Rundfunkgebühren I* (Achte Rundfunkentscheidung); BVerfGE 92, 203 – *Fernseh-Richtlinie* (Neunte Rundfunkentscheidung); BVerfGE 95, 163 – *DSF* (Zehnte Rundfunkentscheidung); BVerfGE 97, 228 – *Kurzberichterstattung* (Elfte Rundfunkentscheidung); BVerfGE 119, 181 – *Rundfunkgebühren II* (Zwölfte Rundfunkentscheidung); BVerfGE 121, 30 – *Parteibeteiligung an Rundfunkunternehmen (dd_vg)* (Dreizehnte Rundfunkentscheidung). Es ist darauf hinzuweisen, dass die Zählweise nur der Orientierung dienen soll; es handelt sich nicht um eine offizielle Zählweise. So finden sich in der Literatur unterschiedliche Entscheidungen im „Paket der Rundfunkdogmatik", vgl. nur *Ritlewski*, Pluralismussicherung als Strukturprinzip, S. 35 ff der weitere Entscheidungen einbezieht.

[191] So *van Coelln*, AfP 2008, 433, 433; *Hain*, JZ 2008, 128, 129; *ders*., JA 2010, 572, 575 (Fn 67); *Ory*, AfP 2011, 19, 19.

[192] So für viele *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 69 m.w.N.

[193] Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 57, 295, 319 – *FRAG*. Vgl. für die Darstellung des Konzeptes der die-nenden Freiheit sogleich III.1.

[194] So BVerfGE 87, 181, 197 – *Hessen 3*. Körber bezeichnet die Rundfunkfreiheit insoweit als „Chimäre aus Freiheitsrecht und Regulierungsgebot", vgl. *Körber*, ZWeR 2009, 315, 321.

[195] Vgl. dazu BVerfGE 97, 298 ff. – *Extra Radio*; BVerfGE 95, 220 ff – *Aufzeichnungspflicht (Radio Dreyeckland)*; v.a. zuletzt BVerfGE 121, 30 – *Parteibeteiligung an Rundfunkunternehmen (dd_vg)*.

[196] Vgl. z.B. Nds StGH, Urt. vom 06.09.2005, 4/04=ZUM-RD 2006, 321, 326; BayVGH, Beschl. vom 30.05. 2005, 23 VI 04=AfP 2005, 352. Vgl. dazu *Müller*, AfP 2009, 433, 435.

Anerkennung einer subjektiv-freiheitlichen Rundfunkveranstalterfreiheit geführt, gleichwohl das Konzept weiter "resubjektiviert" bzw. "reindividualisiert"[197] hat.[198]

1. Konzeption als "dienende Freiheit"

Das Konzept der "dienenden Freiheit" lässt sich zusammenfassend durch einige aufeinander aufbauende Überlegungen kennzeichnen, die sich in der Zusammenschau aus dem ersten[199] und dritten Rundfunkurteil[200] (in ihren Grundzügen) ermitteln lassen. Im ersten Urteil, welches von vielen auch als "Magna-Charta des Rundfunkrechts"[201] bezeichnet wird hat das BVerfG festgestellt, dass der Rundfunk "Medium und Faktor" der öffentlichen Meinungsbildung ist.[202] Der Rundfunk wird demnach nicht nur als Mittler der Information, sondern vielmehr als (bedeutender) Akteur im Prozess der Meinungsbildung verstanden, der durch seine Tendenz, dessen Freiheit garantiert wird, starken Einfluss auf die Meinungsbildung nimmt. Die weitere zentrale Aussage der ersten Rundfunkentscheidung war die Fundierung der Legitimität der Sonderdogmatik. Gemeint ist damit die Aussage des BVerfG, dass sich der Rundfunk gegenüber der Presse in einer "*Sondersituation*" befinde, die "*besondere Vorkehrungen zur Verwirklichung und Aufrechterhaltung*" der Rundfunkfreiheit erfordert.[203] Stütze dieser Ansicht waren die technischen (Frequenzknappheit) und wirtschaftlichen (hoher finanzieller Aufwand) Rahmenbedingungen für die Veranstaltung von Rundfunk.[204] Die Entwicklung hin zu einem positiven Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber war damit bereits vorgezeichnet.[205]

Darauf aufbauend hat das BVerfG im dritten Rundfunkurteil festgestellt, dass die Rundfunkfreiheit *"demgemäß [...] primär eine der Freiheit der Meinungsbildung [...] dienende Freiheit ist".*[206] Konzeptionell steht dahinter der Gedanke, dass auf drittnützigem Wege die Freiheit des Einzelnen mitgeschützt wird. Das Freiheitsrecht wird

[197] Der Begriff wird in Anlehnung an den der „Entindividualisierung" von *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 79 gewählt.
[198] Aus Platzgründen kann diese spannende Tendenz allerdings nur angedeutet werden.
[199] Vgl. BVerfGE 12, 205 ff. – *Deutschland Fernsehen*.
[200] Vgl. BVerfGE 57, 295, 319 – *FRAG*.
[201] So für viele *Hesse*, Rundfunkrecht, S. 18; *Ritlewski*, Pluralismus als Strukturprinzip, S. 37.
[202] Vgl. BVerfGE 12, 205, 260– *Deutschland Fernsehen*. Der dienende Charakter war noch nicht Gegenstand der Entscheidung.
[203] Vgl. BVerfGE 12, 205, 261– *Deutschland Fernsehen*. So auch BVerfGE 31, 314, 326 – *Mehrwertsteuer*.
[204] Vgl. BVerfGE 12, 205, 261– *Deutschland Fernsehen*. So auch BVerfGE 31, 314, 326 – *Mehrwertsteuer*. Die Begründung wurde allerdings später ausgetauscht. Demnach ergäbe sich die Sonderstellung nunmehr aus der besonderen Meinungsbildungsrelevanz des Rundfunks, welche anhand der Kriterien der Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft bestimmt wird. Kritisch *Körber*, ZWeR 2009, 315, 320.
[205] Vgl. für viele *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 73.
[206] BVerfGE 57, 295, 319 – *FRAG*. So danach auch BVerfGE 73, 118, 152 – *Niedersachsen*; BVerfGE 74, 297, 323 – *Baden Württemberg*; BVerfGE 83, 238, 295 – *WDR*; BVerfGE 119, 181, 214 – *Rundfunkgebühren II*, BVerfGE 121, 30,50 – *Parteibeteiligung an Rundfunkunternehmen (dd_vg)*.

damit in den Dienst der Gemeinschaft gestellt.[207] Aus der dienenden Funktion heraus hat das BVerfG im dritten Rundfunkurteil erstmals ausdrücklich den Auftrag an den Gesetzgeber formuliert, eine positive Ordnung zu schaffen, "*welche sicherstellt, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen in möglichster Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet und dass auf diese Weise umfassende Information geboten wird*".[208] Bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung steht dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum zu.[209] Bezugspunkt des Vielfaltserfordernisses ist das Gesamtangebot. Ziel der Ausgestaltung muss es sein, die Macht des Rundfunks "so zu disziplinieren, dass die Grundstrukturen einer pluralitisch verfassten Demokratie nicht gefährdet werden".[210] Bei der Schaffung einer positiven Ordnung sei demnach darauf zu achten, dass ein Gesamtangebot besteht, in dem die für die freiheitliche Demokratie konstitutive Meinungsvielfalt zur Darstellung gelangt.[211] Die Notwendigkeit der positiven Ordnung ist allerdings auf den Rundfunk beschränkt.[212]

2. Vielfaltsgebot als Konsequenz der "dienenden Freiheit"

Das im dritten Rundfunkurteil formulierte Vielfaltsschutzgebot wurde vom BVerfG in der Folgezeit weiter ausdifferenziert. Im vierten Rundfunkurteil knüpfte das BVerfG an das Erfordernis, dass die "*Vielfalt der bestehenden Meinungen in möglichster Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet*" an und wies dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk den Grundversorgungsauftrag zu.[213] Für den privaten Rundfunk sei es, "solange und soweit die Wahrnehmung der Aufgabe durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk wirksam gesichert ist" gerechtfertigt, lediglich einen "*Grundstandard gleichgewichter Vielfalt*" zu verlangen.[214] Dabei lasse sich nicht exakt bestimmen, wann "gleichgewichtige Vielfalt" vorliegt; es handele sich vielmehr um einen "Zielwert", der sich stets nur annäherungsweise erreichen lässt.[215] Ihm wird Rechnung getragen, wenn alle Meinungsrichtungen im Rundfunk zum Ausdruck gelangen können. Dem vierten Rundfunkurteil kann überdies entnommen werden, dass sich gerade aus der "multimedialen Meinungs-

---

[207] *Körber*, ZWeR 2009, 315, 319 bzw. 320 spricht von einem „Danaergeschenk" für private Rundfunkveranstalter, da damit das „Dienen vor – oder doch zumindest neben – das Verdienen" gestellt werde. Siehe auch *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang zum digitalen Fernsehen, S. 22.

[208] So BVerfGE 57, 295, 319 – *FRAG*.

[209] So BVerfGE 73, 118, 153 – *Niedersachsen*; BVerfGE 87, 181, 198 – *Hessen 3*; BVerfGE 119, 181, 214 – *Rundfunkgebühren II* .

[210] So *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, Art. 5 GG, Rn. 234.

[211] BVerfGE 57, 295, 323 – *FRAG*. So auch im Grundsatz BVerfGE 73, 118, 153 – *Niedersachsen*; BVerfGE 83, 238, 296 – *WDR*.

[212] Vgl. dazu *Jungheim*, ZUM 2008, 493, 494 m.w.N.

[213] Vgl. BVerfGE 73, 118, 157 – *Niedersachsen*. Zur „Strahlkraft" dieses Begriffs vgl. *Ritlewski*, Pluralismus als Strukturprinzip, S. 50 ff.

[214] BVerfGE 73, 118, 159 – *Niedersachsen*. So auch im Grundsatz BVerfGE 74, 297, 325 – *Baden Württemberg*.

[215] Vgl. BVerfGE 73, 118, 159 – *Niedersachsen*. Vorher war mit dem Dritten Rundfunkurteil lediglich der Begriff der „gleichgewichtigen Vielfalt" eingeführt worden.

macht" heraus ein besonderes Gefahrenpotential für die Vielfalt ergeben kann.[216] Die fünfte Rundfunkentscheidung stellte ferner klar, dass die Grundversorgung nicht als Beschränkung auf eine Mindestversorgung zu verstehen sei und sich daraus auch nicht ergebe, dass bestimmte der Grundversorgung zuzurechnende Programme dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk vorbehalten seien.[217] Der Grundversorgungsauftrag folgt daraus, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk nahezu die gesamte Bevölkerung erreicht und in seiner Vollprogrammgestaltung nicht von hohen Einschaltquoten und Werbung abhängig ist.[218]Der Grundversorgungs- bzw. Funktionsauftrag wurde in der Folgezeit weiter ausdifferenziert.[219]

3. Notwendigkeit einer Sonderregulierung im privaten Rundfunk ?

Ist demnach im privaten Rundfunk vom Gesetzgeber ein "Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt" zu schaffen, schließt sich die für die vorliegende Untersuchung wichtige Frage an, *wie* der Gesetzgeber das Vielfaltsgebot "gebotskonform" umsetzen kann. Wichtige Aussagen lassen sich auch hier dem dritten Rundfunkurteil entnehmen. Dort äußerte das BverfG seine Skepsis gegenüber einer ausschließlich den Steuerungskräften des Marktes überlassenen Ordnung. Es führte aus, dass "*nicht mit hinreichender Sicherheit erwartet werden (Hinzufügung durch den Verfasser: kann), dass das Programmangebot in seiner Gesamtheit kraft der Eigengesetzlichkeit des Wettbewerbs den Anforderungen der Rundfunkfreiheit entsprechen werde*".[220] Es betonte dabei angesichts der (zugrundegelegten) Bedeutung des Rundfunks für die Meinungsbildung die damit einhergehende Gefahr der Herausbildung vorherrschender Meinungsmacht und stellte klar, dass Fehlentwicklungen oft nur schwer zu korrigieren seien.[221] Der Rezipient sei insbesondere vor einseitiger Beeinflussung zu schützen.[222]

Im vierten Rundfunkurteil betonte das BVerfG dann erstmals eindeutig, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung aufgerufen sei, "Tendenzen zur Konzentration rechtzeitig und so wirksam wie möglich entgegenzutreten, zumal Fehlentwicklungen gerade

---

[216] BVerfGE 73, 118, 159 – *Niedersachsen*.
[217] So BVerfGE 74, 295, 346 – *Baden-Württemberg*. Dem Konzept der Mindestversorgung ist damit eine Absage erteilt worden.
[218] Vgl. BVerfGE 73, 118, 157 – Niedersachsen; krit. dazu *Gersdorf*, K&R 2012, 94 ff.
[219] Auf eine nähere Darstellung wird vorliegend vor dem Hintergrund der Begrenzung auf den privaten Rundfunk verzichtet. Vgl. dazu ausführlich mit einer chronologischen Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung *Ritlewski*, Pluralismus als Strukturprinzip, S. 55 ff; ebenso *Schwithal*, Vielfaltssicherung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland und den Niederlanden. Im Zusammenhang mit der Grundversorgung wird auch eine Diskussion rund um die Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks geführt, die häufig als Grundlage für das Online-Engagement des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bemüht wird, vgl. *Müller-Terpitz*, AfP 2008, 335, 338.
[220] Vgl. BVerfGE 57, 295, 322 – *FRAG*.
[221] Vgl. BVerfGE 57, 295, 323 – *FRAG*.
[222] Vgl. BVerfGE 57, 295, 323 – *FRAG*. Kritisch dazu *Körber*, ZWeR 2009, 315, 332 der hinterfragt, ob der Einzelne eines solch paternalistischen Schutzes in Zeiten der Nutzung diverser Medien zur Informationsbeschaffung noch bedarf.

insoweit schwer rückgängig zu machen sind".[223] Gefordert war damit eine präventive Konzentrationskontrolle.[224] Das BVerfG geht somit davon aus, dass es zu einem "publizistischen Marktversagen"[225] kommt.[226] Dieses stützt das BVerfG insbesondere auf die Werbefinanzierung des privaten Rundfunks.[227] Die Werbefinanzierung sei für die Vielfaltsgefährdung mit ursächlich. Sie stärke den Trend zu massenattraktiven Programmen und zur Standardisierung der Angebote.[228]

4. Bewertung des Konzepts der "dienenden Freiheit"

Die Literatur hat sich mit der Frage, *ob* es einer auf dem Konzept der "dienenden Freiheit" fußenden rundfunkrechtlichen Sonderregulierung bedarf, bereits intensiv beschäftigt.[229] Bei der Diskussion lassen sich insbesondere zwei Themenkreise ausmachen, die wie konzentrische Kreise in- und miteinander verwoben sind. Zum einen geht es um die Frage, ob dem Viefaltsgebot nicht auch wirksam durch eine reine kartellrechtliche Regulierung entsprochen werden kann, da ohnehin kein "Marktversagen" vorliegt[230] bzw. die Voraussetzungen für die angenommene "besondere Meinungsbildungsrelevanz" nicht gegeben sind (siehe dazu a).[231] Andererseits wird eine ergänzende Vielfaltskontrolle auch von einem Großteil der Literatur befürwortet, da der publizistische Wettbewerb und damit die Enstehung publizistischer Macht einer gesonderten Kontrolle bedürfe.[232] Auf der anderen Seite wird Kritik an der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung und Überlagerung der einem Freiheitsrecht immanenten Komponente individueller Entfaltungsmöglichkeiten geübt (siehe dazu b).

a) Vielfaltssteuerung durch Wettbewerbsrecht

Erkennt man in beschränktem Maße das Konzept "Vielfalt durch Vielzahl", wenn auch nicht in seiner absoluten Ausprägung an, könnte man auch die rein kartellrechtliche

---

[223] So BVerfGE 73, 118, 160 – *Niedersachsen*. Vgl. auch BVerfGE 95, 163, 172 – *DSF*.
[224] So für viele *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 117.
[225] Der Begriff des publizistischen Markversagens umschreibt ein Marktversagen auf dem publizistischen Markt, welches sich durch eine ineffiziente Allokation der geforderten Vielfalt. Vgl. dazu *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 100.
[226] Vgl. dazu ausführlich *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 101 ff.
[227] Vgl. BVerfGE 73, 118, 155 – *Niedersachsen*; BVerfGE 87, 181, 198 ff. – *Hessen 3*; BVerfGE 119, 181, 215 – *Rundfunkgebühren II*.
[228] So zuletzt BVerfGE 119, 181, 215 – *Rundfunkgebühren II* unter Berufung auf *Sjurts*, Einfalt trotz Vielfalt in den Medienmärkten, in: Friedrichsen/Seufert (Hrsg.), Effiziente Medienregulierung, S. 71, 77.
[229] Die Diskussion kann und soll hier nicht vollständig nachgezeichnet werden, da dies den Rahmen sprengen würde. Es sollen aber die zentralen Linien aufgezeigt werden.
[230] So *Bullinger*, AfP 1985, 257, 261; *Hoppmann*, in: Mestmäcker (Hrsg.), Offene Rundfunkordnung, S. 163, 177; *Koch*, AfP 2007, 305, 312. So auch *Monopolkommission*, 16. Hauptgutachten: Mehr Wettbewerb im Dienstleistungssektor, BT-Drs. 16/2460, S. 349 (Rn. 793 m.w.N); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum GG, Art. 5 GG, Rn. 151.
[231] So z.B. für viele *Körber*, ZWeR 2009, 315, 325; *Hain*, AfP 2012, 313, 321; *Schmidt*, AfP 2011, 23, 23; a.A. *Klickermann*, MMR 2008, 793, 796.
[232] Vgl. *Kübler*, AfP 2002, 277, 281; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 102; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, Art. 5 GG, Rn. 270. Siehe dazu auch *Jungheim*, Medienordnung und Wettbewerbsrecht, S. 68 m.w.N in Fn. 352.

Steuerung der Vielfalt (abseits von kompetenzrechtlichen Fragen) als ausreichend begreifen. Von den Befürwortern wird vorgebracht, dass der Markt bei hinreichendem Wettbewerb ipso facto auch ein vielfältiges Angebot bereitstelle. Das zeige bereits das im Pressewesen verwirklichte Marktmodell.[233] Zudem fehle es am tauglichen Zuordnungssubjekt der Programmvielfalt.[234] Demnach führe auch die "*invisible hand*" des Marktes zur Allokation der Vielfalt. Der Gefährdung publizistischer Vielfalt könne auch mit den Instrumenten des Kartellrechts[235] wirksam begegnet werden. Diese seien auch (besser) als z.B. § 26 RStV in der Lage, crossmediale Effekte zu erfassen.

Die vielfach vertretene Ansicht, dass eine Vielzahl stets auch zur Vielfalt führt, ist in der Absolutheit nicht zutreffend.[236] Die Ansicht postuliert einen Zusammenhang zwischen einer *Vielzahl an Medien* und einer *Vielfalt von Meinungen* über die „gedankliche Brücke" einer sich aus der Vielzahl der Medien ergebenden Vielfalt der Medien, welche zu einer Vielzahl von Meinungen und damit auch einer Vielfalt von Meinungen führt.[237] Die Vielzahl ist der Vielfalt nicht abträglich, fördert diese sogar vielmehr, stellt sich aber nicht zwangsläufig durch sie ein.

b) Notwendigkeit der Einordnung als subjektives Freiheitsrecht

In verfassungsrechtlicher Hinsicht hat das Konzept (teilweise durchaus zu Recht) vielfältige Kritik erfahren.[238] Es wurde z.B. vorgebracht, dass eine "dienende Freiheit" ein Oxymoron sei. Eine "dienende Freiheit" sei ein Widerspruch in sich. Der Freiheit sei Individualität immanent, nicht Paternalismus.[239] Zudem sei die Grundannahme der dienenden Freiheit, die "Medium-Faktor-These", unzutreffend.[240] Es würde sich um einen unzulässigen "Sein-Sollen-Schluss" handeln.[241] Selbst wenn man den (nach wie vor auch noch bestehenden) besonderen Einfluss und des Rundfunks *auf* und *für* die individuelle und öffentliche Meinungsbildung anerkennt, ist damit noch nichts darüber gesagt, dass die Rundfunkfreiheit als "dienende Freiheit" zu verstehen ist. Dieser Schluss ist inkosistent, da das BVerfG auch für die Presse anerkannt habe, dass diese "Medium und Faktor" der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung ist, sie aber

[233] So für viele *Koch*, AfP 2007, 305, 310.
[234] Vgl. dazu *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 5 GG, Rn. 237.
[235] Dazu zählen rechtsordnungsübergreifend die Fusionskontrolle, das Kartellverbot und die Missbrauchsaufsicht.
[236] Ausführlich zur der Diskussion *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 143 ff.
[237] So auch *Paal*, ZWeR 2012, 381, 391.
[238] Vgl. *Klein*, DVBl 1994, 494 ff; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Art. 5, Rn. 11; *Thum*, DÖV 2008, 661 ff. Weitere Nachweise bei *van Coelln*, AfP 2008, 433, 434.
[239] In die Richtung *Schoch*, JZ 2002, 803, 803.
[240] Vgl. dazu z.B. *Hain*, AfP 2012, 313, 318; *ders.*, K&R 2012, 98, 103.
[241] So *Hain*, AfP 2012, 313, 318 unter Verweis auf BVerfGE 57, 295, 320 – *FRAG*: „Der Rundfunk ist „Medium" und „Faktor" […] Demgemäß ist die Rundfunkfreiheit primär eine *dienende* Freiheit." Ausführlich dazu *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 83 ff.

keineswegs als “dienend” interpretiert.[242] Auch aus dem auf die Trias “Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft” gestützten besonderen Wirkungspotential kann das Konzept der “dienenden Freiheit” nicht hergeleitet werden. Dies würde erneut einem Schluss von der Tatsache (dem Sein) auf die Konzeption (Sollen) darstellen, bei dem die Frage der Rechtfertigung erlaubt sei.

Hinzu kommt, dass die Kriterien im Vergleich zum Internet nicht bzw. nur noch bedingt als Stütze für das Konzept der dienenen Freiheit taugen. Grundsätzlich gilt: Je aktueller eine Information ist („Aktualität“), je mehr Menschen sie erreicht („Breitenwirkung“) und je interaktiver sie dem Mediennutzer durch eine Text-Bild-Ton Kombination vermittelt wird („Suggestivkraft“), desto eher ist sie geeignet, Einfluss auf die individuelle und öffentliche Meinungsbildung zu nehmen. Wendet man diese Kriterien auf das Internet an, stehen dessen Erfüllungsgrad dem des Internets nur noch in wenig nach.[243] Das gilt vor allem für die Aktualität, da nicht nur bei professionell-journalistischen Angeboten, wie z.B. spiegel.de oder faz.de die neuen Beiträge durch die Online-Redaktionen mehrfach am Tag neu eingestellt werden. Vor dem Hintergrund der push-Dienste, die z.B. im Rahmen von Applikationen wie der “n-tv App” Nachrichten auch ohne aktiven Abruf an die Endgeräte verschicken, kann im Internet eine besondere Aktualität gewährleistet werden. Das gilt überdies auch für die Suggestivkraft. Gerade im Internet bestehen Kombinationsmöglichkeiten der integrierten Darstellung, z.B. durch Integration von Videos, Flash-Animationen, Bildern bzw. Bilderreihen, die weit über die Möglichkeiten des klassischen linearen Rundfunks hinausgehen.

IV. Zwischenergebnis

Die Ausgestaltung der Medienordnung wird entscheidend durch die Rechtsprechung des BVerfG geprägt. Das gilt sowohl für die Presse- als auch für die Rundfunkfreiheit. Mehr als den anderen Kommunikationsgrundrechten misst das BVerfG diesen eine über die subjektiv-freiheitliche Dimension hinausgehende objektiv-rechtliche Dimension zu. Diese nimmt je nach Grundrecht aber eine durchaus unterschiedliche Gestalt an. Für die Ausgestaltung der “Presseordnung” lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber jedenfalls das Entstehen von Meinungsmonopolen zu verhindern hat. Hier ist die Minimallinie des Schutzes anzusetzen. Bei der Ausgestaltung ist auf ein marktorientieres Modell zu setzen, welches jedoch gewisser Modifikationen und Ergänzungen

[242] BVerfGE 20, 162, 175 – *Spiegel*. Siehe dazu auch *Möhring/Stürzebecher*, MP 2008, 91 ff mit einem Vergleich der Pressekonzentration zwischen 1996 bis 2006. *Hain*, AfP 2012, 313, 317; *ders.*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung, S. 43; *Cole*, AfP 2009, 541, 543.

[243] Vgl dazu *Neuberger/Lobigs*, Vielfaltssicherung im Internet, S. 48; *Körber*, ZWeR 2009, 323, 325; so auch der BayVGH Urt. vom 15.2.2012, 7 BV 11.285 – *Axel Springer/ProSieben Sat 1*, Rn. 61, der festgestellt hat, dass dem Online-Bereich eine *erhebliche Bedeutung* für die öffentliche Meinungsbildung zukomme.

bedarf. Verfassungsrechtlich kann der Weg der Umsetzung als gestaltungsoffen angesehen werden. Als wenig gestaltungsoffener erweist sich hingegen der Rundfunk. Durch das (noch) konsequente Festhalten am Konzept der dienenden Freiheit und dem Erfordernis einer positiven Ordnung, in der die Vielfalt je nach Teil der dualen Rundfunkordnung mal stärker (öffentlich-rechtlicher Rundfunk) oder mal schwächer (privater Rundfunk) zu schützen ist, zeigt sich vielmehr ein starres Korsett. Die Fundierung des Sonderregulierungsbedürfnisses erweist sich nicht zuletzt getrieben durch die Konvergenz und die zunehmende Bedeutung des Internets für die Meinungsbildung, als Ordnungssystem "Pisa 2.0".[244]

B. Kompetenzrechtliche Ausgangslage

Nach Art. 70 Abs. 1 GG steht dem Bund nur dann die Gesetzgebungskompetenz zu, wenn ihm diese durch eine konkrete Kompetenznorm im Grundgesetz ausdrücklich zugewiesen ist. Art. 70 GG begründet zwar rechtlich ein Regel-Ausnahme Verhältnis zugunsten der Länder, welches aber faktisch durch die Vielzahl der in den Kompetenztiteln genannten Zuständigkeiten ausgehöhlt wird.[245] Eine Doppelkompetenz von Bund und Ländern ist ausgeschlossen.[246] Die Abgrenzung der Kompetenzen erweist sich im Medienbereich als besonders schwierig, da die Medien als Kultur- und Wirtschaftsgut verfassungsrechtlich zwei unterschiedliche Kompetenzstränge aktivieren. Das hängt damit zusammen, dass den Ländern die "Kulturhoheit"[247] zusteht, dem Bund aber z.B. gemäß Art. 74 Nr. 11 GG die Kompetenz für das Recht der Wirtschaft bzw gemäß Art. 74 Nr. 16 GG die Kompetenz zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen. Zudem steht dem Bund gemäß Art. 73 Nr. 7 GG die Kompetenz für das Postwesen und den Bereich Telekommunikation zu.

1. Kompetenzlage im Rundfunk

Die weitaus überwiegende Ansicht[248] geht mit dem BVerfG[249] davon aus, dass die Länder für alle *inhaltlichen Aspekte* der Rundfunkveranstaltung zuständig sind. Davon

[244] Der Kunstbegriff lehnt sich an den auf sandigem Boden gebauten (schiefen Turm) von Pisa an und kombiniert ihn mit der Bedeutung des Internets für die Meinungsbildung. Es soll damit ausgedrückt werden, dass das System mehr und mehr zu erodieren droht.

[245] So BVerfGE 111, 226, 247 – *Juniorprofessur*; So auch *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 70 GG, Rn. 2.

[246] Vgl. BVerfGE 63, 1, 39; *Pernice*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, Art. 30 GG, Rn. 20; *Vesting*, in Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, § 1 RStV, Rn. 9.

[247] Vgl. dazu BVerfGE 37, 314, 322 – *Private Fachhochschule*; BVerfGE 108, 1, 14 – *Rückmeldegebühren*; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 70 GG, Rn. 106 unter Verweis auf die Bündelungsfunktion des Begriffs der Kulturhoheit, unter dem die einzelnen Landeskompetenzen im Kulturbereich erfasst werden sollen.

[248] *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 70 GG, Rn. 8; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 70 GG, Rn. 113; *Vesting*, in Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, § 1 RStV, Rn 10 ff.

sind sowohl die Organisation, Veranstaltung und programmliche Vorgaben als auch Fragen der Finanzierung des Rundfunks umfasst.[250] Diese Verteilung kann zugunsten des Bundes auch nicht über die Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs abgeändert werden.[251] Allerdings steht dem Bund über Art. 74 Nr. 11 und Art. 74 Nr. 16 GG die Kompetenz zu, die "wirtschaftlichen Aspekte" des Rundfunks zu regeln, wovon er z.B. in verfassungskonformer Weise im Rahmen § 38 Abs. 3 GWB Gebraucht gemacht hat.[252] Hinzu kommt die dem Bund gemäß Art. 73 Nr. 7 GG zustehende Kompetenz für die *(sende)technische Seite* der Übermittlung.[253] Diese Abgrenzung stößt an ihre Grenzen, wenn es um die Einordnung von Telemedien geht.[254] Dort wird Art. 74 Nr. 11 GG wohl jedenfalls dann einschlägig sein, wenn ein wirtschaftlicher Schwerpunkt der Tätigkeit vorliegt.[255]

2. Kompetenzlage im Pressewesen

Seit der Streichung der alten Rahmengesetzgebungskomptenz des Bundes (Art. 75 Abs. 1 GG a.F.) im Zuge der Förderalismusreform 2006[256] steht den Ländern ebenso wie im Rundfunk auch für den Bereich der Presse, grundsätzlich die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zu.[257] Allerdings steht dem Bund gemäß Art. 74 Nr. 16 GG die Kompetenz zur Verhinderung wirtschaftlicher Machtstellungen zu. Angesichts des Zusammenhangs von ökonomischer und publizistischer Macht stellt sich die Frage, ob Art. 74 Nr. 16 GG für den Bund nicht auch als Grundlage für die Verhinderung von Meinungsmacht als Gefahrenquelle der Meinungsvielfalt aktiviert werden kann. Bisher geht die weitaus überwiegende Ansicht[258] unter Berufung auf das BVerfG[259] davon aus, dass Regelungen zur Verhinderung publizistischer Macht bzw zur Sicherung publizistischer Vielfalt nicht unter Art. 74 Nr. 16 GG erfasst werden können. Das BVerfG hat

---

[249] BVerfGE 12, 205, 229 – *Deutschland Fernsehen*; BVerfGE 92, 203, 238 – *Fernseh-Richtlinie*; BVerfGE 97, 228, 251 – *Kurzberichterstattung*.

[250] Vgl. *Heintzen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum GG, Art. 73, Rn. 74; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art 70 GG, Rn 113.

[251] Vgl. *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 73 GG, Rn. 35.

[252] Vgl. grundlegend dazu *Mestmäcker*, GRURInt 1983, 553, 555.

[253] *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 73 GG, Rn. 34; *Vesting*, in Hahn/ Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, § 1 RStV, Rn. 20 der darauf hinweist, dass die Telekommunikation damals als technisch untergeordneter Bestandteil des Rundfunks angesehen wurde, wovon man heute in dieser Form nicht mehr ausgehen könne.

[254] Ausführlich dazu *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG, Art.73 GG, Rn. 37.

[255] Für viele *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg), Art. 74 GG, Rn. 51.

[256] BGBl I, S. 2034.

[257] Für viele *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 70 GG, Rn. 112. Für einen historischen Überblick siehe *Lerche*, JZ 1972, 468 ff.

[258] *Jarass/Pieroth*, Kommentar zum Grundgesetz, Art.74 GG, Rn. 40; *Seiler*, in: Epping/Hillgruber, Beck-OK GG, Art. 74, Rn. 57; *Stettner* in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, Art. 74, Rn. 82; *Paschke*, AfP 2012, 501, 508; *Zohm*, Der verfassungsrechtliche Rahmen der Pressefusionskontrolle, S. 244.

[259] BVerfG Urt. vom 29.08.1983=AfP 1985, 107=WuW/E VG 307 – *Münchener Anzeigenblätter*. Für eine vertiefte Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit *Wiring*, Pressefusionskontrolle im Rechtsvergleich, S. 223 ff.

sich mit dieser Frage im Zuge der Überprüfung der modifizierten Aufgreifschwellen des GWB im Rahmen der 3. GWB-Novelle beschäftigt. Das BVerfG führte dazu aus: "*Unmittelbarer Regelungsgegenstand der Gesetzesnovelle ist nicht die publizistische Vielfalt auf den Pressemärkten, sondern die Wettbewerbszwecken dienende Ausgestaltung der Fusionskontrolle unter den besonderen Bedingungen der Pressemärkte zur Schaffung einer effektiven Fusionskontrolle auch in diesem Bereich*".[260] Daher sah das BVerfG ebenso wie der BGH[261] die Regelungen als mit Art. 74 Nr. 16 GG vereinbar an.

Wie weit Art. 74 Nr. 16 GG im Einzelfall reicht, war zuletzt Gegenstand der 7. GWB Novelle. Dort war neben der Modifikation der Aufgreifschwellen auch eine Sonderregelung im Rahmen des Untersagungskriteriums (§ 36 GWB), die auch als "Altverleger-Klausel"[262] bezeichnet wurde, geplant. Mit dieser sollte eine Ausnahme von der Untersagung bei Entstehung bzw Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung eingeführt werden, die in ihrem Anwendungsbereich auf Presseverleger beschränkt war.[263] Sie wurde in der Literatur u.a. wegen der den Anwendungsbereich des Art. 74 Nr. 16 GG verlassenden "publizistischen Zielrichtung" kritisch aufgenommen,.[264] Die Monopolkommission sah Art. 74 Nr. 16 GG hingegen als erfüllt an.[265] Aus dem Sondergutachten lassen sich m.E. das zentrale Abgrenzungskriterium ermitteln, welches auch für die im Zuge der 8. GWB Novelle eingeführte Sonderregelung zum Presse-Grosso herangezogen werden kann. Die Monopolkommission begründete die Vereinbarkeit mit Art. 74 Nr. 16 GG damit, dass sie nur dazu diene "den Schutz des Wettbewerb in bestimmten Situationen zurückzustellen". Keineswegs wird mit der Regelung jedoch ein medienpolitisches Eingriffskriterium eingeführt.[266] Diese Abgrenzung erweist sich als brauchbar und steht auch im Einklag mit der Rechtsprechung des BVerfG. Dieses sieht eine Regelung nur dann als kritisch an, wenn sie unmittelbar der Vielfaltssicherung dient, die die Fusionskontrollvorschriften vollständig überlagert. Mit dieser Abgrenzung wäre es entgegen *Paschke*[267] auch möglich, die im Zuge der 8. GWB Novelle in § 30 Abs.

[260] BVerfG Urt. vom 29.08.1983=AfP 1985, 107=WuW/E VG 307 – *Münchener Anzeigenblätter*.
[261] So BGH, Urt. vom 18.12.1979, WuW/E BGH 1685, 1687 – *Springer/Elbe Wochenblatt*.
[262] *Wiring*, Pressefusionskontrolle im Rechtsvergleich, S. 239. So auch die Begriffsbildung bei *Clement*, WuW 2004, 720, 725.
[263] Siehe dazu für viele *Clement*, WuW 2004, 720, 725.
[264] Vgl. Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs.. 441/04 vom 09.07.2004, S. 16, Ziff. 14; *Bremer/ Martini*, ZUM 2003, 942, 947; *Möschel*, JZ 2004, 1060, 1063. Zweifelnd auch *Immenga*, ZWeR 2004, 329, 341.
[265] Vgl. dazu *Monopolkommission*, Sondergutachten Nr 42: Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB Novelle, Rn. 27.
[266] Vgl. dazu *Monopolkommission*, Sondergutachten Nr 42: Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB Novelle, Rn. 25.
[267] Vgl. dazu *Paschke*, AfP 2012, 501, 508.

2a GWB eingeführte Regelung zur Absicherung des Verhandlungsmandats des BVPG eingeführte Sonderregelung zu rechtfertigen.

C. Medienfusionskontrolle

Die im Zuge der 2. GWB Novelle 1973[268] eingeführten Fusionskontrollregelungen finden grundsätzlich unterschiedslos auf alle Wirtschaftsbereiche Anwendung. Es kommt demnach auch bei Medienfusionen zunächst darauf an, ob es sich um einen die Schwellenwerte des § 35 GWB (siehe dazu I.) erfüllenden Zusammenschluss i.S.d. § 37 GWB (siehe dazu II.) handelt. Ist dass der Fall, ist der Zusammenschluss nach § 39 GWB vor Vollzug beim BKartA anzumelden. Innerhalb dieser Grundsystematik kommt es, nicht zuletzt im Zuge einiger Neuregelungen[269] bzw. Anpassungen[270] durch die 8. GWB Novelle[271], jedoch zu einer Reihe von Modifikationen. Diese sind je nach betroffenem Medium z.T. unterschiedlich ausgestaltet.[272]Nach der Anmeldung hat das BKartA einen Monat Zeit zu entscheiden, ob es in das Hauptprüfverfahren ("Phase II") einsteigen will. Im letzten Berichtszeitraum kam es in 28 von 2235 zur Einleitung eines Phase-II Verfahrens.[273] Das Phase-II Verfahren dauert grundsätzlich vier Monate und endet entweder mit einer Freigabe oder Untersagung, wobei die Freigabe nach § 40 Abs. 3 GWB auch mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden kann. Seit der 8. GWB Novelle besteht zudem die Möglichkeit der Fristverlängerung, wenn dem BKartA in "untersagungsnahen Fällen" Vorschläge für Bedingungen oder Auflagen untebreitet werden sollen.[274] Als Zusagen kommen auch Verhaltenszusagen in Betracht, solange diese nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen.[275]

I. Geltungsbereich der Fusionskontrolle

Gemäß § 35 Abs. 1 GWB unterliegt ein Zusammenschluss der Anmeldepflicht beim BKartA, wenn die beteiligten Unternehmen (1) insgesamt 500 Mio. € weltweite

[268] So *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 234.
[269] Mit der 8. GWB Novelle wurde in § 36 Abs. 1 S. 2 Ziff. 3 GWB insbesondere eine pressespezifische Sanierungsfusionsklausel eingeführt. Darüber hinaus wurde die zuvor bereits erwähnte Absicherung des Presse-Grossos in § 30 Abs. 2a GWB bzw. § 30 Abs. 3 S 2 GWB aufgenommen.
[270] Anpassungen wurden in medienspezifischer Hinsicht im Rahmen der Medienrechen-, Bagatellmarkt- und Anschlussklausel vorgenommen. Hinzu kommt in allgemeiner Hinsicht mit dem SIEC Test ein neuer materieller Prüfungsmaßstab im Rahmen des § 36 GWB. Vgl. dazu Zweites Kapitel, III.2 und III.3.
[271] Achtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.06.2013, BGBl. I Nr. 32 vom 29.06.2013. Wegen einiger formaler Mängel wurde die Bekanntmachung am 12. 08.2013 durch BGBl. I Nr. 49 vom 17.08.2013 teilweise berichtigt.
[272] Vgl. dazu Zweites Kapitel, C.I.1
[273] Vgl. dazu Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2011/2012 und sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Drs. 17/13675, S. 21. In sechs der 28 Fälle kam es zu einer Untersagung, wovon lediglich ein Fall dem Medienbereich zuzuordnen ist. Dabei handelt es sich um die Untersagung des von der RTL Interactive GmbH und ProSiebenSat.1 Media AG geplanten Gemeinschaftsunternehmens zum Betrieb einer VoD-Plattform.
[274] Vgl. dazu *Bardong*, NZKart 2013, 303, 305 der betont, dass es Sache der Unternehmen ist, Vorschläge für Zusagen anzubieten; *Bechtold*, NZKart 2013, 263, 266.
[275] So *Bardong*, NZKart 2013, 303, 305.

Umsatzerlöse und (2) im Inland mindestens ein Unternehmen 25 Mio. € und (3) ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse im Inland von mehr 5 Mio. € erzielt haben.[276] Liegt hingegen ein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung vor, finden die Vorschriften gemäß § 35 Abs. 3 GWB i.V.m. Art 21 Abs. 3 FKVO keine Anwendung. Dahinter steckt das sog. One-stop-shop Prinzip,[277] das zu einer Sperrwirkung für das nationale Wettbewerbsrecht führt.[278] Wie die Umsätze zu berechnen und welche Umsätze konkret einzubeziehen sind, ergibt sich aus § 38 GWB.

1. Medienrechenklausel

Diese Aufgreifschwellen erfahren aufgrund der "Presserechen-"[279] bzw. "Medienrechenklausel"[280] gemäß § 38 Abs. 3 GWB jedoch eine Anpassung, wenn es um den Verlag, die Herstellung und den Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften und deren Bestandteilen sowie die Her-stellung und den Vertrieb sowie die Veranstaltung von Rundfunkprogrammen sowie den Absatz von Rundfunkwerbezeiten geht. Seit der 6. GWB Novelle ist die Klausel sowohl auf den Presse- als auch den Rundfunksektor anwendbar.[281] Zuvor war mit der 3. GWB Novelle 1976 lediglich eine auf den Pressesektor beschränkte Regelung aufgenommen worden, um den starken Rückgang der ökonomischen bzw. publizistischen Einheiten im Pressewesen aufzuhalten. Zuvor war die Anzahl der publizistischen Einheiten zwischen 1954 und 1976 von 225 auf 121 zurückgegangen.[282] Ziel war es daher, den Wettbewerb zwischen unabhängigen Verlagen und damit die *Vielfalt des Angebots* auf den kleineren regionalen und lokalen Zeitungsmärkten zu schützen.[283] Ähnliche Erwägungen haben 1998 auch zur Erweiterung auf den Rundfunk geführt.[284]

a) Anwendungsbereich der Medienrechenklausel

[276] Die letztgenannte, zweite Inlandsschwelle wurde mit dem Dritten Mittelstandsentlastungsgesetz (siehe dazu BT-Drs. 16/10490) erst 2009 eingeführt. Siehe dazu *Wagner-von Papp*, WuW 2008, 1167 ff.
[277] Vgl. Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Art. 21 FKVO, Rn. 9; *Hofmann*, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, S. 201.
[278] § 35 Abs. 3 GWB kommt wegen der Regelung in Art 21 Abs. 3 FKVO grundsätzlich nur klarstellende Bedeutung zu. Etwas anderes gilt, wenn die Kommission den Fall gemäß Art. 4 Abs. 4 FKVO bzw. Art. 9 FKVO an die Mitgliedstaaten verweist. In diesem Fall findet das innerstaatliche Wettbewerbsrecht Anwendung.
[279] So *Bischke/Milde*, NZG 2011, 424, 424; *Böge*, MMR 2004, 227, 228.
[280] So *Bauer*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 35 GWB, Rn 22; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 189. Aufgrund der zwischenzeitlichen Einbeziehung des Rundfunks wird fortan der Begriff Medienrechenklausel verwendet.
[281] Vgl. *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum GWB, § 38 GWB, Rn. 33.
[282] Vgl. *Löffler*, AfP 1976, 155, 155 (Rückgang von 46,3%); *Böge*, MMR 2004, 227, 228 („mehr als 50%").
[283] Vgl. Begründung Entwurf BT-Drs. 7/2954, S. 6; Ausführlich dazu *Löffler*, AfP 1976, 155 ff.
[284] Vgl. *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum GWB, § 38 GWB, Rn. 33.

Gemäß § 38 Abs. 3 GWB findet die Medienrechenklausel auf "den Verlag, die Herstellung und den Vertrieb" von Zeitungen und Zeitschriften und deren Bestandteilen" Anwendung. Vom Begriff der Zeitungen und Zeitschriften sind auch Anzeigenblätter erfasst.[285] Umstritten war lange, ob auch *Nachrichtenagenturen* davon umfasst sind. Während die Literatur dazu neigte, die Klausel auch auf Nachrichtenagenturen anzuwenden,[286] hat das BKartA kürzlich im Rahmen eines Entflechtungsverfahrens wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot i.S.d. § 41 Abs. 3 GWB entschieden, dass § 38 Abs. 3 GWB auch auf Nachrichtenagenturen anzuwenden ist.[287] Von besonderem Interesse ist die Begründung des BKartA. Das BKartA stellte klar, das Zielsetzung des § 38 Abs. 3 GWB "der Schutz der Meinungsvielfalt" sei.[288] Da die Beiträge der Nachrichtenagenturen zu einem Großteil von den Redaktionen übernommen bzw. nur gekürzt würden, stellen diese mehr als nur ein Vorprodukt für die Redaktionen dar. Sie sind vielmehr selbst in die "Herstellung" (unmittebar) mit einbezogen.[289] Unter Bezugnahme auf die Zielsetzung des § 38 Abs. 3 GWB, der den Schutz der Meinungsvielfalt zum Inhalt hat stellt das BKartA weiter fest, dass für die Meinungsvielfalt nicht nur die Vielfalt der Verlage, sondern auch eine Vielfalt der Quellen von Bedeutung sei. Die Beschaffungsebene sei insoweit entscheidend dafür, welche Vielfalt später bei der Presse vorhanden sei. Diese Bewertung verdient vollends Zustimmung. Gerade die Hervorhebung der Quellenvielfalt erscheint besonders beachtenswert, da das BKartA den Begriff der Vielfalt an den tatsächlichen Marktgegebenheiten im Pressewesen ausrichtet und dadurch zu zutreffenden Ergebnissen gelangt. Angesichts der hohen Bedeutung der Agenturmeldungen für die tägliche journalistische Arbeit, die unter Zeitdruck auf diese zwingend angewiesen ist, erscheint die Einbeziehung der Nachrichtenagenturen demnach als folgerichtig. Im Rundfunkbereich werden in die Herstellung, den Vertrieb und die Veranstaltung von Rund-funkprogrammen sowie den Absatz von Rundfunkwerbezeiten auch Kabelnetzbetreiber in den "Vertrieb" einbezogen, wenn die diese die dem Endkunden die Aussendung der Rundfunksignale gegen Entgelt anbieten.[290]

b) Entwicklung der Aufgreifschwellen bis zur 8. GWB Novelle

---

[285] BGH Urt. vom 10.11.1987=WuW/E BGH 2443, 2449 – *Singener Wochenblatt*; BGH Urt. vom 16.02. 1982= WuW/E BGH 1905, 1906 – *Münchener Anzeigenblätter*.
[286] Vgl. dazu *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum GWB, § 38 GWB, Rn. 30 m.w.N.
[287] Vgl. BKartA vom 19.07.2010, B6 48/10 – *ddp Deutscher Depeschendienst/Associated Press GmbH* (Fallbericht vom 22.07.2010).
[288] Vgl. dazu BKartA vom 19.07.2010, B6 48/10 – *ddp Deutscher Depeschendienst/Associated Press GmbH* (Fallbericht vom 22.07.2010, S. 1).
[289] Vgl. dazu BKartA vom 19.07.2010, B6 48/10 – *ddp Deutscher Depeschendienst/Associated Press GmbH* (Fallbericht vom 22.07.2010, S. 2).
[290] Vgl. dazu BKartA vom 22.02.2002=WuW/E DE-V 558, Rn- 185 – *Liberty/Viola*.

War der Anwendungsbereich eröffnet hatte das zur Folge, dass die Umsätze mit dem Faktor 20 zu multiplizieren waren. Die nicht presse- bzw rundfunkspezifischen Umsätze sind nicht mit in die Berechnung einzubeziehen. Demnach sind beispielsweise die durch Internetportale erzielten Werbeumsätze nicht mit in die Berechnung einzubeziehen.[291] Warum diese nicht einzubeziehen sind, wurde vom BKartA mit dem Schutzzweck des § 38 Abs. 3 GWB begründet. Demnach seien die Werbeumsätze aus Internetportalen nicht mit den weiteren in § 38 Abs. 3 GWB genannten Fällen aus der Perspektive der "Medienvielfalt" vergleichbar.[292] Diese Einschätzung vermag im allerdings nicht zu überzeugen. Verfassungsrechtlich würde das Angebot von *Berlin Online* als Rundfunk zu qualifizieren sein. Somit wird die autonome Auslegung des Begriffs Rundfunk im GWB verfassungsrechtlich determiniert. Nach den verba legalia müssten die Umsätze aus dem als Rundfunk zu qualifizierenden Internetportal als Umsätze aus Rundfunkwerbezeiten zu qualifizieren sein. Misst man wie § 38 Abs. 3 GWB auch den Umsätzen aus Werbung eine Bedeutung beim Schutz der Meinungs- bzw Medienvielfalt zu, sind konsequenterweise auch die Umsätze aus der Internetwerbung zu erfassen. Durch die Multiplikation mit dem Faktor "20" kommt es zu einer deutlichen Senkung des Schwellenwertes und damit zu einer höheren Kontrolldichte durch das BKartA. Bezogen auf die o.g. Schwellenwerte waren die Aufgreifkriterien damit bereits erfüllt, wenn insgesamt weltweit Umsatzerlöse von 25 Mio. € und im Inland 1,25 Mio. Bzw. 250.000 € erzielt wurden.[293]

c) Aufgreifschwellen seit der 8. GWB Novelle

Nachdem bereits zuvor mehrfach eine Anpassung der Aufgreifschwellen diskutiert worden war, wurden diese nun im Zuge der 8. GWB ("auf Druck der Zeitschriften- und Zeitungsverlage") geändert.[294] Gemäß § 38 Abs. 3 GWB sind die Umsätze statt mit dem Faktor 20 nunmehr (nur noch) mit dem Faktor acht zu multiplizieren. Demnach unterfallen die Zusammenschlussparteien der Anmeldepflicht, die einen weltweiten Umsatz von 62,5 Mio. € und im Inland von 3,125 Mio €. bzw. 625.000 € erzielen.[295] Es kam damit zu einer Anhebung aller drei Schwellenwerte.[296] Die weltweite Schwelle erhöhte sich um 37,5 Mio. €, die erste Inlandsschwelle um 1,875 Mio. € und die zweite

[291] Vgl. dazu BKartA vom 17.03.2011, B6 86/10 – *BV Deutsche Zeitungsholding/Berlin Online* (Fallbericht vom 01.04.2011). Siehe dazu *Bischke/Milde*, NZG 2011, 424, 424.
[292] Vgl. dazu BKartA vom 17.03.2011, B6 86/10 – *BV Deutsche Zeitungsholding/Berlin Online* (Fallbericht vom 01.04.2011, S. 1). Interessant ist, dass an dieser Stelle von Medienvielfalt die Rede ist und nicht wie in anderen Fällen von Meinungsvielfalt. Es zeigt sich, dass auch das BKartA diesen Begriff nicht durchgängig einheitlich verwendet.
[293] Vgl. dazu für viele *Geerlings*, AfP 2004, 329, 329.
[294] So *Bardong*, NZKart 2013, 303, 308.
[295] Siehe *Bardong*, NZKart 2013, 303, 308; *Bechtold*, NZKart 2013, 263, 267.
[296] Vgl. dazu BT-Drs. 17/9852, S. 11. Die Erhöhung der Schwellenwerte war im Gesetzgebungsverfahren auch weitestgehend unstreitig, vgl. *Klumpp*, WuW 2013, 344, 347.

Inlandsschwelle um 375.000 €. Diese Schwellenwerte waren auch bereits Gegenstand des Referentenentwurfs und wurden im Laufe des Verfahrens nicht mehr geändert.[297] Ziel der Neuregelung ist es den Presseunternehmen die Möglichkeit einzuräumen, sich dem zunehmenden überregionalen Wettbewerb und dem Wettbewerbsdruck von vor- und nachgelagerten Mär-ten sowie den neuen Medien stellen zu können.[298] Dem BKartA zufolge kommt es durch die Erhöhung der Schwellen dazu, dass künftig rund 20% der bisher anmeldepflichtigen Zusammenschlüsse aus der Fusionskontrolle herausfallen.[299] Die Änderung bezieht sich allerdings nur auf Presseunternehmen. Für Rundfunkunternehmen findet der Faktor 20 weiterhin Anwendung.[300]

2. Anschlussklausel

Gemäß § 35 Abs. 2 GWB besteht keine Anmeldepflicht, wenn (1) ein nicht i.S.d. § 36 Abs. 2 GWB abhängiges Unternehmen, dass (2) im letzten Geschäftsjahr weltweit Umsatzerlöse von weniger als 10 Mio € erzielt hat, sich mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt. Diese Regelung wird als Anschlussklausel bezeichnet, da sie den kontrollfreien Anschluss kleinerer an größere Unternehmen ermöglichen soll.[301] Gemäß § 35 Abs. 2 S. 2 GWB a.F. fand die Anschlussklausel allerdings auf Pressezusammenschlüsse keine Anwendung.[302] Die mit der 3. GWB Novelle eingeführte und trotz einiger anderslautender Pläne im Rahmen der 7. GWB Novelle[303] beibehaltene Klausel wurde damit begründet, dass im Pressebereich zwingend eine Ausnahme von der Anschlussklausel gemacht werden müsse. Die Klausel diene im Pressebereich einer vielfältigen Presselandschaft; andernfalls würde es zur Entstehung flächendeckender Zeitungsketten kommen.[304] Trotz der mehrfach geäußerten Kritik des BKartA und der Darlegung der Auswirkungen, die mit einer Anwendung der Anschlussklausel

[297] Siehe dazu *Bechtold*, BB 2011, 3075, 3077; *Gronemeyer/Slobodenjuk*, WRP 2012, 290, 293. Das gilt allerdings nicht für die Änderungen bei der Anschluss- und Bagatellmarktklausel. Siehe für die Anschlussklausel sogleich Zweites Kapitel, C.I.2 und für die Bagatellmarktklausel C.III.5.

[298] So sinngemäß Philipp Rösler im Deutschen Bundestag. Vgl. Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, 185. Sitzung vom 15.06.2012, Stenographische Berichte, S. 22196. Wiedergegeben bei *Klumpp*, WuW 2013, 344, 347.

[299] Vgl. dazu Stellungnahme des BKartA zum Regierungsentwurf der 8. GWB Novelle vom 22.06.2012, S. 8.

[300] So auch *Bechtold*, NZKart 2013, 263, 267.

[301] Vgl. dazu *Richter*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rn. 44.

[302] Sie fand jedoch keine (entsprechende) Anwendung auf den Rundfunkbereich, vgl. *Mestmäcker/ Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 35 GWB, Rn. 25.

[303] Vgl. dazu *Wiring*, Pressefusionskontrolle im Rechtsvergleich, S. 233 mit dem Hinweis darauf, dass damals eine Schwelle von 2 Mio. € geplant war (BR-Drs. 441/04, S. 14 Ziff. 20). Nach Ermittlungen der Monopolkommission hätte die Änderung dazu geführt, dass etwa 23 Titel kontrollfrei hätten aufgekauft werden können, vgl. dazu *Monopolkommission*, Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle, S. 96, Rn. 72.

[304] So das BKartA in der Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 8. GWB Novelle, S. 9. Zu dem Zeitpunkt ging das BKartA noch davon aus, dass die Anschlussklausel nicht auf Presseunternehmen Anwendung findet.

im Pressebereich einhergingen,[305] wurde die Regelung mit Inkrafttreten der 8. GWB Novelle auf den Pressebereich erstreckt.[306]

II. Zusammenschluss

Nach § 37 GWB kann sich ein Zusammenschluss abweichend von der FKVO[307] aus vier Tatbeständen ergeben. Dazu zählen der Vermögenserwerb (§ 37 Abs. 1 Ziff. 1 GWB), Kontrollerwerb (§ 37 Abs.1 Ziff. 2 GWB), Anteilserwerb (§ 37 Abs. 1 Ziff. 3 GWB) und die Erlangung sonstigen wettbewerblich erheblichen Einflusses (§ 37 Abs. 1 Ziff. 4 GWB). Die Tatbestände bestehen nebeneinander und schließen sich gegenseitig nicht aus.[308] Häufig sind mehrere Tatbestände parallel erfüllt.[309] Von praktischer Bedeutung sind insbesondere § 37 Abs. 1 Ziff. 2, 3 und 4 GWB. Der Kontrollerwerb orientiert sich an Art. 3 FKVO und erfasst den unmittelbaren bzw. mittelbaren Kontrollerwerb. Bei der Auslegung orientiert sich das BKartA an der Praxis der Kommission bzw. der Gerichte, kann aber von der Einschätzung durchaus abweichen.[310] Woraus sich ein Kontrollerwerb ergeben kann, ist in § 37 Abs. 1 Ziff. 2 GWB niedergelegt. Nicht erfasst ist die Verstärkung einer bereits bestehenden Kontrolle.[311] Erfasst wird jedoch der Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle.[312]

Ein Anteilserwerb liegt vor, wenn die Anteile allein oder zusammen 25% bzw. 50% des Kapitals oder der Stimmrechte erreichen.[313] Gemäß § 37 Abs. 1 Ziff. 3 S. 3 GWB können auch GU vom Zusammenschlusstatbestand erfasst sein, wenn mehrere Unternehmen gleichzeitig oder nacheinander Anteile an einem Unternehmen erwerben. In diesem Fall wird eine Teilfusion zwischen den Muttergesellschaften fingiert.[314] Diese Tatbestände werden durch die § 37 Abs. 1 Ziff. 4 GWB enthaltene Auffangregelung ergänzt. Ziel dieser Regelung ist es, gesellschaftsrechtliche Unternehmensverbin-

[305] Siehe dazu auch Stellungnahme BKartA vom 30.11.2011 zum RefE der 8. GWB Novelle, S- 7. Das BKartA legte dar, dass bei Anwendung des Faktors acht auch bei der Bagatellmarkt- und Anschlussklausel insgesamt mit 25% weniger Anmeldungen zu rechnen sei.

[306] Kritisch dazu *Bardong*, NZKart 2013, 303, 309 der nochmals die Gefahr der Entstehung von Zeitungsketten unterstreicht.

[307] Gemäß Art. 3 FKVO wird im Grundsatz nur zwischen Fusion und Kontrollerwerb unterschieden.

[308] Vgl. dazu *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum GWB, § 37 GWB, Rn. 5.

[309] Für viele BKartA vom 24.03.2009, B6 25/09 – *Axel Springer AG/Madsack GmbH & Co KG*; BKartA vom 19.01.2006, B6 103/05 – *Axel Springer/ProSiebenSat.1*, S. 22 (Kontroll- und Anteilserwerb).

[310] Vgl. *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum GWB, § 37 GWB, Rn. 22.

[311] Vgl. *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum GWB, § 37 GWB, Rn. 43.

[312] Siehe dazu BKartA vom 03.08.2004, B6 45/04 – *Gruner+Jahr AG & Co. KG/GJ/RBA GmbH & Co KG/RBA Germany.*

[313] Der Anteilserwerb ist in der Praxis zumeist der wichtigste Tatbestand.

[314] Vgl. *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum GWB, § 37 GWB, Rn. 43. § 37 Abs. 1 Ziff. 3 S. 3 GWB war beispielsweise auch bei der gemeinsamen VoD-Plattform „Amazonas" von RTL und ProSiebenSat.1 erfüllt, vgl. dazu BKartA vom 17.03.2011, B6 94/10 – *RTL Interactive/ProSiebenSat.1*, S. 13.

dungen zu erfassen, die nicht bereits durch die anderen Tatbestände abgedeckt werden, aber dennoch dazu führen, dass der Wettbewerb zwischen den Unternehmen so eingeschränkt wird, dass diese nicht mehr unabhängig am Markt auftreten.[315] Relevant wird der Tatbestand v.a. beim Erwerb von Minderheitsbeteiligungen die unterhalb von 25%- Schwelle liegen. Der Tatbestand kann auch unterhalb von 25% erfüllt sein, wenn der Erwerber aufgrund sonstiger rechtlicher oder tatsächlicher Umstände dauerhaft die Stellung eines Sperrminoritätsaktionärs besitzt.[316] Wie weitgehend die Regelung ist, zeigte sich kürzlich beim Erwerb einer 10,1%-Beteiligung, bei dem der Erwerber wegen der abgesenkten Sperrminorität (unter Berücksichtigung der Hauptversammlungspräsenz) bereits bei 5,27% über wettbewerblich erheblichen Einfluss verfügte.[317]

III. Materielle Beurteilung der Zusammenschlüsse

Die materielle Beurteilung der Zusammenschlüsse richtet sich nach § 36 GWB. Dieser hat mit der 8. GWB Novelle eine bedeutende Änderung erfahren. Gemäß § 36 Abs. 1 GWB ist ein Zusammenschluss nunmehr dann zu untersagen, wenn durch ihn wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde. Hinter der Formulierung steckt der sog. SIEC-Test (Significant Impediment of Effective Competition), den der Gesetzgeber zur weiteren Angleichung an die FKVO mit der 8. GWB Novelle in das GWB eingeführt hat.[318] Der bisherige Marktbeherrschungstest bleibt weiterhin von Bedeutung, da er als "Regelbeispiel" in § 36 Abs. 1 2 Hs. GWB aufgenommen wurde.[319] Der Unterschied zwischen beiden kann verkürzt so beschrieben werden, dass der Marktbeherrschungstest vor allem die Veränderung der Marktstruktur in den Blick nimmt, der SIEC-Test hingegen primär auf die Wirkungen abstellt.[320] Das Verhältnis beider Konzepte wird im Grundsatz überwiegend so interpretiert, dass die "erhebliche Behinderung" als Oberbegriff im Verhältnis zur Marktbeherrschung angesehen wird.[321] Gemäß § 36 Abs. 1 2 Hs. GWB ist ein Zusammenschluss "insbesondere" zu untersagen, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Unabhängig von der Bestimmung des genauen Verhältnisses zum SIEC-Test ist fest-

[315] So BKartA vom 31.01.2012, B8 116/11 – *Gazprom Germania/Wintershall Holding/VNG Verbundnetz AG*.
[316] Vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschl. vom 12.11.2008, VI Kart 5/08 (V) – *A-Tec* (13,75%-Beteiligung). Dazu *Henschen/Koch*, WuW 2009, 1127 ff.
[317] BKartA vom 12.03.2013, B3 132/12 – *Asklepios Kliniken/Rhön Klinikum/Fresenius SE Co & KGaA*.
[318] Vgl. dazu *Lettl*, WuW 2013, 706, 708 unter Verweis auf die Gesetzesbegründung; so auch *ders.*, WRP 2012, 274, 274,
[319] So für viele *Bardong*, NZKart 2013, 303, 303; *Kahlenberg/Neuhaus*, BB 2013, 131, 132. So war es auch bereits in der Begründung des Referentenentwurfs zur 8 GWB Novelle vorgesehen (S 41, vgl. dazu *Lettl*, WRP 2012, 274, 277).
[320] So für viele *Kühnen*, KSzW 2011, 3, 4.
[321] So *Bechtold*, NZKart 2013, 263, 265; a.A. *Lettl*, WuW 2013, 706, 708. Siehe dazu Zweites Kapitel C.III.3.

zuhalten, dass auch der Marktbeherrschungstest weiterhin von Bedeutung ist. Damit bleibt auch die dazu ergangene Rechtsprechung weiterhin von Relevanz.[322] Erhalten blieb im Zuge der 8. GWB Novelle auch die sog. "Abwägungsklausel", derzufolge der Zusammenschluss trotz erheblicher Behinderung des wirksamen Wettbewerbs bzw. Begründung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung dann nicht zu untersagen ist, wenn der Nachweis gelingt, dass durch den Zusammenschluss Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Behinderung überwiegen.[323] Die einst in § 36 Abs. 1 2 Hs GWB enthaltene Regelung wurde lediglich in § 36 Abs. 1 S. 2 Ziff. 1 GWB verschoben. Um den Inhalt des SIEC-Tests einordnen zu können, ist daher zunächst das Marktbeherrschungskonzept zu erläutern.

1. Marktbeherrschungstest

Gemäß § 36 Abs. 1 2. Hs GWB ist ein Zusammenschluss insbesondere dann zu untersagen, wenn durch ihn eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Durch die Verwendung des Begriffs der "marktbeherrschenden Stellung" wird an die Regelungen der Mißbrauchskontrolle angeknüpft, die durch die 8. GWB Novelle "neu sortiert" worden sind.[324] Unterschiede bei der Anknüpfung ergeben sich lediglich aus dem Umstand heraus, dass es bei der Fusionskontrolle auf eine Prognose der künftigen Marktbedingungen ankommt.[325] Gemäß § 18 Abs. 1 GWB ist ein Unternehmen als marktbeherrschend anzusehen, wenn es auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt[326] ohne Wettbewerber ist und dabei keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder über eine überragende Marktstellung im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern verfügt. Ist das der Fall, liegt eine Einzelmarktbeherrschung vor. Daneben kann sich eine Marktbeherrschung gemäß § 18 Abs. 5 GWB auch daraus ergeben, dass *zusätzlich* zu den zuvor genannten Voraussetzungen zwischen zwei oder mehr Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren oder Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht. Ist das der Fall, spricht man von einer gemeinsamen bzw. oligopolistischen Marktbeherrschung.[327] Ob die konkreten Voraussetzungen vorliegen, wird in der Praxis v.a. anhand einiger Vermutungsregelungen bestimmt, die trotz der

[322] Vgl. BT-Drs. 1779852, S. 28. So auch *Bardong*, NZKart 2013, 303, 303.
[323] Vgl. zur Abwägungsklausel Zweites Kapitel, C.III.4.
[324] Ausführlich dazu *Alexander*, WuW 2012, 1025 ff.; siehe auch *Kahlenberg/Neuhaus*, BB 2013, 131, 132 mit einer Synopse der alten und neuen Regelungen.
[325] Vgl. *Braun*, in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 23. Abschnitt, Rn. 25. Der BGH hat im Verfahren KVR 15/11 (BGH, Beschl. vom 19.06.2012, KVR 15/11-*Haller Tagblatt*) festgestellt, dass der Prognosezeitraum regelmäßig mit drei bis fünf Jahren zu veranschlagen ist.
[326] § 18 Abs. 1 GWB unterscheidet weiter von zwischen Anbietern und Nachfragern. Vorliegend ist nur die Angebotsseite von Bedeutung.
[327] Vgl. BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 81.

systematischen Zuordnung zur Mißbrauchsaufsicht auch in der Fusionskontrolle Anwendung finden.[328]

Gemäß § 18 Abs. 4 GWB wird vermutet, dass *ein* Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es über einen Marktanteil von 40% auf dem relevanten Markt verfügt. Die Schwelle hat sich mit der 8. GWB Novelle geändert. Sie lag zuvor bei 1/3.[329] Sie wurde angehoben, da sich in der Praxis gezeigt hatte, dass eine marktbeherrschende Stellung von einem Unternehmen mit 1/3 mittlerweile eher der Ausnahmefall sei.[330] Hinzu kommt eine widerlegbare Vermutung, wann eine gemeinsame Marktbeherrschung vorliegt. Gemäß § 18 Abs. 6 GWB gilt eine Gesamtheit von Unternehmen als marktbeherrschend, wenn höchstens drei Unternehmen einen Marktanteil von 50% auf sich vereinen oder höchstens fünf einen Anteil von 2/3 erreichen. Zwischen den Vermutungsregelungen besteht kein Vorrangverhältnis.[331] Nach überwiegender Ansicht handelt es sich um *objektive* Beweislastregeln, die die Amtsermittlungspflicht des BKartA nicht einschränken und erst bei einem *non liquet* greifen.[332] Demnach ist das BKartA im Grundsatz verpflichtet, die wettbewerblichen Verhältnisse umfassend zu untersuchen und alle Voraussetzungen für die Marktbeherrschung nachzuweisen.[333] Zwar greifen in den Medienfällen grundsätzliche beide Beherrschungstatbestände; es lässt sich jedoch auf einigen Medienmärkten, v.a. den Werbemärkten und einigen vor- und nachgelagerten Märkten eine eher oligopolistische Marktstruktur vorfinden, weshalb vorliegend die gemeinsame Marktbeherrschung von besonderem Interesse ist. Diese war auch Gegenstand der Fälle *Axel Springer/ProSiebenSat.1*[334] als auch *ProSiebenSat.1/RTL Interactive*.[335]

Im Folgenden ist zunächst auf die Marktabgrenzung einzugehen (siehe dazu a), deren genaue Bestimmung zentral für die Anwendung des Marktbeherrschungstests ist. Im Anschluss wird auf die Unterschiede zwischen der Entstehung und Begründung der marktbeherrschenden Stellung (siehe dazu b) eingegangen. Daran schließt sich eine

[328] So grundsätzlich *Richter*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rn. 85. Daran wird auch nach der 8. GWB Novelle trotz Einführung des SIEC-Tests festzuhalten sein, vgl. *Bardong*, NZKart 2013, 303, 306.
[329] Siehe dazu *Alexander*, WuW 2012, 1025, 1028.
[330] Vgl. BT-Drs. 17/9852, S. 23; Siehe auch *Alexander*, WuW 2012, 1025, 1028; *Kahlenberg/Neuhaus*, BB 2013, 131, 131.
[331] Vgl. BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 26.
[332] Vgl. dazu *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 192 m.w.N. So auch BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 26.
[333] BGH, Urt. vom 02.12.1980=WuW/E BGH 1749, 1753 – *Klöckner/Becorit*, Rn. 32; BGH, Beschl. vom 19.12.1985= WuW/E BGH 3037, 3039 – *Raiffeisen*, Rn. 11.
[334] Vgl. dazu BKartA vom 19.01.2006, B6 103/05 – *Axel Springer/ProSiebenSat.1*. Siehe dazu auch BGH, Urt. vom 25.09.2007, KVR 30/06=WuW/E DE-R 2221. Für eine Übersicht auch des immer noch andauernden verwaltungsrechtlichen Rechtstreits *Paal*, ZWeR 2012, 380, 381.
[335] Vgl. BKartA vom 17.03.2011, B6 94/10 – *ProSiebenSat.1/RTL Interactive*. Siehe dazu auch OLG Düsseldorf, Beschl. vom 08.08.2012, VI Kart 4/11 (V).

überblicksartige Darstellung des zentralen Prüfungsprogramms, dass je nach Form des Zusammenschlusses (horizontal, vertikal und crossmedial) durchaus varriert, an (siehe dazu c).

a) Marktabgrenzung

Das BKartA hat in seiner bisherigen Praxis eine Reihe von sachlich und räumlich relevanten Märkten abgegrenzt, die nachfolgend anhand der Unterteilung zwischen der Abgrenzung in den Bereich Rundfunk (siehe dazu aaa), Print (siehe dazu bbb) und Online (siehe dazu ccc). Es besteht dem BKartA zufolge trotz zunehmender Konvergenz kein alle Medien umfassender einheitlicher Medienmarkt[336] sowie ebenfalls kein allgemeiner, alle Medien umfassender, Werbemarkt,[337] weswegen im Folgenden eine sachliche, räumliche und auch zeitliche Abgrenzung der Märkte zu erfolgen hat. Diese erfolgt wie in allen Jurisdiktionen nach dem Bedarfsmarktkonzept.[338]

aa) Rundfunk

Innerhalb des Rundfunkmarktes unterscheidet das BKartA zunächst im Lichte der Zweiseitigkeit der Märkte zwischen den Rezipienten- und Werbemärkten. Innerhalb des Rezipientenmarktes grenzt das BKartA einen eigenen sachlich relevanten Markt für Pay-TV ab.[339] Der Pay-TV Markt umfasst sowohl die analoge Verbreitung als auch die digitale Verbreitung von Pay-TV.[340] Dieser muss vom sachlich relevanten Markt für mobilen Rundfunk unterschieden werden.[341] Dieser wiederrum ist vom Markt für Fernseh- und Videoangebote über UMTS zu trennen.[342] Das BKartA grenzt jedoch in seiner ständigen Praxis[343] *keinen* eigenen Rezipientenmarkt im Free-TV ab.[344] Mit dieser Ansicht stimmt das BKartA mit der überwiegend in der Literatur vertretenen Ansicht überein, derzufolge eine Abgrenzung mangels Leistungsaustausches nicht möglich sei.[345] Andere Autoren sind der Ansicht, dass ein Free-TV Markt abgegrenzt werden

---

[336] Kritisch dazu *Säcker*, ZWeR 2004, 1, 1 der von „atomisierten Minimärkten" spricht. Für einen einheitlichen Medienmarkt eintretend *Bender*, Cross-Media Ownership, S. 228; *Bohne*, WRP 2006, 540, 546.

[337] Vgl. BKartA vom 17.03.2011, B6 94/10 – *ProSiebenSat.1/RTL Interactive*, Rn. 46.

[338] Beim Bedarfsmarktkonzept beurteilt man aus Sicht der jeweiligen Marktgegenseite, ob diese die Produkte oder Dienstleistung als austauschbar ansieht. Ist das der Fall, gehören diese zu einem Markt. Die Marktgegenseite stellen i.d.R. die Nachfrager dar, es sind aber auch die Anbieter möglich. Vgl. dazu für viele *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum GWB, § 19 GWB, Rn. 24.

[339] Vgl. dazu BKartA vom 01.10.1998=WuW/E DE-V 53, 58 – *Premiere*.

[340] Vgl. dazu BKartA 19.01.2006, B6 103/05 – *Axel Springer/ProSiebenSat.1*, S 23; BKartA vom 28.12.2004, B7 150/04 – *SES/DPC*, Rn. 159.

[341] Vgl. dazu BKartA vom 13.08.2007, B7 61/07 – *02/T-Mobile/Vodafone*, Rn. 44.

[342] Vgl. dazu BKartA vom 13.08.2007, B7 61/07 – *02/T-Mobile/Vodafone*, Rn. 48.

[343] So *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen Kartellrecht, Anh. zum Fünften Abschn. Sonderbereichreich Medien), Rn. 13.

[344] Vgl. dazu BKartA vom 19.01.2006, B6-103/05 – *Axel Springer/ProSiebenSat.1*, S. 23. Siehe dazu auch *Mestmäcker*, AfP 2007, S 297 ff.

[345] So *Paetow*, Die Anwendung der Fusionskontrolle des GWB im Bereich der elektronischen Medien, S. 13; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, Vor §§ 35 ff GWB, Rn. 91; *Paal*, Medienvielfalt

müsse, da andernfalls die Auswirkungen auf die Zuschauer nicht hinreichend erfasst werden können.[346] Zudem würde mit einer solchen Abgrenzung der Zweiseitigkeit der Märkte nicht hinreichend Rechnung getragen.[347]

Von den Rezipientenmärkten im Rundfunk sind die Werbemärkte zu unterscheiden. Das BKartA grenzt ebenfalls in ständiger Praxis lokale, regionale und bundesweite Fernsehwerbemärkte ab.[348] In den Fernsehwerbemarkt sind sowohl Pay-TV als auch Free-TV Anbieter einzubeziehen; als Nachfrager treten vor allem Media-Agenturen auf, die die Zeiten bei den Fernsehveranstaltern buchen. Der Fernsehwerbemarkt müsse von den übrigen Werbemärkten (Print, Radio,[349] Plakat) unterschieden werden.[350] Der Markt für Fernsehwerbung ist von dem der Online-Werbung zu unterscheiden,[351] wobei Tendenzen erkennbar seien, dass die sog. Instream-Video-Werbung[352] möglicherweise als zum Fernsehwerbemarkt zugehörig angesehen werden könne.[353] Anders müsse jedoch die Inpage-Video Werbung beurteilt werden, von der derzeit nicht auszugehen ist, dass sie alsbald als austauschbar anzusehen ist.[354]

bb) Print

Im Printbereich hat das BKartA bisher eine Vielzahl von Märkten abgegrenzt. Zunächst unterscheidet das BKartA wie auch im Rundfunk im Ausgangspunkt zwischen den Leser- und Anzeigenmärkten.[355] Bei den Tageszeitungen trennt das BKartA nach der Form des Vertriebs. So erkennt es einen eigene Märkte für Straßenverkaufszeitungen[356] und Abonnement-Tageszeitungen an. Die Straßenverkaufszeitungen unterscheiden sich dem BKartA zufolge durch die Breite und Tiefe der Berichterstattung, Art der Darstellung sowie durch die Nachrichten- und Berichtsschwerpunkte.[357] Innerhalb

---

und Wettbewerbsrecht, S. 322. Die Ansicht basiert darauf, dass die Zuschauer (jedenfalls direkt) keine entgeltliche Gegenleistung erbringen.

[346] Vgl. dazu für viele *Engel*, Medienordnungsrecht, S. 34; *Schmidt*, ZUM 1997, 473 ff.

[347] Vgl. *Kallfaß*, Die Entscheidung des Bundeskartellamts zum Zusammenschlussvorhaben Axel Springer AG und ProSiebenSat.1 Media AG, S. 103 ff.

[348] Vgl. BKartA vom 17.03.2011, B6 94/10 – *ProSiebenSat.1/RTL Interactive*, Rn. 60; BKartA vom 19.01.2006, B6-103/05 – *Axel Springer/ProSiebenSat.1*, S. 25; BKartA vom 11.04.2006, B6 142/05 – *RTL/n-tv*, S. 13.

[349] Vgl. dazu BKartA vom 27.04.2004, *RadioTon Hörfunk/Lokalradio Services*; BKartA vom 16.12.2002, B6 119/02 – *Bertelsmann/RTL*, Rn. 23.

[350] Vgl. BKartA vom 17.03.2011, B6 94/10 – *ProSiebenSat.1/RTL Interactive*, Rn. 46.

[351] Vgl. BKartA vom 17.03.2011, B6 94/10 – *ProSiebenSat.1/RTL Interactive*, Rn. 48.

[352] Die Instream-Werbung ist ein Werbemittel der Online-Werbung, bei der ein Werbespot mit einem Online-Video verbunden wird. Die Werbung taucht entweder vor dem Inhalt auf (*pre-roll*), als Unterbrecherwerbung (*mid-roll*) oder nach dem Inhalt (*post-roll*).

[353] Vgl. BKartA vom 17.03.2011, B6 94/10 – *ProSiebenSat.1/RTL Interactive*, Rn. 51 („perspektivisch"). Beide verwenden das Video für die Übermittlung der Botschaft.

[354] Vgl. BKartA vom 17.03.2011, B6 94/10 – *ProSiebenSat.1/RTL Interactive*, Rn. 59.

[355] Vgl. für viele BKartA vom 27.02.2013, B6 9/13 – *FAZ/Frankfurter Rundschau*.

[356] BKartA vom 11.02.2009, B6 15/09 – *BV Deutsche Zeitungsholding und BVZ/Du Mont Schauberg*.

[357] BGH, Beschl. v 26.05.1987=WuW/E BGH 2425, 2428 – *Niederrheinische Anzeigenblätter*; BKartA vom 27.10.2005, B6 86/05 – *MSV Medien/PVN/Buch-und Pressegrossovertrieb Hamburg/Axel Springer*.

der Lesermärkte für Abonnement-Tageszeitungen grenzt das BKartA regionale[358] und lokale Märkte ab.[359] Diese Märkte seien von dem für Straßenverkaufszeitungen zu unterscheiden.[360] In den Markt für Abonnement-Tageszeitungen seien in sachlicher Hinsicht weder Amts- und Gemeindeblätter noch Zeitschriften einzubeziehen. In räumlicher Hinsicht ist zwischen den Märkten mit lokaler und regionaler Berichterstattung nach den jeweiligen Verbreitungsgebieten zu trennen.[361]

Intensiv hat sich das BKartA auch mit den Zeitschriftenmärkten beschäftigt. Im Ausgangspunkt trennt das BKartA zwischen Publikums- und Fachzeitschriften. Publikumszeitschriften würden sich dadurch auszeichnen, dass sie ihre Leser ausschließlich das private Umfeld ansprechen und deren persönliche Informations- und Freizeitinteressen abdecken.[362]Innerhalb der Publikumszeitschriften trennt das BKartA zwischen General- und Special Interest Zeitschriften.[363] Die Special-Interest Zeitschriften zeichnen sich dadurch aus, dass Sie sich an eine bestimmte Gruppe mit einem gemeinsamen Interessengebiet beziehen. Innerhalb dieses Marktes hat das BKartA beispielsweise Märkte für Fahrrad-[364] bzw. Pferdezeitschriften abgegrenzt[365], die räumlich bundesweit abgegrenzt werden müsse. Ferner geht das BKartA auch von einem eigenen Markt für landwirtschaftliche Wochenblätter aus, der von den landwirtschaftlichen Fachzeitschriften und den Spezialzeitschriften zu unterscheiden sei.[366]

cc) Online

Hinsichtlich der Online-Märkte hat sich BKartA bisher v.a. mit den Werbemärkten beschäftigt.[367] Soweit ersichtlich wurde allerdings noch nicht entschieden, ob eigene Leser- Märkte für den Online-Bereich abzugrenzen sind. Das BKartA hat aber bereits deutlich gemacht, dass es im Online-Bereich an einer entgeltlichen Leistung und damit an einer zentralen Voraussetzung für die Abgrenzung eines eigenen Marktes fehlen

[358] Vgl. BKartA vom 27.02.2013, B6 9/13 – *FAZ/Frankfurter Rundschau* (regionaler Lesermarkt für das Stadtgebiet Frankfurt).
[359] Vgl. BGH Beschl. vom 26.05.1987=WuW/E BGH 2425, 2428 –*Niederrheinische Anzeigenblätter*; BKartA vom 21.04.2009, B6 150/08 – *NPG/ZVSH*, Rn 34. Die Marktabgrenzung wurde vom BGH bestätigt, vgl. BGH, Beschl. vom 19.06.2012, KVR 15/11 – *NPG/ZVSH*. Anlass des Rechtsstreits waren die Grenzen der Annahme potenziellen Wettbewerbs.
[360] Vgl. BKartA vom 21.04.2009, B6 150/08 – *NPG/ZVSH*, Rn. 35.
[361] Vgl. BKartA vom 21.04.2009, B6 150/08 – *NPG/ZVSH*, Rn. 35.
[362] Vgl. dazu BKartA vom 15.10.2010, B6 93-10 – *B&D Verlag/Delius Klasing*.
[363] Vgl. dazu BKartA vom 22.11.2011, B6 77/11 – *Pegasus/Top Special Verlag*; BKartA vom 15.10. 2010, B6 93-10 – *B&D Verlag/Delius Klasing*.
[364] Vgl. dazu BKartA vom 15.10.2010, B6 93-10 – *B&D Verlag/Delius Klasing*.
[365] Vgl. dazu BKartA vom 22.11.2011, B6 77/11 – *Pegasus/Top Special Verlag.*
[366] Vgl. dazu BKartA vom 28.11.2012, B6 63/12 – *Landwirtschaftsverlag Hessen/Landwirtschaftsverlag Münster*.
[367] Vgl. BKartA vom 17.03.2011, B6 94/10 – *ProSiebenSat.1/RTL Interactive*; BKartA vom 15.10.2010, B6 93-10 – *B&D Verlag/Delius Klasing*; so auch bereits BKartA vom 27.02.2002, B6 136/01 – *Gruner+ Jahr/ Bankgesellschaft/Berliner Volksbank.*

würde.[368] Zudem berücksichtigt das BKartA in seinen Entscheidugen den vom Online-Bereich ausgehenden Wettbewerbsdruck. Sehr umstritten ist, *ob* und wenn ja, wie Märkte im Zusammenhang mit Suchmaschinen abzugrenzen sind.[369] Zur Beantwortung der Frage, ist zunächst zwischen den Primär- und Sekundärmarkten im Suchmaschinenbereich zu unterscheiden. Während es auf dem Primärmärkten um die Aufnahme in den Suchmaschinenindex und die Online-Werbung im Suchmaschinenkontext geht, betrifft der Sekundärmarkt die Nutzung der Suchmaschine durch den Suchenden.[370]

Bezogen auf den Sekundärmarkt eröffnet sich eine dem Free-TV im Ansatz vergleichbare Fragestellung, da für die Nutzung der Suchmaschine wie auch im Free-TV, wo das BKartA die Markteigenschaft ablehnt, keine Gegenleistung erfolgt. Ein Teil der Literatur ist daher der Ansicht, das mangels Gegenleistung kein Markt abzugrenzen ist.[371] Ein anderer Teil nimmt einen eigenen Markt mit der Begründung an, dass die Gegenleistung des Nutzers in der Bereitstellung von Aufmerksamkeit für die Werbung zu sehen sei. Durch das "Pay-per-Click" Verfahren komme es zu einer konkreten Beziehung.[372] *Paal* geht ebenfalls von einem eigenen sachlich relevanten Markt aus, begründet diesen jedoch damit, dass die Gegenleistung in der von den Nutzern zur Verfügung gestellten persönlichen Infor-mationen bestehe, die eigenen wirtschaftlichen Wert aufweisen würden.[373] M.E. kommt die gewohnte Marktabgrenzung an dieser Stelle an ihre systemimmanenten Grenzen, da es an der direkten Austauschbarkeit fehlt. Gleichwohl kann diese nur mittelbare Beziehung aber nicht dazu führen, dass diese Einflüsse außen vor bleiben. Es wird daher die Abgrenzung eines Marktes befürwortet.

b) Entstehung bzw. Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung

Nach Feststellung des relevanten Marktes und Ermittlung der Marktanteile prüft das BKartA im zweiten Schritt, ob auf diesem Markt eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Bei der Beurteilung kommt es entscheidend auf die Auswirkungen auf die Marktstruktur an.[374] Bei der Entstehung kommt es darauf an, ob sich das Ausmaß der Marktmacht durch den Zusammenschluss derart erhöht, dass der wettbewerbliche Verhaltensspielraum als nicht mehr hinreichend kontrolliert eingestuft werden kann. Von einer Verstärkung ist hingegen auszugehen, wenn sich die Wettbe-

[368] Vgl. BKartA vom 21.04.2009, B6 150/08 – *NPG/ZVSH*, Rn. 40.
[369] Siehe *Kersting/Dworschak*, NZKart 2013, 46, 48 m.w.N. Ausführlich dazu *Babey*, Kartellrechtliche Anforderungen an Suchmaschinen, S. 47 ff.
[370] So *Paal*, AfP 2011, 521, 525.
[371] So *Schulz/Held/Laudien*, Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Kommunikation.
[372] So *Kühling/Gauß*, ZUM 2007, 751, 752; *Ott*, MMR 2006, 195, 196; *Ders.*, K&R 2007, 375, 378. Kri. dazu *Paal*, AfP 2011, 521, 525 mit der Begründung, dass die Interdependenz keinen Markt begründe.
[373] Vgl. *Paal*, AfP 2011, 521, 525.
[374] Vgl. *Braun*, in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar gesamtes Medienrecht, 23. Abschnitt, Rn. 35.

werbsintensität weiter verringert. Bei der Beurteilung kommt es primär auf die Konzentration im Markt an. Im Medienbereich wird dem Schutz des Restwettbewerbs eine besondere Bedeutung beigemessen. Je höher die Konzentration im Markt ist, desto schützenswerter ist der Restwettbewerb.[375] Der Schutz des Restwettbewerbs spielte auch eine zentrale Rolle bei der Untersagung des Zusammenschlussvorhabens "*Axel Springer/ProSieben Sat.1*".[376] Der BGH stellte hierzu fest: "Bei Märkten mit einem hohen Konzentrations-grad genügt schon eine geringfügige Beeinträchtigung des verbliebenen oder potenziellen Wettbewerbs".[377] Diese Ansicht wurde vom OLG Düsseldorf in der Rs. "*Amazonas*" bestätigt.[378] Daneben ist auch der Substitutionswettbewerb von entscheidender Bedeutung.[379] Das BKartA unterstreicht im Leitfaden zudem den Charakter der Zwei- bzw. Mehrseitigkeit der Medienmärkte, demzufolge es bei Medienmärkten gerade nicht nur auf die Marktanteile, sondern v.a. auch auf andere Faktoren ankommt, wie z.B. die Reaktionsverbundenheit zwischen Preisen und Angebotsmengen.[380] Diese Klarstellung ist zu begrüßen, da sie den Besonderheiten der Medienmärkte Rechnung trägt, die durch indirekte Netzwerkeffekte einer statischen am Marktanteil orientierten Betrachtung nur bedingt zugänglich sind.

c) Konkrete Beurteilung von Medienzusammenschlüssen

Bei der konkreten Beurteilung der Medienzusammenschlüsse kommt es darauf an, ob ein Fall der Einzel- oder gemeinsamen Marktbeherrschung vorliegt. Je nach Vorliegen ergibt sich ein stark abweichendes Prüfprogramm.[381] Vereinfacht gesagt kommt es bei der Einzelmarktbeherrschung auf eine Reihe von Einzelfaktoren, z.B. die Kapazitäten im Markt, die Marktphase, den Zugang zu anderen Märkten und die konkreten Verflechtungen sowie insbesondere auch außerhalb des relevanten Marktes liegende Umstände wie z.B. den potentiellen Wettbewerb, die Marktzutrittsschranken und die Randsubstitution an.[382] In vertikaler Hinsicht spielt v.a. die Marktabschottung in Form der Abschottung der vorgelagerten Märkte oder in Bezug auf die Kunden eine Rolle.[383]

---

[375] Vgl. BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 14: *Ruppelt*, in: Langen/ Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht (Band 1), § 36, Rn. 38; *Hofmann*, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, S. 208.

[376] Vgl. dazu BGH, Beschl. vom 08.06.2010, KVR 4/09, Rn. 44. So auch *Esser*, NZKart 2013, 135, 139.

[377] Vgl. dazu BGH, Beschl. vom 08.06.2010, KVR 4/09, Rn. 44.

[378] Vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschl. vom 08.08.2012, VI Kart 4/11 (V), II.B.3a.

[379] Vgl. *Braun*, in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar gesamtes Medienrecht, 23. Abschnitt, Rn. 38.

[380] Vgl. BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 36.

[381] Auf eine vertiefende Darstellung muss vorliegend allerdings aus Platzgründen verzichtet werden. Wie zu differenzieren ist, ergibt sich bereits aus der Gliederung des Leitfadens, der je nach „Fusionstyp" zwischen der Einzelmarktbeherrschung und gemeinsamen Marktbeherrschung trennt. Vgl. dazu BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle.

[382] Vgl. BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 38-80.

[383] Vgl. BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 133-148. Die vertikalen Wirkungen werden an dieser Stelle nicht vertieft behandelt, da es zu einer vertikalen Integration v.a.

In konglomerater Hinsicht kommt es neben dem Verlust von Randwett- bzw potentiellem Wettbewerb v.a. auch auf Kopplungs- und Bündelungsmöglichkeiten sowie Portfolioeffekte an.[384]

Die gemeinsame Marktbeherrschung ist durch eine Situation gekennzeichnet, in der es am Markt wenige Unternehmen gibt, die sich in einer Weise parallel verhalten, die wesentlichen Wettbewerb zwischen Ihnen nicht erkennen lässt. Es kommt daher zu einer stillschweigenden impliziten Koordinierung.[385] Ein kollusives Parallelverhalten ist aber nur zu erwarten, wenn die Koordinierung aus sich heraus hinreichend stabil ist.[386] Ob ein fehlender Binnenwettbewerb zu erwarten ist, ist aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände zu entscheiden.[387] Die stabile Koordinierung ist wahrscheinlich, wenn (1) eine Koordinierung leicht erzielbar ist, (2) der Markt transparent ist und (3) glaubhafte Sanktionsmittel vorliegen, um "Abweichler" zu disziplinieren.[388] Ob die Koordinierung leicht ist wird davon abhängen, wieviele Unternehmen am Markt sind, ob es sich um homogene[389] oder heterogene Produkte handelt, wie symmetrisch diese sich verhalten und ob gegenseitige Unternehmensverflechtungen vorliegen.[390] Die vorstehend genannten Faktoren beeinflussen auch die Markttransparenz und Sanktionsmöglichkeiten.[391]

aa) Horizontale Zusammenschlüsse

Bei horizontalen Zusammenschlüssen im Medienbereich sind vor allem der Wegfall des Substitutionswettbewerbs und des potentiellen Wettbewerbs von Bedeutung.[392] Vor dem Hintergrund der eingangs dargestellten Marktstruktur auf dem Pressemarkt, die sich durch eine Vielzahl von Ein- bzw. Zweizeitungskreisen auszeichnet, tritt die Fragestellung häufig bei den regionalen bzw. lokalen Anzeigen- und Lesermärkten für Abonnement-Tageszeitungen auf.[393] Als potentieller Wettbewerber kommt in Betracht, wer noch nicht auf einem Markt tätig ist, jedoch in der Lage ist, Einfluss auf diesen

---

zwischen Infrastrukturanbietern im TK-Bereich kommt. Vgl. dazu *Braun*, in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar gesamtes Medienrecht, 23 Abschnitt, Rn. 68 ff.

[384] Vgl. BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 162-178.

[385] Vgl. BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 81.

[386] Vgl. BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 84.

[387] BGH, Urt. vom 08.06.2010, KVR 4/09 – *Axel Springer/ProSiebenSat.1*, Rn. 20; so auch BKartA vom 17.06.2011, B6 94/10 – *ProSiebenSat.1/RTL Interactive*, Rn. 69.

[388] Vgl. BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 91.

[389] Bei homogenen Produkten ist eine Koordinierung leichter erzielbar.

[390] Vgl. dazu ausführlich BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 93-100.

[391] Vgl. BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 101.

[392] So auch *Bechtold*, Kommentar zum GWB, § 36 GWB, Rn. 24-25.

[393] Vgl. BKartA vom 30.09.2011, B6 57/11 – *C.W. Busse Holding/Aschendorff Medien*; BKartA vom 13.01.2009, B6 10/09 – *Zeitungsverlag Schwerin/Kurierverlag*.

Markt auszuüben.[394] Denkbar sind sowohl Newcomer als auch Unternehmen, die auf vor- oder nachgelagerten sowie benachbarten Märkten tätig sind.[395] Beim Erwerb der C.W. Busse Holding durch die Aschendorff Medien GmbH & Co KG lehnte das BKartA z.B. einen potentiellen Wettbewerb zwischen den Lesermärkten in Münster und Bielefeld/Gütersloh mit der Begründung ab, dass die Verbreitungsgebiete rund 60 bis 70km auseinander liegen würden, getrennte Wirtschaftsräume darstellen und keine direkte Autobahnverbindung bestehe.[396] In einem anderen Fall betonte das BKartA, dass es bei der Beurteilung potentiellen Wettbewerbs vor allem auf die Eindringungsversuche in benachbarte Märkte, die Infrastruktur, Pendlerströme, Attraktivität des Wirtschaftsraums sowie landsmannschaftliche bzw. kulturhistorische Verbindungen ankommt.[397]

Wie weit die Grenzen bei der Annahme potentiellen Wettbewerbs zu ziehen sind, war Gegenstand des beim BGH geführten Verfahrens im Nachgang der Untersagung des Zusammenschlusses zwischen der NPG und ZVSH.[398] Das BKartA hatte die Verstärkungswirkung im betreffenden Verfahren damit begründet, dass die NPG die *Möglichkeit* gehabt habe, in das Verbreitungsgebiet des Haller Tagblatts einzudringen. Diese sei ausreichend, um von potentiellem Wettbewerb auszugehen.[399] Dieser Ansicht folgte der BGH allerdings nicht. Er stellte klar, dass die bloße Möglichkeit nicht ausreichend sei. Vielmehr bedürfe es aufgrund "konkreter Anhaltspunkte einiger Wahrscheinlichkeit" dafür, dass künftig potentieller Wettbewerb entsteht.[400]

bb) Konglomerate Zusammenschlüsse

Im Grundsatz wird ein konglomerater Zusammenschluss gegenüber einem horizontalen oder vertikalen als weniger wettbewerbsrechtlich problematisch eingestuft.[401] Es ist auch hier grundsätzlich zwischen Einzel- und gemeinsamer Marktbeherrschung zu

---

[394] Vgl. *Braun*, in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar gesamtes Medienrecht, 23. Abschnitt, Rn. 56. Für eine Begriffsbestimmung könnte m.E. auch auf Rn. 10 der Horizontal-Leitlinien der Kommission zurückgegriffen werden: „*Ein Unternehmen gilt als potenzieller Wettbewerber eines anderen Unter-nehmens, wenn wahrscheinlich ist, dass es ohne die Vereinbarung im Falle eines geringen aber anhaltenden Anstiegs der relativen Preise innerhalb kurzer Zeit die zusätzlichen Investitionen tätigen oder sonstigen Umstellungskosten auf sich nehmen würde, die erforderlich wären, um in den relevanten Markt einzutreten, auf dem das andere Unternehmen tätig ist*".

[395] Vgl. BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 58.

[396] Vgl. BKartA vom 30.09.2011, B6 57/11 – *C.W. Busse Holding/Aschendorff Medien*. Siehe dazu Fallbericht vom 03.01.2012, S. 2.

[397] Vgl. BKartA vom 13.01.2009, B6 10/09 – *Zeitungsverlag Schwerin/Kurierverlag*. Siehe dazu Fallbericht, S. 3.

[398] Vgl. dazu BGH, Beschl. vom 19.06.2012, KVR 15/11 – *Haller Tagblatt*. Zuvor OLG Düsseldorf, Beschl. vom 22.12. 2010, VI Kart 4/09 (V). Siehe dazu *Klumpp*, WuW 2013, 344 ff.

[399] Vgl dazu BKartA vom 21.04.2009=WuW/E DE-V 1745, 1750 – *NPG/ZVSH*.

[400] Vgl. dazu BGH, Beschl. v 19.06.2012, KVR 15/11 – *Haller Tagblatt*, Rn. 24. Das OLG Düsseldorf hatte noch eine „hohe Wahrscheinlichkeit" gefordert. Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. vom 22.12. 2010, VI Kart 4/09 (V), Rn. 132.

[401] Vgl. dazu BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 161 (werfen selten Wettbewerbsprobleme auf). So auch *Esser*, NZKart 2013, 135, 138.

unterscheiden. Im Fall *RTL Interactive/ProSiebenSat.1* hat das BKartA die Verstärkungswirkung damit begründet, dass der von der Instream-Werbung ausgehende Substitutionswettbewerb beschränkt werde, die Möglichkeit der Abschottung der Inhalte gegenüber Dritten bestehe und die Transparenz zwischen den Beteiligten erhöht werde.[402] Dadurch werde der Duopolkonsens weiter verstärkt.[403]

2. SIEC-Test

Der SIEC-Test soll eine mehr ökonomisch ausgerichtete Prüfung ermöglichen, die sich v.a. mit den Auswirkungen des Zusammenschlusses beschäftigt. Bezogen auf die sich gerade im Zuge des Marktbeherrschungstests als schwierig erweisende Einordnung crossmedialer Effekte, könnte der SIEC-Test eine systemkonforme Erfassung ermöglichen.[404]

3. Verhältnis des Marktbeherrschungstests zum SIEC-Test

Im Folgende soll die "Oberbegriffs-These"[405] einer kurzen Bewertung unterzogen werden. Obgleich das Verhältnis des SIEC-Tests zum Marktbeherrschungstest im Grundsatz mit dem Verhältnis "Oberbegriff-Regelbeispiel" beschrieben werden kann, bleiben noch Fragen offen. Diese Fragen haben zwei Stoßrichtungen. Zum einen, ob überhaupt ein *eigenständiger* Anwendungsbereich der "erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs" abseits der Marktbeherrschung verbleibt[406] und zum anderen, ob bei Begründung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung *stets* auch eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs vorliegt.[407] Die Frage ist auch für die vorliegende Untersuchung von Interesse, insoweit mit dem SIEC-Test die Hoffnung verbunden ist, dass er die zutreffende Erfassung crossmedialer Effekte erleichtert.[408] Das hängt vor allem damit zusammen, dass es bei crossmedialen Fusionen nicht zu Marktanteilsadditionen auf den betroffenen Märkten kommt und der an den jeweiligen Markt anknüpfende Marktbeherrschungstest insoweit zu unflexibel erscheint.

Die Einführung des SIEC-Tests wurde vor allem mit einer Schutzlücke im Marktbeherrschungstest begründet.[409] Diese soll in Anlehnung an den ErwGr 25 der FKVO v.a. dann sichtbar werden, wenn es um die Erfassung unilateraler, d.h. nicht-koordinierter

[402] BKartA vom 17.03.2011, B6 94/10 – *RTL Interactive/ProSiebenSat.1*, Rn. 132.
[403] BKartA vom 17.03.2011, B6 94/10 – *RTL Interactive/ProSiebenSat.1*, Rn. 133.
[404] So *Esser*, NZKart 2013, 135, 142.
[405] Vgl. dazu den einleitenden Teil im Zweiten Kapitel, C.III.
[406] So *Bardong*, NZKart 2013, 303, 303; Einen eigenständigen Anwendungsbereich ablehnend *Bechtold*, NZKart 2013, 263, 266; *Bosch/Fritz-sche*, NJW 2013, 2225, 2226; *Kühnen*, KsZW 2011, 3, 5.
[407] Dafür *Lettl*, WRP 2012, 274, 279 mit ausführlicher Analyse im Kontext des Erwägungsgrundes 25 der FKVO. Dagegen für viele *Bechtold*, NZKart 2013, 263, 266.
[408] So *Esser*, NZKart 2013, 135, 142.
[409] Vgl. dazu BT-Drs. 17/9852, S. 28.

Effekte geht, die häufig in engen Oligopolen auftreten würden.[410] Der in diesem Kontext häufig genannte Fall ist der Zusammenschluss das zweit- und drittgrößten Unternehmens auf einem Markt, die selbst allerdings nicht marktführend sind.[411] Es soll zu einer Erweiterung der Preiserhöhungsspielräume kommen, insbesondere dann, wenn es sich um differenzierte Produkte handelt.[412] Eine Gefahr bestünde folglich dann, wenn am Zusammenschluss enge Wettbewerber (*closest competitors*) beteiligt sind, es aber nicht zu einer Marktführerschaft kommt. Diese Schutzlücke wird allerdings von vielen Autoren bestritten.[413] Im Kern wird davon ausgegangen, dass sowohl die koordinierten als auch die nicht-koordinierten Effekte durchaus vom Marktbeherrschungstest zu erfassen seien.[414] Die Einzelmarktbeherrschung sei im Zusammenhang mit der nach § 36 GWB ohnehin durchzuführenden Abwägung geeignet, auch unilaterale Effekte zu erfassen.

Damit verbleibt noch die zweite Frage zu erörtern, deren Beantwortung von hoher (praktischer) Bedeutung ist.[415] Geht man davon aus, dass bei Erfüllung der Voraussetzungen des Marktbeherrschungstests *stets* ipso iure auch eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs vorliegt, verliert das Merkmal der "Erheblichkeit" seine Bedeutung.[416] Nimmt man stets eine erhebliche wirksame Behinderung an, wenn eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wurde, konterkarriert man den Oberbegriffscharakter des SIEC-Tests. Die "Erheblichkeitsschwelle" ist somit auch als Merkmal innerhalb des Marktbeherrschungstest zu berücksichtigen, da sie als Korrektiv für die fehlende Spürbarkeitsschwelle[417] bei der Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung wirkt. Dafür streiten insbesondere der Wortlaut der Regelung, da sich aus

[410] Vgl. dazu das Hintergrundpapier für die Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht: Marktbeherrschungs- und SIEC Test, S. 4; Siehe auch *Bardong*, NZKart 2013, 303, 303; *Kühnen*, KsZW 2011, 3, 5.
[411] Vgl. dazu das Hintergrundpapier für die Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht: Marktbeherrschungs- und SIEC Test, S. 4.
[412] Vgl. dazu auch BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 37 mit dem Hinweis darauf, dass bei differenzierten Produkten der Marktanteil kein eindeutiger Indikator für Marktmacht ist.
[413] So *Barth/*Budde, BB 2011, 1859, 1864; *Bosch/Fritzsche*, NJW 2013, 2225, 2226; *Bechtold*, NZKart 2013, 263, 266; *Möschel*, ZHR 2008, 716, 719; *Kühnen*, KsZW 2011, 3, 5; Auch das BKartA zeigt sich im Hintergrundpapier durchaus kritisch hinsichtlich der Frage, ob es überhaupt „*gap-cases*" und damit Anwendungsfälle gibt; siehe Hintergrundpapier für die Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht: Marktbeherrschungs- und SIEC Test (24.09.2009), S. 5.
[414] Vgl. für viele *Bechtold*, NZKart 2013, 263, 266.
[415] Warum das so ist, lässt sich anhand der Interessenlage verdeutlichen. Das BKartA möchte gerne beide Konzepte fallspezifisch zur Anwendung bringen. Demnach wird es vermutlich grundsätzlich auf den Marktbeherrschungstest zurückgreifen und nur in den „*gap-Fällen*" (unilaterale Effekte im engen Oligopol) auf den SIEC-Test rekurrieren, indem unterhalb der Marktbeherrschung (z.B. weil die Schwellen nicht erfüllt sind) geprüft wird. Zugleich soll aber eine „Infizierung" des Marktbeherrschungstests mit dem Merkmal der Erheblichkeit vermieden werden.
[416] So auch *Bechtold*, NZKart 2013, 263, 266; a.A. *Bardong*, NZKart 2013, 303, 303; *Lettl*, WRP 2012, 274, 279.
[417] Vgl. dazu den Leitfaden des BKartA zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle vom 29.03.2012, Rn. 10 wonach eine konkrete Gefährdungslage für die Eingriffsbefugnis genügt.

der bloßen Einordnung als Regelbeispiel eben noch keine zwingenden Erkenntnisse für die Lozierung des Verhältnisses beider Konzepte zueinander ergeben. Das bloße Interesse, eine "Infizierung" des Marktbeherrschungskonzeptes mit dem Merkmal der Erheblichkeit zu verhindern, erweist sich nicht als sachgerechtes Kriterium.

Im Zusammenhang mit der Anwendung des SIEC-Tests durch das BKartA stellt sich auch die Frage, ob es im Lichte der intendierten Angleichung an das europäische Recht[418] und dem im Wesentlichen mit Art. 2 Abs. 2 bzw. Abs. 3 FKVO übereinstimmenden Wortlaut der Norm, nicht der Vorlage an den Gerichtshof nach Art. 267 AEUV bedarf. Relevant könnte die Frage z.B. dann werden, wenn es um die Rezeption des (strengeren) Beweismaßes des Unionsrechts bei crossmedialen Effekten geht. Die seit der Rs. *Tetra Laval*[419] im Unionsrecht geltenden Beweisanforderungen gehen insofern über diejenigen in Deutschland hinaus, als es darauf ankommt, ob "eindeutige Beweise" vorliegen, während es die deutsche Rechtsprechung als ausreichend erachtet, wenn "einige Wahrscheinlichkeit" für das Vorliegen crossmedialer Effekte spricht.[420] Ob eine Vorlage möglich bzw. erforderlich ist, wird unterschiedlich beurteilt.[421] M.E. sprechen die besseren Argumente gegen eine Vorlagefähigkeit und damit auch die Vorlagpflicht. Es ist dem Gesetzgeber zwar um eine grundsätliche Angleichung an die FKVO gegangen. Wohl aber sollten die "deutschen Besonderheiten" wie die Abwägungsklausel oder die Ministererlaubnis sowie Rechtsprechung zum Marktbeherrschungstest erhalten bleiben. Es handelt sich somit um autonomes Recht. Es war gerade keine "Vollharmonisierung" gewollt.

4. Abwägungsklausel

Beibehalten wurde im Zuge der 8. GWB Novelle die Abwägungsklausel. Gemäß § 36 Abs. 1 S. 2 GWB ist es möglich, die Verschlechterung der Marktstruktur durch den Nachweis von Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auszugleichen.[422] Allerdings können dabei nur solche Umstände berücksichtigt werden, die sich auf die Marktstruktur auswirken.[423] Etwaige politische Zielsetzungen, gesamtwirtschaftliche

[418] Vgl. dazu BT-Drs. 17/9852, S. 1.
[419] Vgl. EuGH, Urt. v 15.02.2005, C-12/03, Slg. 2005 I-987 – *Tetra Laval*, Rn. 41.
[420] So BGH, Beschl. vom 08.06.2010, KVR 4/09=WuW/DE-R 3067 – *Axel Springer/ProSiebenSat.1*, Rn 44 und 47; OLG Düsseldorf, Beschl. vom 08.08.2012, VI Kart 4/11 – *RTL/ProSiebenSat.1 (Amazonas)*, II.B.3. So auch *Esser*, NZKart 2013, 135, 142.
[421] Dafür eintretend *Bechtold*, NZKart 2013, 263, 265 der sich auf die Entscheidung EuGH, Urt. vom 14.03.2013, C-32/11 – *Allianz* beruft. Im zugrundeliegenden Fall ging es (allerdings) um die Auslegung einer Norm im ungarischen Recht, die einen nahezu identischen Wortlaut wie Art. 101 AEUV hatte, vgl. Rn dort Rn. 15; dagegen *Bardong*, NZKart 2013, 303, 304.
[422] Vgl. dazu *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 36 GWB, Rn. 331 ff.
[423] BGH, Beschl. vom 26.05.1987=WuW/E BGH 2425, 2428 – *Niederrheinische Anzeigenblätter*; siehe auch *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 244 m.w.N.

Vorteile oder sonstige Allgemeininteressen sind nur im Rahmen der Ministererlaubnis i.S.d. § 42 GWB berücksichtigungsfähig.[424] Die positiven Auswirkungen müssen sich allerdings auf einem Drittmarkt ergeben, da sie andernfalls bereits im Rahmen der Prüfung der Begründung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung zu berücksichtigen wären.[425] Das schließt auch die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen mit ein.[426] Zwar ist es denkbar, über die Abwägungsklausel auch Aspekte des Vielfaltsschutzes in die Prüfung einfließen zu lassen, da diese jedenfalls mittel-bar auch Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur haben können. Allerdings sind der Berücksichtigung hier enge Grenzen gesetzt.[427] Allerdings könnte sich vor dem Hintergrund der neuen wirkungsorientierten Analyse der Zusammenschlüsse, in denen fortan mehr ökonomische Aspekte in die Betrachtung einfließen, eine Neubewertung ergeben. Der neue Maßstab könnte für das BKartA einen Anlass bieten vermehrt auch Aspekte des Meinungsvielfaltsschutzes mit in die Prüfung einzubeziehen, zumal ein solcher Maßstab dem BKartA wie gezeigt wurde, nicht sonderlich fremd ist. Verengt man das Verständnis der Vielfalt nicht auf ein paternalistisches Schutzverständnis, sondern deutet diese vielmehr als eine Art "publizistische Effizienzeinrede", bieten sich im Rahmen der Abwägungsklausel durchaus Spielräume für eine Verankerung. Zwar hält sich das BKartA im Lichte der mit einer solchen Prüfungsausweitung verbundenen (kompetenziellen) Schwierigkeiten zurück; es wäre aber zu wünschen, dass Sie den ihr im HRG-Bericht enthaltenen Auftrag mit den de lege lata vorhandenen Mitteln entschlossener umsetzen.

5. Bagatellmarktklausel

Eine neue (alte)[428] Bedeutung hat mit der 8. GWB Novelle die Bagatellmarktklausel erhalten, die zuvor Teil der formellen Fusionskontrolle war. Gemäß § 36 Abs. 1 Ziff. 2 GWB kommt eine Untersagung eines Zusammenschlusses dann nicht in Betracht, wenn die Untersagungsvoraussetzungen auf einem *Markt* vorliegen, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als 15 Mio. € umgesetzt worden sind. Zweck der Bagatellmarktklausel ist es wirtschaftlich unbedeutende Märkte von der Fusionskontrolle bzw. nunmehr von der Untersagung, auszunehmen.[429] Die Klausel war zuvor mit

[424] Vgl. BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 187.
[425] Vgl. BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 191. So auch Monopolkommission Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Rn. 35.
[426] Vgl. BKartA Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 17. *Kühnen*, KsZW 2011, 3, 5 sieht in der Abwägungsklausel eine dem Effizienzeinwand vergleichbare Klausel.
[427] So auch *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 244 mit dem Hinweis darauf, dass die bloße redaktionelle Unabhängigkeit kein abwägungsrelevanter Umstand wäre.
[428] Die Bagatellmarktklausel war bis zur 6 GWB Novelle bereits Teil der materiellen Fusionskontrolle. Vgl. dazu *Bechtold*, NZKart 2013, 263, 266; *Gronemeyer/Slobodenjuk*, WRP 2012, 290, 293.
[429] So OLG Düsseldorf, Beschl. vom 22.12.2006, V Kart 10/06 (V) – *Du Pont/Pedex*, Rn. 49.

identischem Wortlaut in § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB enthalten. Diese Verankerung brachte jedoch eine Reihe von Anwendungsproblemen[430] mit sich, die nunmehr bereits im Zuge der nach § 39 GWB erforderlichen Anmeldung selbst und nicht erst im späteren Verfahren zu klären waren. Hinzu kam, dass die Zuständigkeit des BKartA zur Prüfung des Zusammenschlusses immer erst dann eröffnet ist, wenn die formellen Voraussetzungen vorliegen.[431] Das BKartA erlangte somit keine Kenntnis von den Zusammenschlussvorhaben, da auch der nachträgliche Vollzug mangels Vorliegen der formellen Voraussetzungen nicht gemäß § 39 Abs. 6 GWB beim BKartA anzumelden war.[432]

Welche Blüten diese Zuordnung austrieb lässt sich an der Rs. *Lenzig/Kelheim* zeigen. Dort hatte sich das OLG Düsseldorf mit der Zulässigkeit einer vorbeugenden negativen Feststellungklage auf Feststellung des Nichtbestehens der Anmeldepflicht zu befassen.[433] Das OLG Düsseldorf entschied, dass das Nichtbestehen der Anmeldepflicht nicht zum Gegenstand einer vorbeugenden Feststellungsklage gemacht werden könne.[434] Der Zusammenschluss sei gemäß § 39 GWB beim BKartA anzumelden. Diese zwar nachvollziehbare, aber im Ergebnis recht unbefriedigende Rechtsprechung führte dazu, dass ein Zusammenschlussvorhaben stets dann anzumelden war, wenn nicht großer Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass das Vorhaben nur einen Bagatellmarkt betrifft. Durch die Verschiebung in § 36 Abs. 1 Ziff. 2 GWB ist nunmehr sichergestellt, dass die Anmeldepflicht jedenfalls nicht mehr von der Erfüllung der Bagatellmarktklausel abhängt.[435] Damit wurde auch ein Gleichklang mit den ICN Recommended Practices for merger notification procedures hergestellt.[436]Abseits dieser Verschiebung ist daneben vor allem die Anwendbarkeit der Medienrechenklausel auf die Bagatellmarktklausel von Bedeutung. Es geht m.a.W. um die Frage, ob

[430] Die Anwendungsprobleme resultierten v.a. aus dem Marktbezug innerhalb der Bagatellmarktklausel. Die Anmelder mussten demnach bereits für die formelle Beurteilung den relevanten Markt bestimmen und unter Beachtung der vom BKartA in einer Vielzahl von Fällen kasuistisch entwickelten „Bündeltheorie" prüfen, ob dessen Voraussetzungen vorlagen; u.U. ergab sich durch die Bündelung, dass trotz erster Einschätzung im Ergebnis kein Bagatellmarkt vorlag. Umstritten war auch, welche Umsätze einzubeziehen waren; letztere Frage wurde erst final durch den BGH, Beschl. vom 25.09.2007, KVR 19/07. Vgl. dazu für viele *Podszun*, GRURInt 2008, 204 ff. Vgl. für eine Übersicht der Anwendungsprobleme für viele *Richter*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rn. 51-58.
[431] Vgl. dazu *Richter*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rn. 59.
[432] Vgl. dazu *Richter*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rn. 53.
[433] Vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschl. vom 01.02.2012, VI Kart 6/11 (V) – *Lenzig/Kelheim*.
[434] Vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschl. vom 01.02.2012, VI Kart 6/11 (V) – *Lenzig/Kelheim*. Das nochmals angemeldete Zusammenschlussvorhaben wurde schlussendlich vom BKartA untersagt, vgl. BKartA vom 22.11.2012, B3 64/12. Siehe dazu *Bosch*, NJW 2013, 1857, 1859.
[435] Siehe dazu auch *Grave/Klauß*, GRUR-Prax 2012, 524, 525 die darauf hinweisen, dass die Unternehmen von den Unsicherheiten im Zuge der Anmeldepflicht befreit werden, die Möglichkeit eines damals noch möglichen schnellen Vollzugs im Vertrauen auf die richtige Bewertung der Bagatellmarktklausel aber nunmehr ausscheidet. Die bisherigen Schwierigkeiten bei der Anmeldung verkennend BDI, Stellungnahme zum Regierungsentwurf vom 06.06.2012, S 12 indem dort davon ausgegangen wird, dass es durch die Verschiebung zu einer Erhöhung des Aufwandes für die Unternehmen kommt.
[436] So *Bardong*, NZKart 2013, 303, 307.

bei Presse- und Rundunkzusammenschlüssen, in denen der Anwendungsbereich des § 38 Abs. 3 GWB eröffnet ist, der Faktor auch auf die 15 Mio. € Schwelle des § 36 Abs. 1 Ziff. 2 bzw § 35 Abs. 2 Nr. 2 a.F. Anwendung findet. Während die Medienrechenklausel bis zur 8. GWB Novelle auf die Bagatellmarktklausel mit dem Faktor 20 Anwendung fand[437] und sich dadurch eine untere Schwelle von 750.000 € ergab, war im Referentenentwurf zunächst keine Anpassung des veränderten Faktors von acht vorgesehen. Das führte dazu, dass auf die Bagatellmarktklausel weiterhin der Faktor 20 anzuwenden gewesen wäre.[438] Diese Regelung wurde in der Stellungnahme vom BDZV und VDL als Lösung, die auf "halber Strecke" verharrt, kritisiert.[439] Dem trat das BKartA in seiner Stellungnahme entgegen. Wenn auch auf die Bagatellmarktklausel der Faktor acht angewendet werden würde, würden über 20% der regionale und lokalen Zusammenschlüsse aus der Fusionskontrolle herausfallen, da diese als Bagatellmärkte einzustufen wären.[440] Auf Anraten des Wirtschaftsausschusses des Bundestages wurde nach der Anhörung allerdings wie bereits bei der Anschlussklausel eine Erstreckung der modifizierten Medienrechenklausel vorgeschlagen,[441] die sodann von Bundestag und Bundesrat beschlossen wurde.[442] Somit ergibt sich nunmehr eine eine Bagatellmarktgrenze von 1,875 Mio. €.[443]

6. Sanierungsfusion

a) Möglichkeit der Sanierungsfusion

Das BKartA verortet die Sanierungsfusion im Rahmen der fehlenden Kausalität der Entstehung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung für die Marktstruktur. Demnach ist die Verstärkung bzw. Begründung nicht kausal für die Marktstruktur, wenn die Voraussetzungen der Sanierungsfusion[444] vorliegen.[445] In diesem Fall[446] könne man davon ausgehen, dass die Verschlechterung der Marktverhältnisse auch ohne den Zusammenschluss einträte.[447]

---

[437] Vgl. *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 189.
[438] Vgl. *Gronemeyer/Slobodenjuk*, WRP 2012, 290, 293.
[439] Vgl. Stellungnahme BZDV und VDL zur Anhörung am 27.06.2012, S. 2.
[440] Vgl. Stellungnahme BKartA zum Regierungsentwurf der 8. GWB Novelle vom 22.06.2012. Das BKartA sah in der Änderung eine Gefahr für die lokale bzw. regionale Vielfalt.
[441] Vgl. BT-Drs. 17/11053, S 7. Die Beschlussempfehlungen des Wirtschaftsausschusses stammen vom 17.10.2012. Siehe dazu *Kahlenberg/Neuhaus*, BB 2013, 131, 133.
[442] Diese Änderung begrüßend *Bechtold*, NZKart 2013, 263, 267.
[443] Vgl. *Bechtold*, NZKart 2013, 263, 267;
[444] Krit zum Begriff der *defense* im deutschen Kartellrecht, da es um einen Fall fehlender Kausalität und nicht um einen Rechtfertigungsgrund ginge *Körber*, WuW 2009, 873, 877.
[445] Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle vom 29.03.2012, Rn. 184. Die Voraussetzungen der Sanierungsfusion werden daneben z.T. auch dann (analog) herangezogen, wenn es um die bloße Prüfung der Kausalität geht, so z.B. BKartA vom 29.11.2007, B6 158/07- *Rheinland Pfalz/Lotto Rheinland Pfalz*.
[446] Vgl. *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 36 GWB, Rn. 120, der den Charakter der Sanierungsfusion als eines besonderen Falles fehlender Kausalität hervorhebt.

In seiner bisherigen Praxis hat sich das BKartA v.a. in fünf Fällen mit der Sanierungsfusion im Mediensektor beschäftigt.[448] Ein Zusammenschluss ist demnach ebenso wie bei der Kommission[449] nicht zu untersagen, wenn die folgenden drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen, deren Nachweis den beteiligten Unternehmen obliegt.[450]

Demnach ist (1) erforderlich, dass das Unternehmen ohne den Zusammenschluss (ohnehin) aus dem Markt ausscheiden würde, da es sanierungsbedürftig und insoweit nicht alleine überlebensfähig ist, es (2) keine wettbewerblich weniger schädliche Alternative als den Zu-sammenschluss gibt und (3) die Marktposition des erworbenen Unternehmens auch ohne den Zusammenschluss im Wesentlichen dem erwerbenden Unternehmen zufallen würde.[451] Während der Nachweis der ersten Voraussetzung häufig gelingt, so erweist sich insbesondere der Nachweis der zweiten und dritten Voraussetzung als (hohe) Hürde.[452] Von der Sanierungsbedürftigkeit wird regelmäßig dann ausgegangen, wenn hinsichtlich des zu erwerbenden Unternehmen bereits das Insolvenzverfahren eingeleitet worden ist,[453] somit ein Antrag i.S.d. § 13 InsO wegen Vorliegen eines Insolvenzeröffnungsgrundes i.S.d. § 16 InsO gestellt worden ist oder ein Verfahren überprüfbar unmittelbar bevorsteht.[454] Der Nachweis des Unternehmens ist durch aussagekräftige Unterlagen zu führen, die bloße Behauptung genügt insoweit nicht.[455] Dafür bieten sich eine Reihe von Unterlagen, so z.B. die Bilanz, GuV, ein Rating oder der Nachweis zentraler Kennzahlen wie EBIT, ROI oder EK-Rentabilität an.[456] Bei der Beurteilung spielt v.a. eine Rolle, ob eine Refinanzierung möglich ist.

---

[447] KG, Beschl. vom 01.03.1989, WUW/E OLG 4379, 4386- *Schleswig Holsteinischer Anzeigenverlag*; OLG Düsseldorf, Beschl. vom 11.04.2007, WuW/E DE-R 1958, 1972- *Rhön Grabfeld.*

[448] BKartA vom 27.02.2013, B6 9/13- *FAZ/Frankfurter Rundschau*; BKartA vom 23.07.2009, B6 67/09- *Rhein Neckar Zeitung/Eberbacher Zeitung*; BKartA vom 11.04.2006, B6 142/05- *RTL/ntv;* BKartA vom 10.12.2002, B6 98/02- *Tagesspiegel/Berliner Zeitung*; BKartA vom 12.11.1998, B6 81/98- *M. du Mont Schauberg/Kölnische Rundschau.*

[449] Vgl. dazu Kommission, COMP/M.2314, ABl. 2002 L 132/45- *BASF/Pantochim/Eurodiol*.

[450] BGH, Beschl. vom 23.10.1979, WuW/E BGH 1655, 1660 – *Zementmahlanlage II*; BKartA vom 27.02.2013, B6 9/13- *FAZ/Frankfurter Rundschau*; BKartA vom 05.09.2012, B3 43/12- *Klinikum Worms gGmbH/HDV gemeinnützige GmbH*; BKartA vom 21.05.2010, B9 13/10- *Magna Car Top Systems GmbH/Ottmar Herrmann (Karmann GmbH i.L.*); BKartA vom 23.07.2009, B6 67/09- *Rhein Neckar Zeitung/Eberbacher Zeitung*; BKartA vom 06.06.2007, B3 6/07- *LBK Hamburg/Mariahilf*; BKartA vom 11.04.2006, B6 142/05- *RTL/ntv*; BKartA vom 21.10.2003, B7 100/03- *Imation/EMTEC*; BKartA vom 10.12.2002, B6 98/02- *Tagesspiegel/Berliner Zeitung*.

[451] So BGH, Beschl. vom 23.10.1979, WuW/E BGH 1655, 1660 – *Zementmahlanlage II* ; angewendet in ständiger Praxis des BKartA, für viele insoweit zuletzt BKartA vom 27.02.2013, B6 9/13- *FAZ/Frankfurter Rundschau*.

[452] So verhielt es sich z.B. in BKartA vom 21.05.2010, B9 13/10- *Magna Car Top Systems GmbH/Ottmar Herrmann (Karmann GmbH i.L.*).

[453] Vgl. dazu BKartA vom 23.07.2009, B6 67/09- *Rhein Neckar Zeitung/Eberbacher Zeitung*.

[454] Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle vom 29.03.2012, Rn 184.

[455] Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle vom 29.03.2012, Rn 184.

[456] Häufig werden diese Kennzahlen bereits aus dem Geschäftsbericht des Unternehmens hervorgehen.

Ferner ist erforderlich, dass es keine wettbewerblich weniger schädliche Alternative zu dem intendierten Zusamenschluss gibt. Das setzt voraus, dass im konkreten Fall *kein* Unternehmen als *alternativer Erwerber* in Betracht kommt.[457] Da die beteiligten Unternehmen in der Nachweispflicht sind, ist es am Verkäufer nachzuweisen, dass dieser sich ausreichend um eine anderweitige Veräußerung bemüht hat.[458] Der Nachweis kann z.B. durch die Duchführung von Sondierungsgesprächen mit potentiellen Bietern geführt werden.[459] Ist bereits das Insolvenzverfahren eröffnet worden, sind die Bemühungen durch den Insolvenzverwalter anzustellen.[460] Ist offensichtlich ein anderer Erwerber, wie z.B. im Fall *Tagesspiegel/Berliner Zeitung*[461] mit der Heinrich Bauer KG vorhanden, scheidet eine Sanierungsfusion zwingend aus, wenn nicht andere Gründe entgegenstehen. Welche Gründe das im Einzelnen sind, lässt sich nur durch eine Analyse der Einzelfälle beurteilen. Das BKartA behält sich in der Praxis allerdings auch bei Vorhandensein eines alternativen Erwerbers vor zu entscheiden, ob dieser ein "geeigneter Erwerber" ist. Demzufolge kommt ein Erwerber nicht als solcher in Betracht, wenn er kein tragfähiges Konzept für die Weiterführung und Finan-zierung des zu übernehmenden Unternehmens hat.[462] Ebenso hat ein Erwerber aus rechtlichen Gründen als tauglicher Erwerber auszuscheiden, wenn z.B. durch dessen Berücksichtigung ein ohnehin bereits bestehendes Duopol weiter verstärkt bzw. abgesichert werden würde.[463] Daraus ist zu folgern, dass das BKartA in das zweite Merkmal der Sanierungsfusion eine zweite Marktstrukturprüfung hineinliest, die sich zusätzlich zur Betrachtung der Begründung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung im jeweiligen Zusammenschlussvorhaben auf die Auswirkungen des möglichen Alternativerwerbs durch einen dritten Erwerber bezieht.

Das Prüfungsspektrum des "geeigneten Erwerbers" hat das BKartA im Fall *FAZ/ Frankfurter Rundschau* nochmals um einen weiteren Aspekt erweitert.[464] Im zugrundeliegenden Fall hatte sich das BKartA mit dem Erwerb des Verlagsgeschäfts der Frankfurter Rundschau durch die FAZ GmbH und Frankfurter Societät GmbH von der Druck- und Verlagshaus Frankfurt am Main GmbH zu befassen.[465] Der Veräußerer hatte im

[457] Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle vom 29.03.2012, Rn. 184. Diese Voraussetzung wurde in Anlehnung an die im US-amerikanischen Recht bekannte „alternative purchaser rule" entwickelt, vgl. *Klumpp*, WuW 2013, 344, 351.
[458] BKartA vom 10.03.2005, B10 123/04- *Rhön/Rhön-Grabfeld*, Rn. 240 ff.
[459] BKartA vom 11.04.2006, B6 142/05- *RTL/ntv*, S. 40.
[460] So bei BKartA vom 23.07.2009, B6 67/09- *Rhein Neckar Zeitung/Eberbacher Zeitung*.
[461] BKartA vom 10.12.2002, B6 98/02- *Tagesspiegel/Berliner Zeitung*, S. 38.
[462] BKartA vom 21.10.2003, B7 100/03- *Imation/EMTEC*, Rn. 56 ff.
[463] BKartA vom 11.04.2006, B6 142/05- *RTL/ntv*, S. 40.
[464] BKartA vom 27.02.2013, B6 9/13- *FAZ/Frankfurter Rundschau*.
[465] An der Druck- und Verlagshaus Frankfurt am Main GmbH waren das Kölner Verlagshaus M. Du Mont Schaumberg (50%), die SPD eigene Verlagsbeteiligungsgesellschaft DDVG (40%) und die Karl-

November 2012 einen Insolvenzantrag gestellt. Nachdem der Gläubigerausschuss nach Anmeldung des Vorhabens im Januar 2013 einer Verlängerung des Geschäftsbetriebs bis Ende Februar 2013 zugestimmt hatte, meldete sich Ende Januar ein türkischer Medienunternehmer, um die Frankfurter Rundschau zu erwerben.[466] Legt man die zweite Voraussetzung des Vorhandensein eines Alternativerwerbers wörtlich aus, würde eine Sanierungsfusion damit grundsätzlich ausscheiden. Somit bedurfte es einer Hilfsüberlegung, um das Kriterium des "fehlenden Alternativerwerbers" dennoch annehmen zu können. Dazu stellte das BKartA eine auf zwei Erwägungen gestütze Alternativbetrachtung an. Die erste hing unmittelbar mit dem Angebot des türkischen Medienunternehmers zusammen und war v.a. dem engen Zeitplan geschuldet. Aufgrund des zunächst zu niedrigen Angebots und der zum 1. März 2013 drohenden Betriebseinstellung war zu erwarten, dass eine Einigung aus tatsächlichen Gründen nicht mehr rechtzeitig herbeigeführt werden konnte. Zum anderen stellte das BKartA darauf ab, dass aufgrund der aus dem Angebot zu ermittelnden Intention v.a. die Druckerei und das Grundstück zu übernehmen, eine "Zerschlagung drohen" würde. Daher sei das Angebot aus rechtlichen Gründen nicht zu beachten gewesen.[467]

Zuletzt ist entscheidend, dass die Marktposition des erworbenen Unternehmes auch ohne den Zusammenschluss *im Wesentlichen* dem erwerbenden Unternehmen zufallen würde. Diese Voraussetzung liegt stets vor, wenn es sich beim Erwerber um den einzigen Wettbewerber auf dem relev.a.nten Markt handelt.[468] Gibt es hingegen mehrere Wettbewerber ist im Regelfall zu erwarten, dass die Marktanteile des ausscheidenden Unternehmens sich auf die verbliebenen Markteilnehmer verteilen.[469] Ungeklärt ist bisher, wie hoch die Anforderungen an den Nachweis der dritten Voraussetzung sind. Im Verfahren *Rhein Neckar Zeitung/ Eberbacher Zeitung* wurde unter Bezugnahme auf die differenzierende Position der Monpolkommission[470] aus-

---

Gerold Stiftung (10%) beteiligt, vgl. FAZ vom 13.11.2012, „Frankfurter Rundschau" meldet Insolvenz an.

[466] Der türkische Medienunternehmer Burat Akbay hatte neben dem Verlagsgeschäft insbesondere Interesse am Erwerb der Druckerei und des Grundstücks, die allerdings nicht Gegenstand des vorliegenden Erwerbs waren, vgl. Fallbericht vom 08.04.2013 zu BKartA vom 27.02.2013, B6 9/13- *FAZ/Frankfurter Rundschau*, S 1. Burat Akbay ist Inhaber des Druckereihauses Estetik Yayincilik, vgl. FAZ vom 19.02.2013, Türkischer Verleger legt Angebot vor.

[467] vgl. Fallbericht vom 08.04.2013 zu BKartA vom 27.02.2013, B6 9/13- *FAZ/Frankfurter Rundschau*, S 3.

[468] BKartA vom 21.10.2003, B7 100/03- *Imation/EMTEC*, Rn. 62 ff.

[469] BKartA vom 10.03.2005, B10 123/04- *Rhön/Rhön-Grabfeld*, Rn. 244 ff; vgl. auch BKartA vom 06.06.2007, b3 6/07- *LBK Hamburg/Mariahilf*, Rn. 262 ff.

[470] Vgl. Sondergutachten Nr. 42 der Monopolkommission, Die Pressefusionskontrolle in der 7. GWB Novelle, Rn. 140 ff.

drücklich offengelassen, wie hoch diese anzusetzen sind, insbesondere ob es einer Differenzierung anhand der Marktstruktur bedarf.[471]

b) Pressespezifische Sanierungsfusionsklausel

Neu ist seit der 8. GWB Novelle die in § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB vorgesehene pressespezifische Sanierungsfusionsklausel. [472] Demzufolge soll eine Untersagung dann nicht in Betracht kommen, wenn (1) die marktbeherrschende Stellung eines Zeitungs- oder Zeitschriftenverlags verstärkt wird, der (2) einen kleinen oder mittleren Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag übernimmt, wenn (3) nachgewiesen wird, dass der übernommene Verlag in den letzten drei Jahren einen erheblichen Jahresfehlbetrag i.S.d. § 275 Abs. 2 Nr. 20 HGB hatte und (4) ohne den Zusammenschluss in seiner Existenz gefährdet wäre sowie (5) nachgewiesen wird, dass vor dem Zusammenschluss kein anderer Erwerber gefunden wurde, der eine wettbewerbskonforme Lösung sichergestellt hätte. Ziel der Regelung ist es, kleineren und mittleren Verlagen die Möglichkeit einer Fusion mit stärkeren Marktpartnern zu ermöglichen, bevor diese sich genötigt sehen, einen Insolvenzeröffnungsantrag stellen müssen.[473] Wenngleich keine ausdrückliche Bezugnahme erfolgt, so ist aber davon auszugehen, dass für diesen Vorschlag die o.g. dargestellte Übernahme der *Frankfurter Rundschau*, die Einstellung der *Financial Times Deutschland*[474] und die der Nachrichtenagentur *dapd*[475] neben den Marktentwicklungen Pate gestanden haben.

Zum Verhältnis zur allgemeinen Sanierungsfusion stellt die Begründung klar, dass die sektorspezifische Regelung die Beurteilung von Sanierungsfusionen “in anderen Wirtschaftsbereichen” unberührt lässt.[476] Trotz vermeintlicher klarer Sektororientierung hinterlässt die Regelung jedoch eine Reihe von Fragen. Zum einen ist unklar, wann die allgemeine Regelung und wann die des § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB zum Zug kommt. § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB bezieht sich dem Wortlaut zufolge auf Zeitungs- und Zeitschriften*verlage*. Vergleicht man die Norm mit der des § 38 Abs. 3 GWB fällt auf, dass erstere insofern einen eingeschränkten Anwendungsbereich hat, als sie die Herstellung und den Vertrieb nicht erfasst. Das wirft die Frage auf, die von der Begründung allerdings nicht beantwortet wird, ob und unter welchen Voraussetzungen bei einem integrierten Medienunternehmen die Berufung auf die sektorspezifische Sonderregelung möglich ist, wenn das Medienunternehmen (wie häufig üblich) auf mehreren

[471] Die Monopolkommission hat im Sondergutachten erwogen, ob es angezeigt sei, die Nachweisanforderungen im Duopol abzusenken, da eher vom einem Marktanteilszuwachs auszugehen sei.
[472] So BT-Drs. 17/11053, S. 19.
[473] BT-Drs. 17/11053, S. 19
[474] Vgl. dazu FAZ vom 23.11.2012, Wir haben zwölf Jahre lang für Kraft und Kapital investiert.
[475] Vgl. Zeit-Online vom 11.04.2013, Nachrichtenagentur dapd wird eingestellt.
[476] BT-Drs. 17/11053, S. 19.

Stufen der Wertschöpfungskette tätig ist und insoweit nicht nur einer Verlagstätgkeit i.e.S ausübt. Diesbezüglich wird man, da die Begründung an anderer Stelle deutlich macht, dass die Anforderungen an das Vorliegen eines Sanierungsfalles nicht zu hoch anzusetzen sind davon ausgehen können, dass im Sinne einer einheitlichen Auslegung des GWB auch die anderen Vertriebsstufen erfasst sein müssen.

Hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen sind ebenfalls noch einige Fragen als offen zu betrachten. Eine ist, ob es sich bei der Aussparung des "Entstehens" einer marktbeherrschenden Stellung in der ersten o.g .Voraussetzung des § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB um ein Redaktionsversehen handelt, oder eine Differenzierung vielmehr gewollt war. M.E. ist davon auszugehen, dass die Enstehung der marktbeherrschenden a maiore ad minus als gravierendere Form der Behinderung wirksamen Wettbewerbs jedenfalls erfasst sein muss. Weiterhin lässt die Begründung offen, wann ein sog. kleinerer oder mittlerer Zeitschriften- bzw. Zeitungsverlag vorliegt. Das GWB verwendet den Begriff zwar an einigen Stellen im GWB, z.B. in § 3 GWB (kleine und mittlere Unternehmen) oder § 20 Abs. 2 bzw. Abs. 4 GWB (kleine und mittlere Wettbewerber), eine Legaldefinition findet sich aber nicht. *Klumpp* empfiehlt insoweit eine Anlehnung an die Definition der Kommission zu Kleinstunternehmen bzw kleinen und mittleren Unternehmen.[477] Demzufolge sollen die Unternehmen erfasst sein, die weniger als 250 Mitarbeiter haben und einen Jahresumsatz von weniger als 50 Mio. € haben bzw. deren Bilanzsumme sich auf weniger als 43 Mio € beläuft. Ein besonderes Augenmerk sollte auf die letzte Voraussetzung gelegt werden, die ebenso wie die allgemeine Regelung an die *alternative purchase rule* anknüpft. Aller-dings findet sich dort die Aussage, dass es keinen anderen Wettbewerber geben darf, der eine "wettbewerbskonforme Lösung" sicherstellt. Nach *Klumpp* soll es im Rahmen dieser Betrachtung nur auf wettbewerbliche Aspekte ankommen.[478] Diese Betrachtung deckt sich mit der Einstellung von außerwettbewerblichen Belangen in die Abwägungsklausel.

7. Ministererlaubnis

Gemäß § 42 GWB besteht (ausnahmsweise)[479] die Möglichkeit, einen vom BKartA untersagten Zusammenschluss auf Antrag vom Bundeswirtschaftsminister als Gemeinwohlüberlegungen[480] bzw. aus *außer*wettbewerblichen Gründen[481] zu erlauben.[482] Die

[477] ABl. EG Nr. L 124/36 vom 20.05.2003.
[478] *Klumpp*, WuW 2013, 344, 351 bzw. 352.
[479] Den Ausnahmecharakter betonend *Möschel*, BB 2002, 2077, 2077; *Zagouras*, WRP 2007, 1429, 1430.
[480] So *Schulte*, in: Schulte/Just, Kommentar zum Kartellrecht, § 42 GWB, Rn. 1.
[481] Darauf hinweisend *Bechtold*, Kommentar zum GWB, § 42 GWB, Rn. 1; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 199.

Erlaubnius ist[483] zu erteilen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall von *gesamtwirtschaftlichen Vorteilen* aufgewogen wird (§ 42 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GWB) oder der Zusammenschluss durch ein *überragendes Interesse der Allgemeinheit* gerechtfertigt ist (§ 42 Abs. 1 S. 1 2. Alt GWB).[484] Der Gesetzgeber hat die Regelung mit der 2. GWB Novelle eingeführt, da seinerzeit davon ausgegangen wurde, dass die in § 36 GWB vorgesehene Abwägungsklausel nicht immer ausreichen wird, um in sämtlichen Zusammenschlussfällen eine Konformität mit dem außerwettbewerblichen Allgemeininteresse herstellen zu können.[485]

D. Medienkonzentrationskontrolle im privaten Rundfunk

I. Überblick über die Regelungssystematik

Dreh- und Angelpunkt des Vielfaltsschutzes im privaten Rundfunk, sind die im dritten Unterabschnitt des dritten Abschnitts des RStV in den §§ 25 ff. RStV normierten Vorschriften. Mit ihnen wird die vom BVerfG geforderte "positive Ordnung" geschaffen, die sicherstellt, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in größtmöglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet.[486] Dabei gelten für den Privatrundfunk abgesenkte Schutzanforderungen.[487] Demnach ist (lediglich) ein "Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt" zu gewährleisten.[488] In Umsetzung dieser Verpflichtung sieht § 25 Abs. 1 S. 1 RStV vor, dass im privaten Rundfunk die Vielfalt der Meinungen *im Wesentlichen* zum Ausdruck zu bringen ist. Das Vielfaltsgebot bezieht sich auf den gesamten privaten Rundfunk und nicht auf ein bestimmes Programm (marktstrukturelle Inbezugnahme).[489] Diese außenplurale Vorgabe wird in § 25 Abs. 2 RStV allerdings durch die binnenplurale Anforderung ergänzt, dass ein einzelnes Programm die Bil-

---

[482] Die LINKE hatte im Zuge der 7. GWB Novelle gefordert, die Regelung in ihrem Anwendungsbereich „umzudrehen" und dem Bundeswirtschaftsminister die Befugnis zu geben,

[483] Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen vor, die aufgrund ihres Charakters als unbestimmte Rechtsbegriffe freilich einen breiten Beurteilungsspielraum mit sich bringen, dann besteht kein Ermessensspielraum bei der Erteilung, vgl *Riesenkampff/Lehr*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 42 GWB, Rn. 4.

[484] Eine eindeutige Abgrenzung der beiden Tatbestandsalternativen ist nur schwer möglich. Die überwiegende Ansicht geht davon aus, dass die 1. Alt. tendenziell ein Unterfall der 2. Alt. ist, vgl *Bechtold*, Kommentar zum GWB, § 42 GWB, Rn. 7. So auch Sondergutachten der Monopolkommission Nr. 36, Rn. 113- *Georg von Holtzbrinck/Berliner Verlag*.

[485] Begr. zum RegE, BT-Drs. VI/2520, S. 31.

[486] Vgl. BVerfGE 73, 118, 152 – *Niedersachsen*.

[487] Vgl. *Hain*, AfP 2012, 313, 317 der darauf hinweist, dass die Absenkung der Vielfaltsschutz-anforderungen zwar möglich, aber keineswegs zwingend ist. Die Vielfaltsanforderungen werden bei der Presse nochmals abgesenkt, bei der sich der Staat grundsätzlich eher in einer „Beobachterrolle"befindet. So *Cole*, AfP 2009, 541, 543.

[488] Siehe dazu v.a. BVerfGE 73, 118, 159 – *Niedersachsen*; siehe auch BVerfGE 83, 238, 328 – *WDR*, allerdings betont das BVerfG, dass es in einer dualen Rundfunkordnung zwar von Verfassungs wegen erlaubt, allerdings nicht erforderlich ist, abgesenkte Anforderungen für den privaten Rundfunk vorzusehen. So auch *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 253; *Paschke/Tacke*, in: Paschke/ Berlit/ Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar für das gesamte Medienrecht, 7. Abschnitt, Rn. 113.

[489] Vgl. *Paschke/Tacke*, in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar für das gesamte Medienrecht, 7. Abschnitt, Rn 117. So auch *Rossen-Stadtfeld*, in: Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, § 25 RStV, Rn. 49.

dung der öffentlichen Meinung nicht in hohem Maße ungleichgewichtig beeinflussen darf. Da § 25 RStV jedoch nicht als Eingriffsnorm, sondern als "programmatische Regelungskonzeption" ausgestaltet ist,[490] führt erst die Sicherung im Rahmen des § 26 RStV zu einer Kontrolle des Vielfaltsgebots. In § 26 Abs. 1 RStV ist vorgesehen, dass ein Unternehmen in der BRD selbst oder durch ihm zurechenbare Programme,[491] grundsätzlich eine unbeschränkte Anzahl von Programmen veranstalten darf, solange und soweit er dadurch keine vorherrschende Meinungsmacht erlangt. Ob dies der Fall ist, wird seit dem 3. RÄStV anhand des Zuschauermarktanteilsmodells ermittelt.

Die Regelungen in den §§ 25 ff. RStV beziehen sich gemäß § 39 RStV auf das bundesweit veranstaltete private Fernsehen. Daneben bestehen in den LMG der Bundesländer weitere Regelungen, die sich mit dem priv.a.ten Hörfunk und dem regionalen bzw lokalen Fernsehen beschäftigen.492 Die Länder sind allerdings gemäß 39 Abs. 1 S 3 RStV nicht befugt, im Anwendungsbereich der §§ 25 ff. RStV abweihende Regelungen zu erlassen.

1. Nichterfassung von Telemedien

Gemäß § 1 Abs. 1 2. Hs RStV findet der dritte Abschnitt des RStV auf Telemedien keine Anwendung. Unter Medien werden nach § 2 Abs. 1 S 3 RStV alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste erfasst, soweit sie nicht TK-Dienste i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG oder ein TK-gestützter Dienst i.S.d § 3 Nr. 25 TKG sind. Von besonderer Bedeutung für die vorliegende Untersuchung ist, dass Suchmaschinen wie z.B. *Google* als elektronischer Informationsdienst als Telemedien einzuordnen sind.[493] Das hat zur Folge, dass Suchmaschinen de lege lata nicht in die spezielle publizistische Kontrolle des § 26 RStV einbezogen werden können.[494] Sie unterfallen auch nicht der Plattformregulierung i.S.d. §§ 52 ff. RStV.[495]

---

[490] Vgl. *Paschke/Tacke*, in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar für das gesamte Medienrecht, 7. Abschnitt, Rn. 118.

[491] Die Zurechnung richtet sich nach § 28 RStV. Zuzurechnen sind dem Unternehmen die selbst veranstalteten Programme, diejenigen, an denen das Unternehmen eine mindestens 25%-ige Beteiligung hält. Auch mittelbare Beteiligungen werden gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 RStV erfasst. Als Auffangklausel ist in § 28 Abs. 2 RStV noch vorgesehen, dass ein „vergleichbarer Einfluss" auch zu einer Zurechnung führt. Vgl. dazu ausführlich *Trute*, in: Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, § 28 RStV, Rn. 6 ff.

[492] Vgl. dazu *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 209. Die Zulässigkeit einer ergänzenden landesrechtlichen Regelung ergibt sich (klarstellend) aus § 1 Abs. 2 RStV. Grundsätzlich folgt bereits aus der allgemeinen lex specialis Regel, dass der RStV als intraföderaler Staatsvertrag über das Zustimmungsgesetz in den Bundesländern das dortige einfache Gesetzesrecht verdrängt, vgl. *Vesting*, in: Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, § 1 RStV, Rn. 37.

[493] So *Danckert/Mayer*, MMR 2010, 219, 220.; *Kühling/Gauß*, ZUM 2007, 886 ff; *Schütz*, MMR 2009, 228 ff.

[494] So auch *Paal*, AfP 2011, 521, 529; dem folgend *Hain*, AfP 2012, 313, 326.

[495] Vgl. *Paal*, AfP 2011, 521, 529; dem folgend *Hain*, AfP 2012, 313, 326. Für Telemedien finden aber die §§ 54 ff. RStV Anwendung.

2. Nichteinbeziehung von ausländischen bzw. fremdsprachigen Programmen

Gemäß § 39 RStV werden nur bundesweit empfangbare Programme in die Prüfung mit einbezogen. Hinzu kommt, dass nach § 27 Abs. 1 RStV nur *deutschsprachige* Programme in die Betrachtung einbezogen werden. Die Beschränkung wird damit begründet, dass der Einfluss fremdsprachiger Programme auf die Meinungsbildung als gering einzustufen sei.[496] Allerdings ist die KEK in ihrer Praxis unter Berufung auf den sich aus der Rechtsprechung des BVerfG ergebenden Vielfaltssicherungsauftrag dazu übergegangen auch fremdsprachige Programme mit in die Prüfung des § 26 RStV einzubeziehen.[497] Dabei lässt sie offen, ob sie bei der Einbeziehung eine verfassungskonforme Auslegung des § 27 RStV am Maßstab des verfassungsrechtlichen Gebots der Herstellung gleichgewichtiger Vielfalt bzw. des Verbots der Entstehung vorherrschender Meinungsmacht vornimmt oder einen anderen methodischen Weg wählt. Sie bezieht sowohl vollständig fremdsprachige Programme als auch gemischt deutsch- und fremdsprachige Programme auf diesem Weg ein.[498] Vor diesem Hintergrund hat die KEK bereits mehrfach eine Erfassung fremdsprachiger Programme, z.B. durch Streichung des Wortes "deutschsprachig" in § 27 RStV gefordert.[499] Dies sei angesichts von mittlerweile 24 fremdsprachigen Programmen zunehmend erforderlich, da diesen mittlerweile ein berücksichtigenswertes Gewicht bei der Meinungsbildung zukommt.[500] Allein sieben Programme senden ua in türkischer Sprache. Angesichts von mittlerweile rund 1,7 Mio. Türken in Deutschland kommt insbesondere türkischsprachigen Senden eine gewisses Gewicht am Meinungsmarkt zu.[501] Diese Ansicht überzeugt. Sieht man sich die in Deutschland lebende Bevölkerung an zeigt sich, dass laut der aktuellen Volkszählung 6,2 Mio. von knapp 80 Mio. Ausländer sind,[502] die zu großen Teilen auch fremdsprachige Medien konsumieren. Gerade beim türkischen Publikum zeigt sich ein Meinungsbeeinflussungspotential, welches bisher nicht in die Berechnung der Zuschaueranteile eingeht. Gerade türkisch-sprachige Serien sind besonders beliebt.[503]

---

[496] Vgl. *Trute*, in: Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht[3], § 27 RStV, Rn. 12 mit dem Hinweis darauf, dass dieser Ansicht ein sehr enges Verständnis des Prozesses der Meinungsbildung zugrunde liegt.

[497] Vgl. dazu KEK 717 vom 13.11.2012, *Telebazaar Marketing GmbH*; KEK 715 vom 11.09.2012 – *Farhad Television Live GmbH i.S. FTL* in dem es um ein in Deutschland empfangbares Programm in Farsi ging; so auch KEK 609 vom 09.03.2010 und 24.03.2010 – *Dügün TV*; KEK 485 vom 08.04.2008– *Fox Channel*; KEK 333 vom 13.03.2006 – *Iran Music*; KEK 318 vom 07.03.2006 – *DTTV Sender Betriebsgesellschaft mbH i.G. i.S. DTTV*; KEK 205 vom 08.06.2004 – *Plus Medien TV und Handels GmbH i.S. TGRT*. Das offensichtlich übersehend *Bretschneider*, Bewertung crossmedialer Fusionen im Medienkonzentrationsrecht der auf S. 205 an die mangelnde Erfassung de lege ferenda weitere Handlungsoptionen knüpft; so auch *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 270.

[498] So z.B. KEK 717 vom 13.11.2012, *Telebazaar Marketing GmbH* (deutsch-türkischsprachig).

[499] Vgl. zuletzt KEK, Vierter Medienkonzentrationsbericht: Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung, S. 396.

[500] Vgl. KEK, Vierter Medienkonzentrationsbericht: Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung, S. 396 mit einer Übersicht der fremdsprachigen Programme.

[501] Vgl. dazu für viele KEK 609 – *Dügün TV*, Rn. III 3.

[502] Vgl. dazu Der Spiegel vom 31.05.2013, Zensus 2011: Die Nation schrumpft.

[503] Vgl. FAZ vom 20.11.2012, Türkische Fernsehserien- eine kulturelle Revolution.

Fremdsprachigen Programmen kommt somit eine meinungsbildende Funktion zu, die bisher missachtet wird.

3. Verhältnis zum Kartellrecht

Vor dem Hintergrund, dass das Kartellrecht eine auf die Marktstruktur und damit auf den *ökonomischen Markt* bezogene Kontrolle enthält und sich § 26 RStV auf den *publizistischen Markt* bezieht, wird einhellig davon ausgegangen, dass beide Systeme nebeneinander (parallel) zur Anwendung gelangen.[504] Das gilt sowohl im Verhältnis zum nationalen Kartellrecht, als auch im Verhältnis zur FKVO; für letztere ergibt sich die parallele Anwendbarkeit insbesondere aus Art. 21 Abs. 4 FKVO.[505] Der parallelen Anwendbarkeit sind allerdings dort Grenzen gesetzt, wenn es um einen Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung geht, für den die Kommission gemäß Art. 21 Abs. 2 FKVO ausschließlich zuständig ist. In diesem Fall wird die Prüfungsbefugnis nur insoweit eröffnet, als die Kommission einen am Maßstab der FKVO geprüften Zusammenschluss freigegeben hat.[506] In inhaltlicher Hinsicht ist die Prüfung auf die Auswirkungen auf den publizistischen Wettbewerb beschränkt. Wegen der Anknüpfung an die Beeinträchtigung des publizistischen Wettbewerbs durch die Erlangung vorherrschender Meinungsmacht werden die Regelungen in den §§ 25 ff. RStV von der Literatur durchweg als “geeignete Maßnahmen” im Sinne des Art. 21 Abs. 4 FKVO gesehen.[507]

II. Organisatorische Rahmenbedingungen

1. KEK als zentrales Organ für Vielfaltsschutz

Gemäß § 35 Abs. 1 RStV sind grundsätzlich die vierzehn Landesmedienanstalten[508] für die in § 36 RStV genannten Aufgaben zuständig. Bei den Landesmedienanstalten handelt es sich um rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts.[509] Sie unterliegen jeweils einer beschränkten Rechtsaufsicht durch die jeweilige Landesregierung.[510] Trotz einiger Pläne konnten sich die Bundesländer bisher noch nicht auf die Gründung einer interföderalen Ländermedienanstalt bzw. “Bundesmedienanstalt”[511] einigen, da

[504] So *Dörr*, in: Dörr/Kreile/Cole (Hrsg.), Handbuch Medienrecht, S. 186; *Gounalkis/Zagouras*, NJW 2006, 1624; *Paschke/Tacke*, Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar für das gesamte Medienrecht, 7. Abschnitt, Rn. 161; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 210.
[505] So auch *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 211.
[506] Vgl. EG-Kommission, Erklärungen für das Ratsprotokoll vom 19.12.1989=WuW 1990, 240, 242; *Baron*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum europäischen Kartellrecht, Art. 21 FKVO, Rn. 12.
[507] Vgl. *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 21 FKVO, Rn. 25; *Rösler*, in: FK, Art. 21 FKVO, Rn. 20; *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 296.
[508] LFK, BLM, mabb, Bremische Landesmedienanstalt, MA HSH, LPR, MMV, NLM, LfM, LMK, LMS, SLM, MSA und TLM, vgl. www.die-medienanstalten.de.
[509] Vgl. für NRW § 87 LMG NRW; so auch *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 220.
[510] Vgl. dazu für NRW § 117 Abs. 1 LMG NRW, demzufolge der Ministerpräsident die Rechtsaufsicht über die LfM ausübt.
[511] Vgl. *Sporn*, K&R 2009, 237, 241.

sich insoweit keine politische Mehrheit fand.[512] Dennoch bestehen weit ausdifferenzierte Formen der länderübergreifenden Zusammenarbeit.

Diese sind unter der ALM vereint, die gemäß § 1 Abs. 6 ALM-Statut[513] nach außen unter der Bezeichnung "die medienanstalten" auftritt.[514] Bei der ALM handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Kooperationsverbund, die für die Rechtsgeschäfte und die Trägerschaft der Gemeinsamen Geschäftsstelle als GbR auftritt.[515] Sie ist im RStV nicht ausdrücklich vorgesehen und stellt v.a. ein Koordininationsforum dar. Die ALM verfügt über die in § 35 Abs. 2 RStV vorgesehenen Organe mit der GVK, DLM und GK über drei Gremien; die DLM nimmt insbesondere die Vertretung auf internationaler Ebene, z.B. im Rahmen der EPRA war.[516] § 35 Abs. 2 RStV sieht mit der GVK, ZAK, KJM und KEK vier (weitere) gemeinsame Organe vor. Diese verfügen gemäß § 35 Abs. 7 RStV über eine Gemeinsame Geschäftsstelle (GGS). Die Organe dienen der jeweiligen Landesmedienanstalt gemäß § 35 Abs. 2 S. 2 RStV in bestimmten Fällen "als Organ"; ihre Beschlüsse binden die Organe der Landesmedienanstalten (§ 35 Abs. 9 S. 5 RStV).

Sie werden daher auch als "Wanderorgane" bezeichnet.[517] Eines der "Wanderorgane" ist die KEK, der gemäß § 36 Abs. 4 RStV die Abschließende Beurteilung im Zusammenhang mit der Sicherung der Meinungsvielfalt obliegt.[518] Für die vorliegende Untersuchung ist die KEK daher als das zentrale Organ anzusehen. Die KEK setzt sich seit dem 10. RÄStV aus sechs Sachverständigen aus dem Bereich des Rundfunk- und Wirtschaftsrechts zusammen, von denen drei die Befähigung zum Richteramt haben müssen.[519] Hinzu kommen sechs nach Vertreter der Landesmedienanstalten.[520] Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben sind die Mitglieder gemäß § 35 Abs. 8 S. 1 RStV nicht an Weisungen gebunden. Beschlüsse werden mit der Mehrheit der gesetzlichen Mitglieder

[512] Ausführlich dazu *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 220. Schuler-Harms weist daraufhin, dass die Einrichtung einer Ländermedienanstalt allerdings verfassungsrechtlich zulässig, wenn auch nicht gefordert, ist, vgl. *Schuler-Harms*, in: Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, § 35 RStV, Rn. 33. So auch *Hain*, AfP 2012, 313, 315; die Gründung fordernd zuletzt *Holznagel/Ricke*, epd medien 19/2012, S. 6 ff.

[513] Vertrag über die Zusammenarbeit der Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten in der Bundesrepublik Deutschland (ALM) vom 17.06.2011.

[514] Für eine Übersicht über das organisatorische Gefüge vgl. Anlage 4.

[515] Vgl. dazu § 1 Abs. 3 ALM-Statut.

[516] Die EPRA ist eine von mehreren internationalen Plattformen der Zusammenarbeit für die nationalen Regulierungsbehörden.

[517] Vgl. *Gröpl*, ZUM 2009, 21, 21; *Neft*, ZUM 2009, 97, 98; *Stock*, JZ 1997, 583, 593.

[518] Zuvor war zwischen den Landesmedienanstalten durchaus ein Forum Shopping möglich, vgl. dazu *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 275.

[519] Kritisch dazu *Dörr*, ZWeR 2004, 159, 182.

[520] Die Vertreter der Landesmedienanstalten werden gemäß § 6 Abs. 1 ALM-Statut aus dem Kreis der Direktoren gewählt.

gefasst. Seit dem 1. September 2013 ist die KEK in die GGS organisatorisch eingebunden.

Aufgrund der aktuellen unionsrechtlichen Entwicklungen ist unter dem Aspekt der Vielfaltssicherung insbesondere die Entsendung der sechs Mitglieder der Landesmedienanstalten von Interesse. Diese wird von der Literatur mit Blick auf die fehlende sachliche und persönliche Unabhängigkeit im Lichte der "politiknahen Zusammensetzung" kritisch bewertet.[521] Neue Bewegung hinsichtlich der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsstellen kommt derzeit durch den Bericht der HRG für die Freiheit und Vielfalt der Medien und die darauf aufbauende aktuelle Konsultation der Kommission zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden auf;[522] letztere lief bis zum 14. Juni 2013. Die Konsultation baut u.a. auf die 6. Empfehlung im HRG-Bericht auf, derzufolge die Organe der nationalen Regulierungsbehörden Unabhängigkeit genießen sollten. Zudem sollen die Mitglieder in einem transparenten Verfahren mit angemessenen Kontrollen ernannt werden.[523] Hintergrund für diese Entwicklung ist u.a. die Mediengesetzgebung in Ungarn.[524] Bisher lässt sich Art. 30 AVMD-Richtlinie keine Verpflichtung zur Einrichtung einer unabhängigen Regulierungsbehörde entnehmen. Deshalb erwägt die Kommission in ihrem Konsultationsdokument neben nicht-legislativen Maßnahmen auch legislative Maßnahmen, durch die in Art. 30 AVMD-Richtlinie die Verpflichtung zur Unabhängigkeit geregelt werden soll.[525] In der Stellungnahme der DLM stellt diese fest, dass die weisungsunabhängig und deswegen bereits hinreichend unabhängig seien.[526]

Ob das zutreffend ist, hängt davon ob, wie man die Unabhängigkeit definiert. Versteht man sie formal, wird das Kriterium erfüllt sein. Legt man hingegen ein materielles Verständnis zugrunde, welches eine auch nur mittelbare politische Einflussnahme ausschließt, könnten Zweifel bestehen. Damit soll nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass den Vertreter der Landesmedienanstalten stets ein "Geschmäckle" anhaftet; es

[521] Vgl. dazu *Gounalkis/Zagouras*, Medienkonzentrationsrecht, S. 166; *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 276; *Reinlein/Wagner*, K&R 2008, 518, 518; *Ritlewski*, ZUM 2008, 403, 409; *Rösler*, JZ 2009, 438, 440; *Westphal*, ZUM 2008, 854, 854.

[522] Vgl. dazu Öffentliche Anhörung zur Unabhängigkeit der für audiovisuelle Mediendienste zuständigen Regulierungsstellen, http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/public-consultation-independence-audiovisual-regulatory-bodies (Letzter Abruf am 08.09.2013).

[523] Vgl. dazu den Bericht der HRG für Freiheit und Vielfalt der Medien, S. 26.

[524] Vgl. dazu die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10.03.2011 zum Mediengesetz in Ungarn, ABl. C Nr 199 E vom 07.07.2012, S. 154 und vom 05.07.2011 zur überarbeiteten Fassung des Mediengesetzes, ABl. EU C Nr. 33 E vom 05.02.2013, S. 17; Zuletzt wurde die im *Tavares-Bericht* enthaltene Entschließung beschlossen, vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments über die Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn vom 03.07.2013, 2012/2130/(INI). Siehe dazu auch Welt vom 03.07.2013, EU-Parlament will Ungarn unter Beobachtung stellen.

[525] Vgl. Öffentliche Anhörung zur Unabhängigkeit der für audiovisuelle Mediendienste zuständigen Regulierungsstellen, S. 8.

[526] Vgl. Stellungnahme der DLM zur Öffentliche Anhörung zur Unabhängigkeit der für audiovisuelle Mediendienste zuständigen Regulierungsstellen, S. 25.

geht einzig und allein um den mittelbaren politischen Einfluss. Der soll am Beispiel NRW kurz erklärt werden.[527] Die Vertreter der Landesmedienanstalten sind die Direktoren verschiedener Landesmedienanstalten. Der Direktor wird in NRW gemäß § 100 Abs. 1 LMG NRW von der Medienkommission gewählt. Diese setzt sich aus den in § 92 Abs. 2 bzw Abs. 3 LMG NRW genannten Mitgliedern zusammen. Dazu gehören ua fünf Mitglieder des Landtags und 21 z.B. von der Gewerkschaft, vom BITKOM und ZVNRW. Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass der Grad an Unabhängigkeit derzeit jedenfalls unionsrechtlichen Anforderungen genügt. Ob das auch bei einer möglichen legislativen Änderung des Art. 30 AVMD-Richtlinie der Fall sein wird, kann derzeit noch nicht abgesehen werden.

Weggefallen ist mit dem 10. RÄStV die KDLM, die zuvor eine Revisionsinstanz für die Entscheidungen der KEK dargestellt hat.[528] Die Beschlüsse der KEK sind gemäß § 35 Abs. 9 S. 5 RStV für die Landesmedienanstalten verbindlich. Eine Überprüfung der Beschlüsse durch die Landesmedienanstalten ist mangels Betroffenheit einer eigenen Rechtsposition nicht möglich.[529] Gegen die ablehnende Entscheidung der KEK besteht die Möglichkeit der Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 2. Alt. VwGO) einzulegen oder einen Antrag gemäß § 123 VwGO zu stellen.

2. Zusammenarbeit zwischen den LMA und dem BKartA

Um der parallelen Anwendbarkeit des Kartell- und Rundfunkrechts durch das BKartA und die KEK Rechnung zu tragen, ist in § 39a RStV bzw. § 50c GWB eine Zusammenarbeitsverpflichtung zwischen den Landesmedienanstalten und der KEK vorgesehen. Gemäß § 39a Abs. 1 S. 1 arbeiten die Landesmedienanstalten im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben ua mit dem BKartA zusammen.[530] Verpflichtungsadressat sind die Landesmedienanstalten, nicht die KEK; letztere kann eine Zusammenarbeit jedoch empfehlen.[531] Inhaltlich bezieht sich die Ermächtigung bzw Verpflichtung auf die Übermittlung aller Erkenntnisse, die für die Erfüllung der Aufgaben erforderlich sind. Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 50c Abs. 2 S. 2 GWB. An den Nachweis der Erforderlichkeit sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen.[532]

III. Materielle Vielfaltssicherung im Rahmen des § 26 RStV

[527] Das Beispiel dient nur der Verdeutlichung, wenngleich Dr. Brautmeier (Direktor LfM NRW) derzeit (nur) Ersatzmitglied ist.
[528] Ausführlich dazu *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 274.
[529] So auch *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 274 die einen Intraorganstreit erwägt.
[530] § 39a Abs. 2 RStV ergänzt die Regelung hinsichtlich der Zusammenarbeit mit den Landeskartellbehörden.
[531] Vgl. dazu *Schuler-Harms*, in: Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, § 35 RStV, Rn. 33.
[532] Vgl. *Schuler-Harms*, in: Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, § 39a RStV, Rn. 14.

Im Zentrum der außenpluralistischen Sicherung der Meinungsvielfalt steht die im Zuge einer Zulassung,[533] Zulassungsänderung oder Beteiligungsveränderung[534] „ausgelöste" Prüfung, ob es durch die vorstehend genannten Tatbestände, gemäß § 26 RStV zum Entstehen einer „vorherrschenden Meinungsmacht" kommt. Im Folgenden soll aufbauend auf dem Grundsatz der Veranstalterfreiheit (dazu 1.) zunächst der Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht erläutert (dazu 2.) und anschließend in seiner einfachgesetzlichen Konkretisierung durch die in § 26 Abs. 2 RStV enthaltenen drei Vermutungsregelungen (dazu 3.) dargestellt werden. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf die Einbeziehung anderer Märkte in die fernsehzentrierte Prüfung des § 26 RStV gelegt.

1. Grundsatz der Veranstalterfreiheit

Nach § 26 Abs. 1 RStV kann ein Unternehmer grundsätzlich eine beliebige *Anzahl* und jede *Art* von Programmen im bundesweiten privaten Rundfunk veranstalten, solange er dadurch keine vorherrschende Meinungsmacht erlangt (sog. Veranstalterfreiheit).[535] Es besteht somit ein Regel-Ausnahme Verhältnis.[536] Ob vorherrschende Meinungsmacht vorliegt, wird seit dem 3. RÄStV anhand des Zuschaueranteils ermittelt. Zuvor war im RStV ein Beteiligungsmodell vorgesehen, dass sich vor dem Hintergrund der Programmzahlbegrenzungen Allerdings als ungeeignet erwiesen hatte, da es vermehrt zur Bildung von Anbietergemeinschaften geführt hat.[537] Das Modell wird hinsichtlich der „medienrelevanten verwandten Märkte" partiell durch ein Mediennutzungsmodell ergänzt, indem nicht auf den Zuschauermarkt, sondern auf weitere Märkte abgestellt wird.[538]

2. Begriff der „vorherrschenden Meinungsmacht"

Dogmatischer Ansatzpunkt der Eingriffsnorm des § 26 RStV ist das Vorliegen „vorherrschender Meinungsmacht". Der Begriff der „vorherrschenden Meinungsmacht" wurde durch die Rechtsprechung des BVerfG geprägt und entwickelt. Er wurde erstmals im

[533] Der Zulassungsantrag ist an die (nach Landesrecht) jeweils zuständige Landesmedienanstalt zu richten. Für bundesweit verbreitete private Programme handelt intern die ZAK gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 1 RStV. Im Außenverhältnis tritt weiterhin die Landesmedienanstalt auf.

[534] Aus § 29 S. 3 RStV ergibt sich, dass die Beteiligungsveränderung hinsichtlich des Prüfungsmaßstabes an den der Zulassung gekoppelt wird.

[535] So *Trute*, in: Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, § 26 RStV, Rn. 24.

[536] Vgl. *Trute*, in: Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, § 26 RStV, Rn. 24; *Mestmäcker*, in: Immenga/ Mestmäcker, Vor § 35 GWB, Rn. 103. Die Regel ist die Veranstalterfreiheit, die Ausnahme die Einschränkung bei vorherrschender Meinungsmacht.

[537] Vgl. *Bretschneider*, Bewertung crossmedialer Verflechtungen im Medienkonzentrationsrecht, S. 69; ausführlich *Clausen-Muradian*, ZUM 1996, 934 ff; siehe auch *Peifer*, Vielfaltssicherung, S. 38; *Westphal*, Föderale Privatrundfunkaufsicht, S. 166. Seinerzeit war u.a. vorgesehen, dass ein Veranstalter von Hör-funk und Fernsehen lediglich zwei Programme verbreiten durfte. Eine gute Übersicht der wesentlichen Entwicklungen findet sich auch bei *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 253-257.

[538] Vgl. *Trute*, in: Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, § 26 RStV, Rn. 20; *Ossyra*, Konzentrationskontrolle, S. 25; So auch *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 258.

dritten Rundfunkurteil des BVerfG erwähnt.[539] Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der der weiteren Konkretisierung bedarf.[540] Das BVerfG hat den Begriff dahingehend konkretisiert, dass das Vorliegen vorherrschender Meinungsmacht einen „in einem hohen Maße *ungleichgewichtigen Einfluss* [Hervorhebung des Verfassers] auf die öffentliche Meinungsbildung durch die massenmediale Vermittlung von Tatsachen und Meinungen" erfordere.[541] Ein ungleichgewichtiger Einfluss könne dann entstehen, wenn von Beginn an nur wenige Rundfunkanbieter vorhanden seien, sich die Unternehmen zusammenschließen oder zwar formal eine Vielzahl von Anbietern bestehe, diese aber rechtlich oder wirtschaftlich von einem Unternehmen beherrscht würden.[542] Durch den letzten Teilaspekt betont das BVerfG v.a. die Bedeutung der Eigentümervielfalt.[543] Die bloße Trennung der Redaktionen ist demnach nicht ausreichend, da es auch einer rechtlichen bzw wirtschaftlichen Autonomie, wenn auch keiner Autarkie, bedarf. Dem BVerfG zufolge, kann sich eine vorherrschende Meinungsmacht auch aus einer Kombination der Einflüsse im Rundfunk und auf den medienrelevanten verwandten Märkten ergeben.[544] Trotz dieser Konkretisierung durch das BVerfG blieb der Begriff schwer fassbar, insbesondere war er keiner konkreten Prüfung zugänglich. Vor dem Hintergrund der Wesentlichkeitstheorie normierte der Gesetzgeber in § 26 Abs. 2 RStV daher drei Vermutungsregelungen, bei deren Vorliegen das Vorliegen vorherrschender Meinungsmacht vermutet wird.[545]

3. Vermutungen des Bestehens vorherrschender Meinungsmacht

§ 26 Abs. 2 RStV enthält drei Vermutungsregelungen. Gemäß § 26 Abs. 2 RStV wird das Vorliegen einer vorherrschenden Meinungsmacht dann vermutet, wenn

- die einem Unternehmen i.S.d. § 28 RStV zurechenbaren Programme einen Zuschauermarktanteil von 30% erreichen,
- durch die Zurechnung ein Zuschauermarktanteil von 25% erreicht wird *und* das Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung auf einem medienrelevanten Markt verfügt,

[539] BVerfGE 57, 295, 323 – *FRAG*, Dort heißt es: „Es müsse der Gefahr begegnet werden, dass Meinungsträger, die sich im Besitz von Sendefrequenzen und Finanzmitteln befinden, an der öffentlichen Meinungsbildung *vorherrschend mitwirken*". Siehe auch BVerfGE 73, 118, 160 – *Niedersachsen*; BVerfGE 95, 163, 172 – *DSF*; BVerfGE 97, 228, 257 – *Kurzberichterstattung*.
[540] BVerwGE 138, 186, 198; VG München, Urt. vom 08.11.2007, M 17 K 06.2675, Rn. 59.
[541] Vgl. BVerfGE 73, 118, 160 – *Niedersachsen*.
[542] So BVerfGE 73, 118, 172 – *Niedersachsen*.
[543] Die Eigentümervielfalt ist auch ein Element der kartellrechtlichen Prüfung der Beeinträchtigung der Medienvielfalt im Rahmen des § 13 KartG. Vgl. dazu Drittes Kapitel D.V.2.
[544] Vgl. BVerfGE 95, 163, 173 – *DSF* (Am Beispiel der Verflechtung zwischen Fernsehveranstaltern und Programmzeitschriften).
[545] So auch *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 233.

- ein Zuschauermarktanteil von 25% erreicht wird und eine Gesamtbeurteilung der Tätigkeiten auf dem Fernsehmarkt und den anderen medienrelevanten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Zuschaueranteils von 30% im Fernsehen entspricht.

Die Vermutungen werden in den Entscheidungen der KEK stets chronologisch geprüft.

a) Zuschauermarktanteil als neuralgischer Punkt

aa) Ermittlung des Zuschauermarktanteils

In die Ermittlung der Zuschaueranteile geht nach § 27 Abs. 1 S. 1 RStV der Anteil aller deutschsprachigen Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks *und* des bundesweit empfangbaren privaten Rundfunks ein. Es wird ein einheitlicher Programmbegriff zugrunde gelegt, der im Grundsatz nicht zwischen Angebotsformen wie Free-TV und Pay-TV trennt, alle Übertragungswege (Kabel, Satellit, analoger bzw digitaler terrestrischer Empfang) einbezieht und nicht zwischen den Programmarten wie Voll- oder Spartenprogrammen, Zielgruppen oder dem (statuarischen bzw tatsächlichen) Sitz[546] des Unternehmens trennt.[547] In ständiger Praxis legt die KEK der Ermittlung der Anteile nach der Übergangsvorschrift des § 34 RStV die Daten der AGF/GfK zugrunde, die von den Anmeldern in der Anmeldung auch angegeben werden müssen. Die GfK führt seit 1985 für die AGF die Messung der TV-Quoten durch.[548] Mittlerweile ist es seit dem August 2012 auch möglich diejenigen Zuschauer zu erfassen, die über IPTV Rundfunksignale empfangen.[549] Angesichts der Tatsache, dass nach aktuellen Erhebungen rund 4% der Nutzer über IPTV empfangen, ist der Datenbestand dadurch an einer wichtigen Stelle weiter verdichtet worden.

Dieser Datenbestand offenbart bei genauerem Hinsehen allerdings einige Lücken. So ist es aktuell nicht möglich, den linearen und nicht-linearen Abruf von Programminhalten im Internet über Web-TV zu berücksichtigen.[550] Auch die Berücksichtigung von Pay-TV Programmen erweist sich als schwierig. Zuletzt konnte beispielsweise im Zulassungsverfahren *Sat1Gold* nicht die Anteile der von der Seven Senses GmbH veranstalteten Programme ProSieben Fun, Sat1 emotions und kabel eins Classics erfasst

[546] Vgl. dazu auch die Zurechnungsregel des § 28 Abs. 3 RStV, demzufolge bei der Zurechnung der Programme ein Sitz außerhalb des Geltungsbereiches des RStV für die Zurechnung unerheblich ist.
[547] Vgl. dazu ausführlich Vgl. *Trute*, in: Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, § 27 RStV, Rn. 5-10.
[548] Vgl. ausführlich zur Entwicklung des AGF-Fernsehforschungssystems *Hofsümmer/Engel*, MP 2013, 258, 258.
[549] Vgl. *Hofsümmer/Engel*, MP 2013, 258, 263 ff.
[550] Vgl. KEK 724 – *ProSiebenSat.1 TV Deutschland GmbH i.S. Sat.1 Gold*, III.3.1 (S. 12).

werden, da diese als Pay-TV Programme nicht von der AGF/GfK ausgewiesen wurden.[551]

bb) Aktuelle Zuschauermarktanteile in der Praxis der KEK

Um ein rechtstatsächliches Gefühl für das Erreichen der Zuschauermarktanteile zu erhalten, soll im Folgenden anhand der aktuellen Praxis der KEK kurz dargestellt werden, wie sich die aktuellen Zuschauermarktanteile anhand der von der KEK zugrunde gelegten AGF/GfK Zahlen zuletzt verteilt haben. Bezogen auf das Jahr 2012 entfielen der größte Anteil zuletzt auf das *ZDF* und die ARD-Dritte-Sender mit jeweils 12,6%, gefolgt von der *ARD* und *RTL* mit jeweils 12,3%. Danach folgen Sat1 mit 9,4%, ProSieben mit 5,9%, VOX mit 5,8% und RTL II mit 4,0%. Die Anteile im Pay-TV sind bisher verhältnismäßig gering. Derzeit kommt *Sky* mit allen Sendern auf 1,2%;[552] damit liegt *Sky* noch hinter dem *KiKA* mit 1,4%.[553] Um daraus den für die konzentrationsrechtliche Prüfung maßgeblichen Anteil zu ermitteln, werden den Unternehmen wie beschrieben die Programme gemäß § 28 RStV zugerechnet. Der ProSiebenSat.1-Gruppe werden derzeit die Programme Sat.1, ProSieben, kabele ins, sixx, kabel eins Classics, Sat.1 Comedy, Sat.1 Emotions und ProSieben Fun zugerechnet. Durch die Zurechnung entfielen zuletzt **20,6%** auf die ProSiebenSat.1 Gruppe.[554] Wegen der Zurechnung von RTL Television, VOX, RTL II, Super RTL, n-tv, RTL NITRO, RTL Crime, RTL Living, Passion und auto motor und sport Channel kommt die RTL Group S.A/ Bertelsmann SE & Co KGaA nach letzten Zahlen aus dem Verfahren zur Verlängerung der Zulassung für das Fernsehvollprogramm RTL II derzeit auf einen Zuschauermarktanteil von **25,5%**.[555] Von den 25 % entfallen derzeit z.B. 12,0% auf RTL, 5,8% auf VOX und 4,1% auf RTL II. Es lässt sich somit rechtstatsächlich festhalten, dass die RTL Group S.A/ Bertelsmann SE & Co KGaA sich stets in der Nähe der 25%-Grenze bewegt und sich daher insbesondere dort die Frage stellt, inwiefern die Marktstellungen auf den „anderen medienrelevanten Märkten" in die Prüfung des Entstehens vorherrschender Meinungsmacht einfließen.

---

[551] Vgl. KEK 724 – *ProSiebenSat.1 TV Deutschland GmbH i.S. Sat.1 Gold*, III.3.1 (S. 11).

[552] Vgl. dazu auch die KEK 735 – *Sky Deutschland Fernsehen GmbH & Co KG* in der für den Zeitraum vom Januar bis Dezember ein Marktanteil von 1,3% ermittelt wurde (1,1% entfielen auf die Sky-Sender und 0,2% auf die auf der Plattform veranstalteten Drittprogramme wie z.B. beate-uhse.tv oder Spiegel Geschichte.

[553] Vgl. dazu www.agf.de/daten/zuschauermarkt/marktanteile (letzter Abruf am: 08.09.2013).

[554] Vgl. KEK 724 – *ProSiebenSat.1 TV Deutschland GmbH i.S. Sat.1 Gold*, III.3.1 (S. 11).

[555] Vgl. dazu So auch KEK 737 – *RTL Television GmbH u.a.*, III 3.1 (S. 6); so auch KEK 732 – *RTL 2 Fernsehen GmbH & Co KG i.S. RTL II*, III 3.1 (S. 12). Im Verfahren KEK 711 – *RTL Television GmbH i.S. RTL Television*, III 3.1 (S. 10) entfielen hingegen noch 26,3% auf die RTL Group. Nach internen Angaben der RTL Group entfielen 2010 im Jahresschnitt 26,1%, 2011 26,5% und 2012 25,3% auf die RTL Group.

Vor dem Hintergrund, dass der Zuschauermarktanteil nach § 27 Abs. 1 S. 2 RStV in Abhängigkeit vom Zeitpunkt der Anmeldung[556] stets individuell zu bestimmen ist, verbietet sich eine schematische Heranziehung der Zahlen des letzten Jahres. Allerdings sind die Zahlen im Grundsatz geeignet die Frage zu beantworten, in welchen Fällen die Grenzwerte von 30% bzw 25% auch rechtstatsächlich Bedeutung erlangen und die KEK die Zulassung oder Beteiligungsveränderung möglicherweise einer vertieften Prüfung unterzieht.

b) Vermutung bei 30%-Zuschauermarktanteil

Gemäß § 26 Abs. 2 S. 1 RStV wird das Bestehen vorherrschender Meinungsmacht vermutet, wenn die einem Veranstalter nach § 28 RStV zurechenbaren Programme den nach § 27 RStV zu ermittelnden Zuschaueranteil von 30% im Durchschnitt eines Jahres erreichen. Die 30%-Grenze wurde seinerzeit eingeführt, um 1997 (zum Zeitpunkt der Einführung des Zuschauermarktanteilsmodells) den seinerzeit großen Sendergruppen Kirch und CLT-UFA/Bertelsmann ausreichend wirtschaftliche Freiheiten einzuräumen.[557] Die Regelung hat bis heute kaum einen praktischen Anwendungsbereich erlangt, da der Zuschaueranteil der großen Sendergruppen regelmäßig unterhalb von 30% verblieb.

c) Vermutungsregelungen bei 25% Marktanteil

Von großer praktischer Bedeutung sind hingegen die in § 26 Abs. 2 S. 2 RStV vorgesehenen Vermutungsregelungen. Gemeinsamer Ausgangspunkt beider Vermutungen ist die Anknüpfung an einen Zuschauermarktanteil im Fernsehen von 25%. Zudem kommt es bei beiden auf den Begriff des medienrelevanten verwandten Marktes an (vgl. dazu (aa)). Während § 26 Abs. 2 S. 2 1. Alt. RStV allerdings darüber hinaus auf eine marktbeherrschende Stellung voraussetzt (vgl. dazu (bb)), ist nach § 26 Abs. 2 S. 2 2. Alt. keine marktbeherrschende Stellung erforderlich. Dort muss sich aus einer "Gesamtbeurteilung" der Aktivitäten auf dem Fernseh- und den medienrelevanten verwandten Märkten insgesamt ein Meinungseinfluss von 30% im Fernsehen ergeben (vgl. dazu (cc)).

aa) Begriff der medienrelevanten verwandten Marktes

Der amtlichen Begründung zufolge, werden als medienrelevante verwandte Märkte die Märkte Werbung, Hörfunk, Presse, Rechte und Produktion und andere medien-

[556] Am Beispiel des Beschlusses der KEK bzgl. ProSiebenSat1 TV Deutschland GmbH i.S. Sat.1 Gold (KEK-724) soll die Methodik kurz verdeutlicht werden. Aufgrund des von der ProSiebenSat1 TV Deutschland GmbH im August 2012 gestellten Zulassungsantrags iSd § 20 RStV (i.V.m. § 7 Abs. 2 Thüringer Landesmediengesetz) wird demnach auf die Zuschaueranteile im Zeitraum vom August 2011 bis Juli 2012 abgestellt.

[557] Vgl. *Dörr*, in: Dörr/Kreile/Cole, Handbuch Medienrecht, S. 195; *Mailänder*, AfP 2007, 297, 299. Ausführlich dazu auch *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 235.

relevante verwandte Märkte erfasst.[558] Hinzu komme v.a. Online-Aktivitäten, mit denen sich die KEK in ihren Entscheidungen der letzten Jahre stets sehr intensiv beschäftigt hat.[559] Zur Ermittlung, welche Märkte genau abzugrenzen sind und ob welche unter die offene Formulierung "andere medienrelevante Märkte" fallen, empfiehlt es sich im ersten Schritt zunächst den (medien-)relevanten Markt (dazu (aaa)) und im Anschluss die konkrete Verwandschaftsbeziehung (dazu (bbb)) zu bestimmen.

aaa) Marktabgrenzung

Die überwiegende Ansicht geht davon aus, dass die Marktabgrenzung wegen des anderen Schutzzwecks des RStV, welcher v.a. den Schutz der Meinungsvielfalt und nicht der ökonomischen Vielfalt zum Gegenstand hat, sich zwar an der kartellrechtlichen Abgrenzung orientieren kann, dazu aber keinesfalls verpflichtet ist.[560] Die Märkte können demnach im Einzelfall enger oder weiter abzugrenzen sein.[561] Entscheidend ist stets die publizistische Relevanz.[562] Durch das Merkmal der publizistischen Relevanz wird klar, dass es auf den Verbreitungsweg entgegen der kartellrechtlichen Marktabgrenzung hier nicht ankommen kann, da unabhängig vom jeweiligen Übertragungs- bzw. Distributionswe jeweils eine "publizistische Einheit" übermittelt wird, m.a.W. ändert sich die publiszistische Relevanz einer Tageszeitung nicht dadurch, *wie* sie an den Rezipienten geliefert wird.

Die KEK geht von einem *einheitlichen Markt für Tagespresse* ab, innerhalb dessen sie nicht nach Vertriebswegen und auch nicht zwischen Tages- und Sonntagszeitungen differenziert.[563] Daneben grenzt die KEK einen *Markt für Programmzeitschriften* ab.[564] Dieser ist im Lichte des Fernsehbezugs vom *Markt für Publikumszeitschriften* zu unterscheiden.[565] Hinsichtlich der vorgelagerten Märkte für Programmrechte trennt die KEK

[558] Vgl. Amtliche Begründung zum 3 RÄStV, LT-Drs NW 12/1336, S. 20; die amtliche Begründung ist abgedruckt bei *Harstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, RStV (Band I), § 26 RStV, S. 2 ff; so auch *Bretschneider*, Bewertung crossmedialer Verflechtungen im Medienkonzentrationsrecht, S. 73; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 237. So auch KEK, Vierter Medienkonzentrationsbericht: Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung, S. 149.

[559] Vgl. dazu Zweites Kapitel D.III.3.c.cc.bbb.

[560] *Bretschneider*, Bewertung crossmedialer Fusionen im Medienkonzentrationsrecht, S. 72; *Pfeifer*, Vielfaltssicherung, S. 59; *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 26 RStV, Rn. 18.

[561] Vgl. *Holznagel*, MMR 2005, 666 ff.

[562] So auch *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 237.

[563] So KEK 309 vom 08.05.2006, *n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH & Co KG*, III, 3.2.3.3 lit b (S. 50); vgl. auch KEK, Vierter Medienkonzentrationsbericht: Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung, S. 194. Kritisch dazu *Dewenter*, Crossmediale Fusionen und Meinungsvielfalt, in: Fechner (Hrsg.), Crossmediale Fusionen und Meinungsvielfalt, S. 47, 78 mit Verweis auf die fehlende Substituierbarkeit.

[564] Vgl. KEK 293-1 bis 5 vom 10.01.2006, III 3.2.2. S. 92 - *ProSieben Television GmbH u.a.*.

[565] KEK, Vierter Medienkonzentrationsbericht: Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung, S. 196. Kritisch zur der Unterscheidung *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 238.

in ihrer Praxis zwischen den Märkten für Rechte an fiktionalen Programmen,[566] Kinderprogrammrechten[567], Sportrechten[568] sowie Rechten am Nachrichtenmaterial.[569] Hinzu kommt der Bereich TV-Produktion.[570] Ausführlich hat sich die KEK im letzten Medienkonzentrationsbericht auch mit den vorgelagerten Märkten in Form zugangsrelevanter Dienste für digitales Fernsehen und Pay-TV beschäftigt. Ohne eine finale Abgrenzung vorzunehmen, hat die KEK eine Reihe von neuen technischen Dienstleistungen identifiziert, die in die Prüfung einzubeziehen sind. Im Bereich des Digital-TV sind das Multiplexing und Digital-Analog-Wandlung (Konvertierung) zu nennen. Für den Bereich Pay-TV kommen Dienste wie Verschlüsselung, Zugangskontrolle (Conditional Access) und Abonenntenverwaltung hinzu. Daneben grenzt sie einen Fernsehwerbemarkt ab.[571]In räumlicher Hinsicht ist der Markt bundesweit abzugrenzen. Da es sich bei der Kontrolle i.S.d. § 26 RStV um eine auf den bundesweiten privaten Rundfunkmarkt bezogene Prüfung handelt und der Gesetzgeber davon ausgeht, dass es gerade hier eine länderübergreifenden Kontrolle durch gemeinsame Einrichtungen wie die KEK bedarf, ist eine kleinere als eine bundesweite Marktabgrenzung abzulehnen.[572]

bbb) Verwandschaftsbeziehung und Medienrelevanz

In Verbindung mit der Marktabgrenzung ist stets die Frage zu beantworten, ob die Märkte Medienrelevanz haben und eine Verwandschaftsbeziehung zueinander aufweisen. Die Merkmale sind das zentrale Bindeglied zwischen fernsehzentrierten Prüfung und den weiteren Märkten, die sich dadurch "regulatorisch assimilieren". Die Medienrelevanz liegt vor, wenn der Markt für den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung von Bedeutung oder potenziell geeignet ist, die Meinungsmacht im Fernsehen zu ver-

[566] Vgl. KEK 309 vom 08.05.2006, *n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH & Co KG* II, 2.3.5 (S. 31), siehe auch KEK, Vierter Medienkonzentrationsbericht: Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung, S. 241 m.w.N. Unter fiktionalen Programmen werden sowohl Kinofilme als auch Fernsehproduktionen erfasst. Zur nicht-fiktionalen Unterhaltung zählen Quiz,- Talk- und Spielshows.

[567] KEK, Vierter Medienkonzentrationsbericht: Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung, S. 257 m.w.N.

[568] Vgl. KEK 309 vom 08.05.2006, *n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH & Co KG* II, 2.3.5 (S. 32; der Marktanteil von SPORTFIVE mit wurde mit 0-5% angegeben). So auch KEK 063 vom 22.12.1999, 3.3.3.4 – *ProSieben Media AG*; KEK 003/36 vom 23.03.1999, II 3.2 (S. 15 ff) – *DSF*.

[569] Vgl. KEK, Vierter Medienkonzentrationsbericht: Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung, S. 294 m.w.N.

[570] Vgl. KEK 309 vom 08.05.2006, *n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH & Co KG* II, 2.3.5 (S. 28). In dem Verfahren wurde der RTL Group die Beteiligung an Freemantle Media zugerechnet, wodurch sich ein Marktanteil von 10-15% auf dem Markt für TV-Produktion ergab.

[571] Vgl. KEK, Vierter Medienkonzentrationsbericht: Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung, S. 357.

[572] So *Hain*, Nationale Medienmarktabgrenzung und deren Grenzen, in: Dörr/Müller-Graff (Hrsg), S. 115, 117 ff. *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien[2], § 26 RStV, Rn 18; *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 263; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 240.

stärken.[573] Ausreichend ist eine potenzielle oder tatsächliche Eignung für die öffentliche Meinungsbildung. Wegen des strukturellen Ansatzes wird hier nicht auf die individuelle Meinungsbildung abgestellt. Die klassischen Massenmedien wie z.B. der Hörfunk und die Presse weisen unzweifelhaft Medienrelevenz auf. Dies gilt auch für die vorgelagerten Märkte, insbesondere Nachrichtenagenturen. Als schwierig erweist sich jedoch die Bestimmung bei eher technischen Leistungen, bei denen die Bedeutung für die Meinungsbildung sich eher mittelbar einstellt, wie z.B. bei Suchmaschinen oder Zugangsdiensten.[574] Geht man von einer Medienrelevanz von Programmzeitschriften aus, sind konsequenterweise auch Elektronische Programmführer zu erfassen.[575] Diesen kommt eine wichtige Navigations- und Steuerungsfunktion zu. Teilweise enthalten diese über die bloße Übersicht, welche Programme wann zu empfangen sind hinaus eine Reihe eigens aufbereiteter Informationen zum Programm.

Angesichts des grundsätzlichen Vorrangs der Vermutungen des § 26 Abs. 2 RStV vor § 26 Abs. 1 RStV ist auch der Grad der Verwandschaft zwischen den Märkten von großer Bedeutung.[576] Die Verwandschaftsbeziehung der Märkte wird anhand der Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft des Marktes im Vergleich zum Fernsehen beurteilt. Das führt dazu, dass die KEK für jeden sachlich relev.a.nten Markt, welcher Medienrelev.a.nz aufweist, einen Ver-gleich anhand der “Leistungsmerkmale” der Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft durchführt. Die KEK geht in ihrer Praxis davon aus, dass die Leistungmerkmale “in erster Linie”[577] bei der Tagespresse erfüllt sind. Ein Großteil der zuvor abgegrenzten Märkte wurde von der KEK allerdings als nicht mit dem Fernsehen vergleichbar eingestuft. Im Verfahren *n-TV* hat die KEK eine Verwandschaft für die vorgelagerten Märkte der TV-Produktion, des Rechtehandels, der Nachrichtenagenturdienste und der Musikvideo-Clips für Musik-Labels mit dem des Fernsehens abgelehnt.[578] Bei diesen würde es sich hauptsächlich um Vorprodukte für das Fernsehen handeln, die vom Fernsehveranstalter selektiert, kombiniert und verpackt werden. Die Märkte tragen somit zur Gestaltung des Fernsehens bei und erweisen sich als insoweit als nicht verwandt.

---

[573] Vgl. KEK, Vierter Medienkonzentrationsbericht: Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung, S. 149. So für viele KEK 309 vom 08.05.2006, *n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH & Co KG*, III, 3.2.1.

[574] Kritisch *Mailänder*, AfP 2007, 297, 301; *Kreile/Stumpf*, MMR 1998, 192, 194; Pfeifer, Vielfaltssicherung, S. 57;

[575] Vgl. für eine Darstellung der unterschiedlichen Arten der elektronischen Programmführer KEK, Vierter Medienkonzentrationsbericht: Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung, S. 318.

[576] Damals noch a.A. *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 245 unter Verweis auf die Funktionslosigkeit des § 26 Abs. 2 S. 2 2. Alt RStV.

[577] So KEK 309 vom 08.05.2006, *n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH & Co KG*, III, 3.2.3.3 lit b (S. 50).

[578] So KEK 309 vom 08.05.2006, *n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH & Co KG*, III, 3.2.3.3 lit h (S. 52).

bb) Marktbeherrschende Stellung

Zweite Voraussetzung für die in § 26 Abs. 2 S. 2 1. Alt RStV enthaltene Vermutungsregelung ist das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, wird unter Rückgriff auf die Kriterien des § 18 GWB, insbesondere anhand der Marktbeherrschungsvermutungen ermittelt.[579] Da bereits auf Ebene der Marktabgrenzung die rundfunkrechtlichen Besonderheiten einfließen, wird in den Beschlüssen der KEK zumeist ausdrücklich auf diese verwiesen. Demtsprechend nahm die KEK im Verfahren *RTL Television* eine marktbeherrschende Stellung der RTL Group und ProSiebenSat.1 Group auf dem *Fernsehwerbemarkt* an, da sowohl die Einzelmarktbeherrschungsvermutung[580] als auch die kollektive Marktbeherr-schungsvermutung erfüllt waren.[581] Zuvor war die KEK in ihrer Spruchpraxis stets davon ausgegangen, dass der Markt für Fernsehwerbung zwar nach der amtlichen Begründung einen medienrelevanten verwandten Markt darstelle, dieser allerdings nicht gesondert zu berücksichtigen sei, da die Anteile mittelbar in den Zuschaueranteilen miterfasst werden würden.[582]

cc) Gesamtbeurteilung

Liegt keine marktbeherrschende Stellung auf dem medienrelevanten verwandten Markt vor, ist schließlich die dritte und letzte Vermutungsregelung des § 26 Abs. 2 S. 2 2. Alt RStV zu prüfen. Die Prüfung erweist sich in der Praxis als besonders aufwändig, da sie eine Umrechnung des Marktanteils auf den anderen medienrelevanten Märkten erforderlich macht. Die Umrechnung nimmt die KEK anhand unterschiedlicher *Gewichtungsfaktoren* vor, die von der KEK v.a. in den die beiden großen Sendergruppen ProSiebenSat.1 und RTL betreffenden Verfahren weiter entwickelt worden sind. Methodisch geht die KEK in zwei Schritten vor. Im ersten Schritt ermittelt sie für jeden betroffenen verwandten Markt anhand der oben dargestellten Marktabgrenzung einen Marktanteil. Im zweiten Schritt gewichtet sie diesen Marktanteil anhand von ihr definierten Faktoren und "rechnet" diesen in einen (fiktiven)[583] Anteil auf dem Fernsehmarkt

[579] Vgl. *Gounalkis/Zagouras*, AfP2006, 93, 96; *Hain*, Nationale Meinungsmarktabgrenzung und ihre Grenzen, in: Dörr/Müller-Graff (Hrsg.), Medien in der Europäischen Gemeinschaft, S. 115, 118; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 245.
[580] Zum damaligen Zeitpunkt galt noch die Vermutungsgrenze von 1/3.
[581] Vgl. dazu KEK 711 vom 13.11.2012 – *RTL Television GmbH i.S.. RTL Television*, III 3.2.1.2.5.
[582] So auch noch KEK 683-1 bis 3 vom 22.02.2012 und 17.04.2012 – *RTL Television GmbH i.S. RTL Crime, RTL Living und RTL Highlights*, III 3.2.1.2 ("keine Anhaltspunkte für marktbeherrschende Stellung"), obwohl das BKartA bereits am 17.03.2011 ein Duopol auf dem Fernsehwerbemarkt festgestellt hatte, allerdings stand zum Zeitpunkt der Entscheidung der KEK diejenige des OLG Düsseldorf noch aus. Vgl. dazu KEK vom 10.01.2006, 293-1 bis 5, S. 81 ff.- *ProSieben Television GmbH u.a.*.
[583] So *Hain*, K&R 2008, 160, 164.

"um".[584] Bei der Ermittlung des Gewichtungsfaktors kommt des vor allem auf die Verwandschaftsnähe zum Fernsehen und damit auf die Kriterien der "Aktualiät, Breitenwirkung und Suggestivkraft" an.[585]

aaa) Fragmentarischer Charakter des Prüfungsumfangs

Auf der ersten Ebene werden nur die medienrelevanten verwandten Märkte berücksichtigt, auf denen das Unternehmen tätig ist. So geht die KEK auch heutzutage noch vor.[586] Diese Praxis steht jedoch im offenen Widerspruch zur Entscheidung des BayVGH, der betont hat, dass auch diejenigen Märkte zu berücksichtigen sind, auf denen das Unternehmen *nicht tätig* ist.[587] Zwar ist die Entscheidung noch nicht rechskräftig, da die Nichtzulassungsbeschwerde[588] beim BVerwG gegen das Urteil des BayVGH erfolgreich war und das Verfahren derzeit fortgesetzt wird, weswegen es formal verständlich ist, dass die KEK die Entscheidung noch nicht berücksichtigt. Materiell gesehen sollte die Praxis allerdings besser sofort geändert werden. Nimmt man den Auftrag des Gesetzgebers eine "Gesamtbeurteilung" durchzuführen ernst, so erfordert diese im Lichte des Art. 3 GG eine Berücksichtigung von be- und entlastenden Faktoren. Nur auf diese Weise kann auch eine inhaltliche Bezugsgröße hergestellt werden. Demnach wäre zu schlussfolgern, dass alle Märkte die von der KEK als medienrelevante Märkte eingeordnet werden, in die Gesamtbetrachtung einzustellen sind, da nur damit der gesetzgeberischen Intention einer integrierten Prüfung Rechnung getragen wird. Ein "Rosinenpicken" widerspricht insoweit grundlegenden Erwägungen. Eine Gesamtwürdigung könnte beispielsweise dergestalt erfolgen, dass alle Märkte mit ihren jeweiligen Anteilen, auch wenn diese im konkreten Fall "0" betragen, in die Berechnung eingestellt werden.

bbb) Gewichtung der anderen medienrelevanten Märkte

Aufbauend auf der Prüfung der "Leistungsmerkmale" (Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft) legt die KEK im Anschluss die Gewichtungsfaktoren fest, mittels derer die Umrechnung erfolgt.[589] Der Marktanteil auf dem *Hörfunkmarkt* wird von der KEK wegen der (leicht) hinter dem Fernsehen zurückbleibenden Breitenwirkung und der

[584] Kritisch insbesondere zur damaligen Methodik im Verfahren Axel Springer/ProSieben Sat.1 *Bornemann*, ZUM 2006, 200, 203 („abstruse Gewichtungs- und Rechenmodelle, die weder kommunikationswissenschaftlich fundiert sind noch auch nur mathematische Gesetze beachten"); *Ders.*, MMR 2006, 275, 278 („Die Umrechnung […] zeigt, dass sich die KEK im Irrgarten ihrer eigenen Gedankengänge die Orientierung verloren hat").
[585] Ausführlich dazu KEK vom 10.01.2006, 293-1 bis 5, S. 81 ff – *Axel Springer/ProSieben Sat.1*.
[586] Siehe für viele KEK 711 vom 13.11.2012 – *RTL Television GmbH i.S. RTL Television*.
[587] Vgl. dazu BayVGH, Urt. vom 15.02.2012, 7 BV 11.285, Rn. 61.
[588] Der BayVGH hatte die Revision im Urteil nicht zugelassen, vgl. BayVGH, Urt. vom 15.02.2012, 7 BV 11.285, Rn. 64.
[589] Die Grundlage dieser im Verfahren Axel Springer/ProSieben Sat.1 Gewichtung war ein Gutachten des Hans-Bredow Instituts (Prof. Dr. Hasebrink).

sich deutlich vom Fernsehen unterscheidenden Suggestivkraft mit **1/2** angesetzt.[590] Hinsichtlich des Marktes für *Tagespresse* geht die KEK wegen der verminderten Breitenwirkung und zurückbleibenden Suggestivkraft von einem Gewichtungsfaktor von **2/3**.[591] Die KEK begründet den 2/3 Faktor im Wesentlichen damit, dass sich gerade aus der Verflechtung von Fernsehen und Print, v.a. der Tagespresse, besondere Gefahren für die Meinungsviefalt ergeben könnten. Insoweit sei der Faktor auch höher als beim Hörfunk anzusetzen.[592] Bei *Programmzeitschriften* geht die KEK vor dem Hintergrund der nicht tagesaktuellen Berichterstattung und der verminderten Suggestivkraft im Lichte des häufig nicht mehr als 50% betragenden redaktionellen Anteils (noch) von einem Gewichtungsfaktor von **1/7** aus.[593] Bei *Publikumszeitschriften* werden **1/10** angesetzt.[594] Der Unterschied resultiert aus der verglichen mit Programmzeitschriften deutlich niedrigeren Reichweite, die sich wiederrum aus der weiten Abgrenzung des Marktes für (alle) Publikumszeitschriften ergibt.[595]

Von besonderem Interesse für die vorliegende Untersuchung ist die Gewichtung der Online-Aktivitäten der Fernsehveranstalter selbst und der ihm zugerechneten Beteiligungen. Mit der Einbeziehung der Online-Aktivitäten hat sich die KEK erstmals ausführlich im Fall *Axel Springer/ProSiebenSat.1* beschäftigt.[596] Dabei hat es die Online-Aktivitäten und damit das Internet "als Solches" in die Betrachtung eingestellt. Unter Heranziehung der (zum damaligen Zeitpunkt) noch begrenzten Breitenwirkung bei hoher Aktualität und noch geringerer Suggestivkraft gelangt die KEK zu einem Faktor von **1/2**.[597] Um einen Online-Marktanteil zu bestimmen, knüpfte die KEK an die sog. IVW Visits an. Als Visit wird das Aufrufen einer Website innerhalb eines zusammenhängenden Nutzungsvorgangs erfasst. Der Vorgang beginnt mit dem ersten Seitenabruf (*page impression*) und endet frühestens nach 30 Minuten. Ruft der Nutzer innerhalb der nächsten 30 Minuten wieder eine Seite auf, wird kein neuer Visit ge-

[590] KEK vom 10.01.2006, 293-1 bis 5, S. 96 – *Axel Springer/ProSieben Sat.1*. Der Hörfunk kam nach der damaligen ARD/ZDF Langzeitstudie Massenkommunikation auf eine Reichweite von 84%. So KEK 309 vom 08.05.2006 – *n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH & Co KG*, III, 3.2.3.3 lit c (S. 50).
[591] So zuletzt auch KEK 711 vom 13.11.2012 – *RTL Television GmbH i.S. RTL Television*, III 3.2.1.3.2.1 mit Verweis auf den Gewichtungsfaktor.
[592] KEK vom 10.01.2006, 293-1 bis 5, III 3.2.1 (S. 87) – *Axel Springer/ProSieben Sat.1*.
[593] KEK vom 10.01.2006, 293-1 bis 5, III 3.2.2 (S. 93) – *Axel Springer/ProSieben Sat.1*.
[594] KEK vom 10.01.2006, 293-1 bis 5, III 3.2.3 (S. 95) – *Axel Springer/ProSieben Sat.1*. So auch KEK 711 vom 13.11.2012 – *RTL Television GmbH i.S. RTL Television*, III 3.2.1.3.2.3.1 wobei die KEK wegen der Reichweitenverluste der Publikumszeitschriften auch eine geringere Gewichtung für möglich hält („Tendenz zur einer etwas geringeren Gewichtung").
[595] So auch *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 282.
[596] KEK vom 10.01.2006, 293-1 bis 5, IV 3.2.5 (S. 96) – *Axel Springer/ProSieben Sat.1*.
[597] KEK 711 vom 13.11.2012 – *RTL Television GmbH i.S. RTL Television*, III 3.2.1.3.2.2. Unter Berücksichtigung des Abschlags wegen der unvollständigen Datengrundlage von 40-50% ergab sich somit nur ein Anteil von 0,01%. Kritisch dazu *Bornemann*, MMR 2006, 575, 575.

zählt.[598] Bei der Darstellung wird mittlerweile zusätzlich zur Gesamtzahl der Visits auch der Anteil der Visits mit redaktionellem Content (Vi rC) ausgewiesen.[599] Die Anknüpfung an die IVW Visits sieht sich allerdings mit einigen systembedingten Schwächen konfrontiert. Zum einen werden nur die werbefinanzierten Plattformen erfasst, die auch an der IVW Prüfung teilnehmen, womit Angebote wie ard.de oder zdf.de herausfallen. Ferner lassen einige Anbieter ihre Zahlen nicht von der AGOF oder IVW auswerten, so z.B. Google. Hinzu kommt, dass eine über das Angebot hinausgehende Betrachtung sich der Gefahr aussetzt, Visits doppelt zu erfassen. Die KEK stützt sich daher z.T. auch auf andere Erhebungen, wie z.B. die Daten von *Nielsen Net View*. Aufgrund der insgesamt nicht validen Datenlage gewährte die KEK einen Abschlag von 50% auf den vorab ermittelten Online-Anteil,[600] den sie zuletzt geringfügig auf 40-50% gesenkt hat.[601] Nachdem die KEK im Anschluss in einigen Verfahren die Fortschreibung des Faktors von 1/2 ausdrücklich offen gelassen hatte,[602] nutzte sie kürzlich die Gelegenheit, aufbauend auf dem Gutachten von *Neuberger/Lobigs* einige Anpassungen vorzunehmen. So erkannte die KEK an, dass sich die Leistungskriterien der Breitenwirkung und Suggestivkraft erheblich verändert hätten. Nachdem die Breitenwirkung zu Zeiten von *Axel Springer/ProSiebenSat.1* noch bei 28% gelegen hätte, würde sich nach den AGOF internet facts 2012-08 eine Reichweite von 73,7% ergeben.[603] Auch die Suggestivkraft hätte, wenn auch von Angebot zu Angebot durchaus unterschiedlich, erheblich zugenommen. Ausgehend von diesem Befund bezog differenzierte die KEK soweit ersichtlich erstmals hinsichtlich der im Internet vorhandenen Angebote. Treffend stellte die KEK fest, dass „*das Internet" kein einheitliches Medium darstellt, sondern vielmehr Infrastruktur/Verbreitungsweg für eine Vielzahl unterschiedlicher Angebotstypen ist, die sich hinsichtlich Aufbau, Zielrichtung, Funktion und Wirkweise zum Teil erheblich unterscheiden. Aufgrund dieser Heterogenität, die es von den herkömmlichen Medien Fernsehen, Radio und Presse unterscheidet, ist daher nicht das Internet als solches auf seine Meinungsbildungrelev.a.nz hin zu beurteilen, sondern der Onlinebereich nach unterschiedlich meinungsbildungsrelev.a.nten Angebotstypen, die sich mit anderen Medien überschneiden, diese ergänzen oder verstärken, abzugrenzen*".[604]

---

[598] KEK 683-1 bis 3 vom 22.02.2013 und 17.04.2013, III 3.2.1.3.4 (S. 17) – *RTL Television GmbH i.S. RTL Crime, RTL Living und RTL Highlights.*

[599] Vgl. KEK 711 vom 13.11.2012 – *RTL Television GmbH i.S. RTL Television*, III 3.2.1.3.2; KEK 616 vom 08.06.2010 – *VOX Television GmbH iS VOX*, III 3.2.2.4 (S. 18).

[600] Vgl. KEK vom 10.01.2006, 293 1 bis 5, S. 96 – *Axel Springer/ProSieben Sat.1.*

[601] Vgl. KEK 711 vom 13.11.2012, III 3.2.1.3.2 (S. 24) – *RTL Television GmbH iS. RTL Television*.

[602] Vgl. KEK 683-1 bis 3 vom 22.02.2012 und 17.04.2012, III 3.2.1.3.4 bzw. 3.2.1.3.5. – *RTL Television GmbH i.S. RTL Crime, RTL Living und RTL Highlights*. Die KEK ließ die genaue Prüfung mit der Begründung dahinstehen, dass ohnehin keine vorherrschende Meinungsmacht erlangt worden sei.

[603] KEK 711 vom 13.11.2012 – *RTL Television GmbH iS RTL Television*, III 3.2.1.3.2.

[604] KEK 711 vom 13.11.2012 – *RTL Television GmbH iS RTL Television*, III 3.2.1.3.2.

Deshalb sei fortan zwischen fernsehprogrammbegleitenden Angeboten, radioprogrammbegleitenden und pressebegleitenden Angeboten im Internet zu differenzieren. Die fernsehprogramm-begleitenden Angebote gewichtete sie dabei mit **3/4**,[605] die radioprogrammbegleitenden wie den Hörfunk mit **1/2**.[606] Das Gewicht von 3/4 für fernsehbegleitende Angebote ermittelte die KEK in einem Vergleich mit der Tagespresse. Bei den fernsehbegleitenden Angeboten ergäbe sich allerdings eine höhere Suggestivkraft. Hinsichtlich der radioprogrammbegleitenden Angebote verwies die KEK (wie beim Hörfunk) auf die zurückbleibende Reichweite und Suggestivkraft. Bezüglich der pressebegleitenden Angebote unterteilte sie wie auch auch "offline" zwischen Publikumszeitschriften und Tagespresse. Die die pressebegleitenden Angebote von Publikumszeitschriften seien mit **1/5** und diejenigen der Tagespresse mit **3/4** anzusetzen.[607] Bei den Publikumszeitschriften begründete sie den Faktor für den Online-Bereich mit der höheren Akualität und Suggestivkraft, die trotz vornehmlicher Textorientierung höher zu bewerten sei. Ebenso argumentierte sie bei den Tageszeitungen und erhöhte damit den Faktor für die Tagespresse für den Online-Bereich von 2/3 auf 3/4.[608] Um den Marktanteil zu berechnen wurde der Faktor unter Berücksichtigung des 40-60% Abschlags für die unsichere Datengrundlage auf den Marktanteil bezogen und den weiteren Marktanteilen hinzuaddiert.[609]

ccc) Stellungnahme und eigene Bewertung

Das momentane Gewichtungsmodell der KEK weist zwar noch einige Schwächen auf, vermag aber durchaus im Grundsatz zu überzeugen. Erkennt man die Systembedingungen der Fernsehzentriertheit des Regulierungsansatzes an, bedarf es aufgrund der Anknüpfung an den Zuschauermarkt einer, wie auch immer gearteten, Umrechnung. Die mittlerweile in rund sieben Jahren fortentwickelte Methodik zeichnet sich durch einen klaren Prüfungsmaßstab aus, der zudem entwicklungsoffen und hinreichend flexibel ist. Durch die Rekurrierung auf die Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft werden wesentliche Elemente, die für die Messung des Meinungsbildungsgewichts von Bedeutung sind, herausgegriffen. Durch die Anknüpfung an die Breitenwirkung kann die sich verändernde Reichweite der Medien und damit die sich verändernde Mediennutzung nachvollziehbar und gut operationalisierbar im Maßstab abgebildet werden. Im Einzelnen sind die Gewichte durchaus zutreffend gewählt. Im Fall der fernsehbegleitenden Online-Angebote wäre m.E. sogar eine noch höhere

[605] KEK 711 vom 13.11.2012 – *RTL Television GmbH iS RTL Television*, III 3.2.1.3.2.1.
[606] KEK 711 vom 13.11.2012 – *RTL Television GmbH iS RTL Television*, III 3.2.1.3.2.2.
[607] KEK 711 vom 13.11.2012 – *RTL Television GmbH iS RTL Television*, III 3.2.1.3.2.3.
[608] KEK 711 vom 13.11.2012 – *RTL Television GmbH iS. RTL Television*, III 3.2.1.3.2.3.
[609] Im konkreten Fall ergab sich damit folgende Rechnung: 26,3% Fernsehmarktanteil-5% Bonuspunkte=21,3% +3% Hörfunkmarkt+1%Publikumszeitschriften+3,4 bis 4,1% Online=28,7 bzw. 29,4%. § 26 Abs. 2 S. 2 2. Alt RStV war damit im Ergebnis (wenn auch knapp) nicht erfüllt.

Bewertung von 4/5 oder gar einer Gleichstellung mit dem Fernsehen angezeigt. Zwar ist der KEK zuzustimmen, wenn Sie in dem Gewicht auch die dem RStV zugrundeliegende Unterscheidung zwischen Rundfunk und Telemedien in die Abwägung spiegelt, indem sie zwischen linearen und nicht-linearen Angeboten unterscheidet. Gemessen an den Leistungskriterien dürfte eine höhere Bewertung aber durchaus gerechtfertigt sein. Der Gewichtungsfaktor für den Hörfunkmarkt von 1/2 erweist sich als zutreffend. Während die Breitenwirkung damals mit 84% leicht hinter dem Fernsehen zurückblieb, sind die Unterschiede mittlerweile eher größer geworden. Laut der aktuellen "ma 2012 Radio II" liegt die Tagesreichweite (nur noch) im Schnitt bei 77,8%.[610] Zuzustimmen ist der KEK hinsichtlich der Senkung des Gewichtungsfaktors bei Publikumszeitschriften von 1/10. Nicht zutreffend ist m.E. die seinerzeit geäußerte Kritik am Gewichtungsfaktor für Programmzeitschriften.[611] Zwar wird Programmzeitschriften wie der "TV Movie" oder "TV 14" gewiss ein anderer Einfluss auf die Meinungsbildung zuzuschreiben sein, als dem Spiegel oder dem Focus.[612] Allerdings führt dieser Umstand noch nicht zu einer anderen Gewichtung, da im Markt für Publikumszeitschriften auch eine Reihe anderer Zeitschriften enthalten sind, die diesen Unterschied nicht zu sichtbar machen, wie der vorstehend genannte Vergleich. Zu überdenken wäre jedoch der kategorische Ausschluss der sozialen Netzwerke. Wie im Gutachten von *Neuberger/Lobigs* festgestellt, kommt den sozialen Netzwerken eine nicht zu verachtende Lenkungsfunktion für die öffentliche Meinungsbildung zu,[613] die im jetzigen Modell unberücksichtigt bleibt. Zwar erfüllen diese keine originäre Funktion bei der Meinungsbildung, sie steuern und lenken aber Meinungen. Diese Lenkungsfunktion ist zwar schwächer gegenüber von Suchmaschinen einzuordnen, aber ist im Grundsatz anzuerkennen und wertend zu berücksichtigen.

dd) Verhältnis von § 26 Abs. 1 RStV zu § 26 Abs. 2 RStV

Besonders umstritten[614] und derzeit immer noch nicht abschließend höchstrichterlich geklärt ist, in welchem Verhältnis beide Absätze zueinander stehen. Die Diskussion soll und kann hier aus Platzgründen nicht nachgezeichnet werden. Es kann nach dem Urteil des BVerwG[615] und des BayVGH[616] nunmehr davon ausgegangen werden, dass § 26 Abs. 2 RStV die Anwendung von § 26 Abs. 1 RStV zwar nicht ausschließt, dessen Anwendbarkeit auf absolute Ausnahmefälle beschränkt. Dem Sinn und Zweck der in

[610] Vgl. dazu *Gattringer/Klingler*, MP 2012, 410, 410. Die Reichweite des Fernsehens liegt nach der ma bei 82,1%, vgl. MP 2012, 410, 415.
[611] Siehe *Bornemann*, MMR 2006, 275, 278; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 284 m.w.N.
[612] Darauf hinweisend *Bornemann*, MMR 2006, 275, 278.
[613] Vgl. *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, S. 62.
[614] Vgl. für einen Überblick über den Meinungsstand *Jungheim*, Medienordnung und Wettbewerbsrecht, S. 566
[615] BVerwG Urt. vom 24.11.2010, 6 C 16/09.
[616] BayVGH Urt. vom 15.2.2012, 7 BV 11.285.

§ 26 Abs. 2 RStV vorgesehenen Vermutungsregelungen wird nur ein Verständnis gerecht, dass eine Kontrolle unterhalb der Schwellen auf Ausnahmefälle beschränkt.[617] Ein solcher Ausnahmefall läge vor, wenn die Nichtanwendung offensichtlich unangemessen wäre.

ee) Rezeption der Rechtsprechung durch die KEK

Die KEK hat mittlerweile in einigen Entscheidungen ausdrücklich auf die Entscheidung des BVerwG Bezug genommen und geht nunmehr unter Berufung auf Rn. 44 der Entscheidung des BVerwG[618] davon aus, dass die KEK bei der über § 26 Abs. 2 RStV hinausgehenden Prüfung des § 26 Abs. 1 RStV die sich aus Abs. 2 ergebende Wertung als Leitbild bei der Auslegung des "Grundtatbestandes" des § 26 Abs. 1 RStV zu berücksichtigen hat.[619] Sie betont zwar weiterhin, dass sie insbesondere bei der RTL Group S.A. § 26 Abs. 1 RStV stets überprüft, erkennt jedoch unter Berufung auf das BVerwG ausdrücklich an, dass es für den Rückgriff eines "deutlich Abhebens vom Normalfall" bedarf.[620] Liegt demnach der Anteil nach Abzug der Bonuspunkte unter 30% legt die Wertung des § 26 Abs. 2 RStV nahe, dass im Regelfall nicht einzugreifen ist. Nur wenn dieses Ergebnis im Lichte der Ziele der Meinungs-vielfalt unangemessen erscheine, kann § 26 Abs. 1 RStV dennoch Berücksichtigung finden. Davon sei auszugehen, wenn "gewichtige Sonderumstände" vorliegen.[621]

IV. Rechtsfolgen vorherrschender Meinungsmacht

Ist eine vorherrschende Meinungsmacht gegeben, ist hinsichtlich der Rechtsfolgen zwischen § 26 Abs. 3 bzw Abs. 4 RStV zu unterscheiden.[622] Während sich § 26 Abs. 3 RStV (grundsätzlich) auf die Sanktionsmöglichkeiten bei *externem Wachstums* bezieht, stellt § 26 Abs. 4 RStV auf diejenigen bei *internem* Wachstum ab.[623] Gemäß § 26 Abs. 3 RStV darf bei Entstehung vorherrschender Meinungsmacht nicht mehr die nach § 20 Abs. 1 S. 1 RStV erforderliche Zulassung bzw. die gemäß § 29 RStV erforderliche Unbedenklichkeitsbescheinigung erteilt werden. Dabei handelt es sich um eine gebun-

[617] BVerwG Urt vom 24.11.2010, 6 C 16/09, Rn. 36; BayVGH Urt. vom 15.2.2012, 7 BV 11.285, Rn. 25.
[618] Vgl. dazu BVerwG Urt. vom 24.11.2010, 6 C 16.09, Rn. 44.
[619] Vgl. dazu KEK 737 – *RTL Television u.a.*, III 3.2.2.; KEK 732 – *RTL2 Fernsehen GmbH & CO KG i.S. RTL II*; KEK 699 1 bis 4 – *ProSiebenSat.1 TV Deutschland GmbH i.S. Sat.1, kabel eins, ProSieben und sixx*, III 3.3. Anders noch KEK 680 – *kabel eins Fernsehen GmbH i.S. kabel eins*, obwohl die Entscheidung nach der des BVerwG erging und die KEK auf diese auch ausdrücklich in III 3.2 Bezug nimmt.
[620] Siehe dazu z.B. KEK 732 – *RTL2 Fernsehen GmbH & CO KG i.S. RTL II*, III 3.2.2.2 (S. 16 bis S. 17).
[621] Vgl. KEK 732 – *RTL2 Fernsehen GmbH & CO KG i.S. RTL II*, III 3.2.2.2 (S. 17); KEK 699 1 bis 4 – *ProSiebenSat.1 TV Deutschland GmbH i.S. Sat.1, kabel eins, ProSieben und sixx*, III 3.3.3.
[622] Die Bonusregelung wird vorliegend nicht weiter besprochen.
[623] So *Dörr*, in: Dörr/Kreile/Cole (Hrsg.), Handbuch Medienrecht, S. 204; *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 280; *Pfeifer*, Vielfaltssicherung, S. 43; *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 270; Kritisch hinsichtlich der ausschließlichen Erfassung des internen Wachstums im Rahmen des § 26 Abs. 4 RStV *Trute*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 26 RStV, Rn. 56.

dene Entscheidung.[624] § 26 Abs. 4 RStV stellt gegenüber dem Instrumentarium des GWB eine Erweiterung dar. Das GWB erfasst kein internes Wachstum und sieht infolgedessen eine Entflechtung gemäß § 41 Abs. 3 GWB lediglich für den Fall des Vollzugs trotz Erfüllung der Untersagungsvoraussetzungen vor.[625]

Die Regelung des § 26 Abs. 4 RStV ist zweistufig aufgebaut.[626] Die konkrete Maßnahme hängt davon ab, worauf die vorherrschende Meinungsmacht basiert.[627] Verfügt der Veranstalter über 30% Zuschauermarktanteil, sieht § 26 Abs. 4 S. 1 Ziff. 1 RStV die Aufgabe der Beteiligungen vor, bis die Schwelle unterschritten wird.[628] Liegt hingegen ein Fall des § 26 Abs. 2 S. 2 RStV vor, sind Beteiligungen auf den medienrelevanten verwandten Märkten oder bei Veranstaltern zu reduzieren. Gemäß Ziff. 3 sind zudem vielfaltssichernde Maßnahmen i.S.d. §§ 30-32 RStV möglich. Darunter fallen gemäß § 31 RStV die Einräumung von Drittsendezeiten für unabhängige Dritte oder die Einrichtung eines Programmbeirats iSd § 32 RStV. § 31 RStV spielt daneben im Rahmen des § 26 Abs. 4 RStV und bei der Gewährung von Bonuspunkten im Rahmen des § 26 Abs. 2 S. 3 2. Hs RStV eine Rolle. Drittsendezeiten spielen in der Praxis der KEK eine bedeutende Rolle, v.a. im Zuge der 10%-Schwelle des § 26 Abs. 5 RStV. Zuletzt ermittelte die KEK für RTL einen Anteil von 13,8%.[629] Besonders knapp an der 10%-Schwelle bewegt sich Sat.1. Zuletzt kam Sat.1 auf einen Anteil von 10,1% und damit 0,1% oberhalb der Schwelle.[630]

Umstritten ist, ob diese Maßnahmen auch bei § 26 Abs. 3 RStV Anwendung finden. Nach den verba legalia ist dies zunächst ausgeschlossen, da diese Möglichkeit nur in § 26 Abs. 4 RStV vorgesehen ist. Allerdings stellen die Maßnahmen des Abs. 4 gegenüber denen des Abs. 3 ein "weniger" dar.[631] Diese Fragestellung wurde seinerzeit in

---

[624] Vgl. *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 26 RStV, Rn. 26.
[625] Die einst umstrittenen Frage, ob es für die Entflechtung einer rechtskräftigen Untersagungsentscheidung bedarf (vgl. dazu OLG Düsseldorf=WuW/E DE-R 2462, 2476 – *A-TEC/Norddeutsche Raffinerie*) wurde nunmehr im Zuge der 8. GWB Novelle durch eine Ergänzung in § 42 Abs. 3 S. 1 GWB dahin gehend beantwortet, dass eine Entflechtungsanordnung auch ohne separate Untersagung ergehen kann. Vgl. dazu *Bardong*, NZKart 2013, 303, 309.
[626] Vgl. *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 270.
[627] Das ergibt sich aus der Anknüpfung an § 26 Abs. 2 S. 1 RStV in § 26 Abs. 4 S. 1 Ziff. 1 RStV und durch die Anknüpfung an § 26 Abs. 2 S. 2 RStV in § 26 Abs. 4 S. 1 Ziff. 2 RStV.
[628] Diese Variante ist eher von theoretischer Relevanz, da die 30% Schwelle nicht erfüllt wird.
[629] Vgl. dazu KEK 700-1 – *RTL Television GmbH*.
[630] Vgl. dazu KEK 600-1 – *Sat.1 Television GmbH*. Die LMK (Rheinland-Pfalz) knüpft für die Bemessung des Marktanteils weiter an die Feststellung der KEK aus KEK 600-1 an. Kritisch wird die Vergabe v.a. deshalb begleitet, da die Neuvergabe der Drittsendezeiten durch die LMK ein „Geschmäckle" wegen der erneuten Vergabe an den (regierungsnahen) Geschäftsführer der News and Pictures Fernsehen GmbH & Co KG, Herrn Josef Buchheit, erfolgte, vgl. dazu FAZ vom 05.03.2013, Mainzer Mikado. Siehe dazu auch FAZ vom 28.02. 2013, Aus der „Lex Google" ist eine „Lex Garnix" geworden mit dem Hinweis auf den Lobbying-Einfluss.
[631] Dafür eintretend *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 26 RStV, Rn. 27; Kritisch dazu *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 267-270.

der Rs. *Axel Springer/ProSieben Sat 1*. nach dem Beschluss der KEK[632] und der Entscheidung des VG München[633] aufgeworfen, um die Beteiligungsveränderung noch für unbedenklich einstufen zu können. Zur Begründung wurde vorgetragen, dass bei § 26 Abs. 3 RStV unter Zugrundelegung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des "Rechtsgedankens des § 26 Abs. 4 RStV"[634] a maoire ad minus unterhalb der Schwelle der Verweigerung jedenfalls auch die Maßnahmen des § 26 Abs. 4 RStV zur Anwendung gelangen müssen. Infolgedessen wurde u.a. die Einrichtung eines Fernsehbeirats[635] vorgeschlagen, der sogar über den Programmbeirat hinausging, als dieser auch binnenplural zusammengesetzt die alleinige Programmverantwortung für einen der beiden Sender erhalten sollte.[636] Dieser Vorschlag wurde von Axel Springer jedoch abgelehnt. In der Literatur wurde er als "Binnenpluralisierung von ProSiebenSat.1"[637] bzw. "ZDFisierung des Privatfernsehens"[638] kritisch bewertet. Dem ist zuzustimmen. Sie führt zur Entkopplung von marktwirtschaftlicher Verantwortung und publizistischer Entscheidungskompetenz.

[632] Vgl. dazu KEK vom 10.01.2006, 293-1 bis 5, S. 66 – *Axel Springer/ProSiebenSat.1*.
[633] VG München Urt. vom 8.11.2007, M 17 K 06.2675=MMR 2008, 427 ff.
[634] Vgl. KEK vom 10.01.2006, 293-1 bis 5, S. 104 – *Axel Springer/ProSiebenSat.1*.
[635] Die genaue Ausgestaltung des Fernsehbeirats wurde in einem Eckpunktepapier niedergelegt, vgl. dazu *Säcker*, K&R 2006, 49 ff; kritisch zu Säcker *Hain*, K&R 2006, 150 ff.
[636] Vgl. *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 268.
[637] Vgl. *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, S. 268. Säcker spricht insofern von einer „implantierten Binnenpluralisierung", vgl. *Säcker*, K & R 2006, 49, 51.
[638] Vgl. *Podszun*, MMR 2008, 431, 432.

Drittes Kapitel: Medienfusions- und konzentrationskontrolle in Österreich

A. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

In Abwesenheit einer einheitlichen bundesverfassungsrechtlichen Vertragsurkunde[639] und eines zentralen Grundrechtskatalogs[640] bedarf es zur Ermittlung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Zusammenschau mehrerer Rechtsgrundlagen. Das zentrale Stammdokument im "zersplitterten Verfassungsrecht"[641] ist das B-VG. Daneben gibt es trotz umfassender Novellierung 2008[642] immer noch rund 50 weitere Bundesverfassungsgesetze und 500 Verfassungsbestimmungen,[643] die gemäß Art. 44 V-VG als "Verfassungesetz" bzw "Verfassungsbestimmung" zu kennzeichnen sind.[644] Von besonderer Bedeutung ist auch die in Verfassungsrang stehende EMRK und die Rechtsprechung des EGMR.[645] Zwar erwachsen die Entscheidungen des EGMR gemäß Art. 46 Abs. 1 EMRK nur in formeller Rechtskraft. Sie binden in persönlicher Hinsicht demnach nur die am Verfahren als Partei beteiligten Staaten.[646] Allerdings kommt Entscheidungen des EGMR insoweit eine große Bedeutung zu, als die Urteile häufig richtungsweisend für die Rechtsprechung des VfGH sind.[647]

I. Die Kommunikationsfreiheit als Abwehrrecht

Der VfGH versteht die sich aus Art. 13 StGG[648], Art. 10 EMRK, den Ziff. 1 und Ziff. 2 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung[649] sowie dem BVG-Rund-

---

[639] Vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht, S. 26.

[640] Vgl. *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, S. 322. Mittelbar ergibt sich der Grundrechtskatalog allerdings, wie im Anschluss dargestellt wird, aus der im Verfassungsrang stehenden EMRK und (teilweise auch der GRC, vgl. dazu VfGH, Erk. vom 14.03.2012, U 466/11-18 und U 1836/11-13).

[641] Vgl. *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 55.

[642] BGBl. 2008/2. Vgl. zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 für viele *Pabel*, ecolex 2013, 492 ff.

[643] *Öhlinger*, Verfassungsrecht, S. 27.

[644] Wird die Bestimmung nicht gekennzeichnet, kommt ihr kein Verfassungsrang zu. Vgl. dazu VfSlg. 13.499/1993.

[645] Die EMRK wurde 1958 ratifiziert (BGBl. 1958 Nr. 210, S. 192) und 1964 in Verfassungsrang gehoben (BGBl. 1964 Nr. 59, S. 625). Damit ist Österreich der einzige Mitgliedstaat des Europarats, in dem die EMRK im Verfassungsrang steht, vgl.. *Gamper*, JBl 2012, 763, 768.

[646] Vgl. *Meyer-Ladewig*, Kommentar zur EMRK, Art 46 EMRK, Rn 15.

[647] *Grabenwarter*, RZ 2007, 154, 154; so auch *Handstanger*, RZ 2007, 160, 160.

[648] Wortlaut Art. 13 StGG: *(1) Jedermann hat das Recht, durch Wort, Schrift, Druck oder durch bildliche Darstellung seine Meinung innerhalb der gesetzlichen Schranken frei zu äußern" (2) Die Presse darf weder unter Zensur gestellt, noch durch das Konzessions-System beschränkt werden. Administrative Postverbote finden auf inländische Druckschriften keine Anwendung."*

[649] Vgl. Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung vom 30.10.1918, StGBl. 1918, Nr. 3: *„Ziff. 1: „Jede Zensur ist als dem Grundrecht der Staatsbürger widersprechend als rechtsungültig aufgehoben". Ziff. 2: Die Einstellung von Druckschriften und die Erlassung eines Postverbotes gegen solche findet nicht mehr statt. Die bisher verfügten Einstellungen und Postverbote sind aufgehoben. Die volle Freiheit der Presse ist hergestellt."*

funk[650] und neuerdings der GRC[651] zusammensetzenden Freiheiten als eine einheitliche Kommunikationsfreiheit.[652] Diese wird abweichend vom BVerfG und dem EGMR primär als subjektives Abwehrrecht gegenüber dem Staat verstanden.[653]

Löst man die Kommunikationsfreiheit in ihre einzelnen Gewährleistungs-gehalte auf, lassen sich die Freiheit eine eigene Meinung zu bilden (*Meinungsbildungsfreiheit*), die Freiheit die Meinung zu äußern (*Meinungsäußerungsfreiheit*), die Freiheit Nachrichten und Informationen zu empfangen (*Informationsfreiheit*) und die *Medienfreiheit*, die sich widerrum aus der Presse- und Rundfunkfreiheit zusammensetzt, unterscheiden.[654] Der weite Schutzbereich umfasst demnach das Recht zur Freheit der Meinung und der Freiheit zum Empfang von Mitteilungen und Nachrichten und Ideen, wobei diese Freiheiten reine Meinungskundgaben, Tatsachenäußerungen[655] als auch Werbemaßnahmen[656] zum Gegenstand haben können.[657] Die Presse- und Rundfunkfreiheit werden entgegen der Sichtweise des EGMR nicht nur reflexartig als Medium der Meinungsäußerung, sondern vielmehr ausdrücklich geschützt.[658] Für die Presse lässt sich diese ausdrückliche Anerkennung auf Art. 13 StGG und Ziff. 1 und Ziff. 2 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung stützen, für die Rundfunkfreiheit v.a. auf das B-VG Rundfunk. Die Rundfunkfreiheit umfasst die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten und Ideen mit Hilfe von Rundfunkanlagen.[659] Aus Art. 10 EMRK lässt sich ebenfalls die Freiheit der journalistischen Berufsausübung ableiten, die durch das BVG-Rundfunk weiter konkretisiert wird.[660]

---

[650] Bundesverfassungsgesetz vom 10.07.1974 über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBl. Nr. 396/1974.

[651] Vgl. zur Anerkennung der GRC als verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht VfGH, Erk v 14.03.2012, U 466/11-18 und U 1836/11-13.

[652] Vgl. z.B zuletzt VfSlg. 19.662/2012. Die Begriffsbildungen sind nicht immer einheitlich. An anderer Stelle verweist der VfGH auf die Meinungsäußerungs- *und* Rundfunkfreiheit (VfGH, Erk v14.03.2013, B518/12-7, Rn 33). Zuvor hat der VfGH die Rundfunkfreiheit *als Bestandteil* des Rechtes auf freie Meinungsäußerung (VfGH Slg. 17.082/2003) gesehen. Vgl. umfassend zur Kommunikationsfreiheit *Berka*, Die Kommunikationsfreiheit, in: Machacek/ Pahr/ Stadler (Hrsg.), 40 Jahre EMRK: Grund- und Menschenrechte in Österreich (Band II), S. 394 ff.

[653] Vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rn. 692. So auch *Oberndorfer*, JRP 2000, 103 m.w.N. Die Unterschiede zeigen sich insbesondere bei der stark in Deutschland als „dienende Freiheit" interpretierten Rundfunkfreiheit.

[654] Vgl. *Berka*, Grundrechte, Rn. 544; *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rn. 910. Zur selbstständigen Anerkennung der Informationsfreiheit siehe VfSlg. 11.297/1987; VfSlg. 12.838/91.

[655] Nach der älteren Judikatur waren nur Meinungsäußerungen erfasst vgl. VfSlg. 7498/1975.

[656] VfSlg. 10.948/1986.

[657] VfGH, Erk. vom 14.03.2013, B518/12-7, Rn. 34; VfSlg. 19586/2011; VfSlg. 13.338/1993; VfSlg. 12. 822/1991; VfSlg. 12.035/1989.

[658] Vgl. *Berka*, Grundrechte, Rn. 553.

[659] VfGH, Erk. vom 14.03.2013, B518/12-7, Rn. 33; VfSlg. 19.586/2011; VfSlg. 17.568/2005; VfSlg. 17. 082/2003; VfSlg. 15.135/1998.

[660] VfGH, Erk. vom 14.03.2013, B518/12-7, Rn. 43; *Holoubek*, in: Berka/Grabenwarter/Holoubek (Hrsg.), Unabhängigkeit der Medien, S. 133, 142.

Ein Eingriff in die Kommunikationsfreiheit ist nur unter den Voraussetzungen des Art. 10 Abs. 2 EMRK möglich.[661] Demnach muss der Eingriff gesetzlich vorgesehen sein, einen oder mehrere der in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten rechtfertigenden Zwecke verfolgen und zur Erreichung dieses Zwecks notwendig sein.[662] Eine Verletzung der Kommunikationsfreiheit liegt demnach regelmäßig vor, wenn ein Bescheid ohne gesetzliche Grundlage erging oder auf einer verfassungswidrigen Norm beruht, oder wenn er in einer denkunmöglichen Handhabung eines verfassungsmäßigen Gesetzes erlassen wurde.[663] Einer denknunmöglichen Gesetzesanwendung kommt es gleich, wenn die Behörde dem Gesetz einen die Schranken des Art. 10 EMRK missachtenden Inhalt unterstellt.[664]

Die Medienvielfalt spielt nach der Rechtsprechung des VfGH auf Schrankenebene eine Rolle, wenn es um die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Rundfunkfreiheit geht. Mit dieser Frage hat sich der VfGH insbesondere im Zuge der Prüfung von öffentlich-rechtlichen Werbebeschränkungen befasst. Dem VfGH zufolge ist die Gewährleistung der Medienvielfalt ein legitimes Beschränkungsziel.[665] Der VfGH entschied, dass die in § 13 Abs. 8 ORF-G (Beschränkung der Printmedienwerbung im Fernsehen) und § 13 Abs. 9 ORF-G (Verbot von Cross-Promotion) vorgesehenen Beschränkungen geeignet seien, den Wettbewerb *zwischen* den Printmedien zu schützen und damit einen Beitrag zum Schutz der Medienvielfalt zu leisten, da kleinere und finanzschwächere Printmedien häufig nicht in der Lage sind, den finanziellen Aufwand zu leisten.[666] Durch die Beschränkung der Printmedienwerbung im Fernsehen werde insoweit ein gerechter Interessenausgleich und ein Beitrag zur Erhaltung der Medienvielfalt geschaffen.[667] Es sei sachgerecht es dem *ORF* als marktbeherrschenden Unternehmen zu verbieten, durch Cross-Promotion seine Stellung zu Lasten (kleinerer) privater Wettbewerber auszunutzen.[668]

II. Objektiv-rechtliche Elemente der Kommunikationsfreiheit

Objektiv-rechtliche Elemente der Kommunikationsfreiheit lassen sich v.a. bei der Rundfunkfreiheit feststellen, welcher vom VfGH ebenfalls eine objektiv-rechtliche Dimension

[661] VfGH, Erk. vom 14.03.2013, B518/12-7, Rn. 36; VfSlg. 19.586/11; VfSlg 16.468/2002.
[662] VfGH, Erk. vom 14.03.2013, B518/12-7, Rn. 37; VfSlg. 19.662/2012; VfSlg. 17568/2005; VfSlg. 16.555/2002; VfSlg. 16.267/2001; VfSlg. 14.899/1997; VfSlg. 14.218/1995; VfSlg. 12.886/1991; VfSlg. 10.948/1986.
[663] VfSlg. 17568/2005; VfSlg. 9909/1983; VfSlg. 6465/1971; VfSlg. 6166/1970; VfSlg. 5463/1967; VfSlg. 3762/1960.
[664] VfSlg. 17568/2005; VfSlg. 17006/2003; VfSlg. 13.035/1992; VfSlg. 12086/1989; VfSlg. 10386/1985; VfSlg. 10700/1985. Diese Prüfung wird auch als „Grundrechtsformel“ bezeichnet, *Berka*, Grundrechte, Rn. 560.
[665] VfSlg. 16.911/2003 (Rundfunk- und Printmedien); VfSlg. 13.725/1994 (Printmedien).
[666] VfSlg. 16.911/2003 (Rundfunk- und Printmedien); VfSlg. 13.725/1994 (Printmedien).
[667] VfSlg. 16.911/2003 (Rundfunk- und Printmedien); VfSlg. 13.725/1994 (Printmedien).
[668] VfSlg. 17.568/2005; VfSlg. 17006/2003.

beigemessen wird. Diese fließt primät auf Schrankenebene in die Grundrechtsdogmatik ein. Das B-VG erklärt in Art. I Abs. 3 B-VG Rundfunk den Rundfunk zur öffentlichen Aufgabe und formuliert in Art. I Abs. 2 einen positiven Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber,[669] demzufolge die Rundfunkordnung nach den Grundsätzen der Objektivität, Unparteilichkeit der Berichterstattung und unter Berücksichtigung der Meinungsvielfalt, Ausgewogenheit der Programme und Unabhängigkeit der Personen und Organe auszugestalten hat. Bezogen auf den Rundfunk hat der VfGH anerkannt, dass der Gesetzgeber "*einen leistungsfähigen und in seinem Bestand kontinuierlichen Privatradiobetrieb sicherzustellen hat, der die bestmögliche Gewähr für größtmögliche Meinungsvielfalt bieten soll*".[670] In Umsetzung dieser objektiv-rechtlichen Verpflichtung hat der Gesetzgeber das PrR-G und das PrTV-G bzw. AMD-G erlassen.[671] Das Kriterium der Meinungsvielfalt wird z.T. durch Regelungen des Minderheitenschutzes wie z.B. Art. 7 Ziff. 4 StV Wien[672] weiter konkretisiert.[673]

Damit lässt sich festhalten, dass den Gesetzgeber nach der österreichischen Dogmatik v.a. im Rundfunk eine positive Handlungs*verpflichtung* trifft. Unklar ist allerdings, ob dies auch für den Pressebereich gilt. Der VfGH hat bisher in einer Reihe von Fällen (aktive) Schutzpflichten des Gesetzgebers anerkannt.[674] Beispielsweise erkennt der VfGH an, dass den Staat in bestimmten Fällen eine aktive Schutzpflicht für das Recht auf Leben trifft.[675] Bezogen auf die Kommunikationsfreiheit hat der VfGH kürzlich erstmals expressis verbis eine staatliche *Schutzpflicht* im Rahmen des Art. 10 EMRK in den Rechtsbeziehungen *zwischen* dem Journalisten und dem Rundfunkveranstalter anerkannt.[676] Zur Begründung nahm der VfGH getreu seiner ständigen Praxis der ausdrücklichen Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR, interessanterweise auf die Rs. *Manole* Bezug.[677] Eine ausdrückliche Pflicht zum Schutz der Vielfalt im Presse-

[669] Art. I Abs. 2 B-VG wird nicht als Schrankenvorbehalt begriffen, vgl. *Berka*, Grundrechte, Rn. 577. So auch *Grabenwarter*, Inhaltliche und zeitliche Beschränkungen der Rundfunkwerbung, in: Berka/ Grabenwarter/Holoubek, Medienfreiheit vs Inhaltsregulierung, S. 35, 45.
[670] VfSlg. 16.625/2002.
[671] VfSlg. 19.619/2012 (PrR-G); VfSlg. 14.453/96 (RegionalradioG).
[672] BGBl. 152/1955.
[673] VfSlg. 19.619/2012.
[674] So auch *Calliess*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte (Band II), § 44, Rn. 15 m.w.N.
[675] VfGH, Erk. vom 01.12.2012, B567/11 u.a. unter Verweis auf *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, S. 154 ff.
[676] VfGH, Erk. vom 14.03.2013, B518/12-7, Rn. 43.
[677] Vgl. EGMR, Urt. vom 17.09.2009, 13.936/02 – *Manole/Moldava.* In dieser Rechtssache hat der EGMR (erstmals) unter Berufung auf den Staat als „ultimate guarantor of pluralism" ausdrücklich die Verpflichtung der Staaten anerkannt, Vielfalt im öffentlichen Rundfunk zu gewährleisten. In Rn. 101 hält der EGMR dazu fest: „*The domestic law and practice must guarantee that the system provides a pluralistic service*". Noch eindeutiger hat sich der EGMR kürzlich in der Rs. *Centro Europa 7* geäußert. Dort stellte der EGMR fest *„The Court observes that in such a sensitive sector as the audiovisual media, in addition to its negative duty of non-interference the State has a positive obligation to put in place an appropriate legislative and administrative framework to guarantee effective pluralism (see paragraph 130 above). This is especially desirable when, as in the present case, the national audiovisual*

wesen hat der VfGH jedoch bisher nicht angenommen. Diese wird aber in der Literatur für den Fall befürwortet, wenn die gesellschaftlich erwünschte Menge an einer Vielfalt selbständiger Medien nicht mehr vorliegt.[678] In der Forderung des "gesellschaftlich erwünschten Maßes" zeigt sich insbesondere der meritorische Charakter der Mediengüter. Von einer Handlungsermächtigung, v.a. mit Bezug auf die hohe Konzentration auf dem Markt für Tageszeitungen, wird aber jedenfalls auszugehen sein.

B. Kompetenzrechtliche Ausgangslage

Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Land lässt sich im Wesentlichen den Art. 10 bis 15 B-VG entnehmen.[679] Es gilt der Grundsatz der strikten Kompetenzzuordnung, demzufolge jedes hoheitliche Handeln einem bestimmten Kompetenztatbestand zugeordnet sein muss. Demnach ist der Bund für die Gesetzgebung zuständig, wenn ihm diese durch die Verfassung zugewiesen ist.[680] Konkurrierende Zuständigkeiten sind ausgeschlossen.[681] Während der Bund gemäß Art. 10 Abs. 1 Ziff. 8 B-VG zwar ebenfalls wie in Deutschland (Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG) über die Zuständigkeit im Bereich des Kartellrechts verfügt, so ergeben sich jedoch insbesondere im Bereich der Presse und des Rundfunks signifikante Unterschiede. Gemäß Art. 10 Abs. 1 Ziff. 9 B-VG bzw. Art I Abs. 2 B-VG Rundfunk steht dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für den Rundfunk zu.[682] Zwar spricht dieser in Art. 10 Abs. 1 Ziff. 9 B-VG zwar lediglich vom "Post- und Fernmeldewesen". Dem VfGH zufolge ist davon jedoch der gesamte Rundfunk in organisatorischer, technischer und kultureller Beziehung umfasst.[683] Darüber hinaus verfügt der Bund gemäß Art. 10 Abs. 1 Ziff. 6 B-VG ebenfalls die Zuständigkeit im Bereich des Pressewesens.

C. Organisatorische Rahmenbedingungen der Medienregulierung

Bevor auf die inhaltlichen Regelungen zum Schutz der Medien- bzw. Meinungsvielfalt im Rahmen der Medienfusions- bzw. Konzentrationskontrolle eingegangen wird, ist

---

system is characterised by a duopoly", vgl. EGMR, Urt. vom 07.06.2012, 38433/09 – *Centro Europa 7 S.R.L/Italy*, Rn. 134.

[678] So auch *Holoubek*, Grundrechte zwischen Freiheitsverbürgung und staatlicher Verantwortung-Antworten und Perspektiven der österreichischen Grundrechtsdogmatik, in: Dimensionen des modernen Verfassungsstaates, Symposium zum 60. Geburtstag von Karl Korinek, S. 40, 41. Zu kurz gegriffen ist es m.E. auch im Bereich der Presse nur auf die marktmäßige Bereitstellung abzustellen, da bei Mediengütern ein partielles Marktversagen festzustellen ist, weswegen nicht nur an das Marktprinzip angeknüpft werden sollte; so aber *Grübl*, Zusammenschlusskontrolle am österreichischen Tageszeitungsmarkt, S. 68.

[679] Ein einheitlicher Kompetenzkatalog wie im GG findet sich im B-VG allerdings nicht. Vgl. dazu *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 158; *Mayer*, Kommentar B-VG, S. 23.

[680] Vgl. *Berka*, Das Recht der Massenmedien, S. 99.

[681] Vgl. *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 156.

[682] Vgl. dazu auch *Binder*, Die Rundfunkfreiheit, in: Machacek/ Pahr/ Stadler (Hrsg.), 40 Jahre EMRK: Grund- und Menschenrechte in Österreich (Band II), S. 463.

[683] VfSlg. 2720/1954. Bestätigend insoweit VfSlg. 9909/1983. So auch *Mayer*, Kommentar B-VG, S. 40. § 10 Abs. 1 Ziff. 9 B-VG diente fortan als Grundlage für alle rundfunkrechtlichen Novellen.

vorab der sich nicht durch eine Unterkomplexität auszeichnende organisatorische Rahmen darzustellen, in dem sich die "Medienregulierung" wiederfindet.[684] Ziel soll es sein zu verdeutlichen, in welchem System sich die Behörden und Gerichte zu- und miteinander befinden. Verständnisschwierigkeiten ergeben sich v.a. aus den institutionellen Verschränkungen zwischen der BWB bzw dem BKartAnW, der KOMMAustria und TKK und deren "konvergenter Klammer",[685] der RTR-GmbH.[686]

I. Rahmenbedingungen der kartellrechtlichen Regulierung

Seit der KartG-Novelle 2002[687] ist die BWB als eine beim Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend[688] eingerichtete weisungsfreie und unabhängige Behörde[689] i.S.d § 1 WettbG für die Sicherstellung eines funktionierenden Wettbewerbs zuständig. Die BWB ist neben dem BKartAnW Amtspartei i.S.d. § 40 KartG. Diese Stellung ermöglicht es der BWB zur Wahrnehmung ihrer Befugnisse vor dem Kartellgericht bzw. Kartellobergericht aufzutreten.[690] Schnittmengen zu den sektorspezifischen Behörden bestehen z.B. beim Antragsrecht i.S.d § 36 KartG. Gemäß § 36 Abs. 4 Nr. 2 KartG sind die Regulatoren nach der im Zuge des KaWeRÄG geänderten Anwendungsbereiches des § 36 Abs. 2 KartG jedoch de facto nur noch in wenigen Fällen antragsberechtigt. Ihnen steht aber nach § 46 KartG ein Stellungnahmerecht zu.

II. Rahmenbedingungen der rundfunkrechtlichen Regulierung

Die für die vorliegende Untersuchung zentrale Behörde im Bereich der Rundfunkregulierung ist die KOMMAustria. Bei der KOMMAustria handelt es sich gemäß § 3 KOG um eine aus fünf Personen[691] bestehende Regulierungsbehörde, die über weitgehende Befugnisse im Bereich des privaten Rundfunks verfügt und auch die Rechtsaufsicht über den ORF ausübt. Welche Befugnisse im Einzelnen erfasst sind, ergibt sich aus dem Katalog des § 2 KOG. Hervorzuheben ist, dass die KOMM Austria für das Zulassungsverfahren nach dem PrR-G[692] und AMD-G und die Rechtsaufsicht über die privaten Rundfunkveranstalter sowie Mediendiensteanbieter zuständig ist.

---

[684] Vgl. dazu auch *Achatschitz*, Die EU-Richtlinien zur Telekommunikation und deren Umsetzung im TKG 2003, S 131 spricht insofern von einer „Organ- und Behördenvielfalt".
[685] So *Kassai/Kogler/Trappe*, MR 2010, 295, 296.
[686] Vgl. ausführlich dazu *Leitl-Staudinger*, Regulierungsbehörden im österreichischen Recht.
[687] Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über die Einrichtung der Wettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz – WettbG) und das Kartellgesetz 1988, das Strafgesetzbuch und das Bundesfinanzgesetz geändert werden, BGBl. I Nr. 477/2002.
[688] § 1 WettbG bezog sich vor dem KaWeRÄG auf das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit.
[689] Die Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit findet sich in der Verfassungsbestimmung des § 1 Abs. 3 WettbG wieder. Diese Regelung kann als Beispiel für die nach Art. 44 B-VG erforderliche Kennzeichnungspflicht der Verfassungsbestimmungen verwendet werden.
[690] Vgl. dazu Drittes Kapitel, D.I.
[691] Nach derzeitigem Stand sind Dr. Ogris, Dr. Philapitsch, Dr. Hohensinn, Dr. Lackner und Mag. Truppe die Mitglieder der KOMMAustria, vgl. www.rtr.at, letzter Abruf am 08.09.2013.
[692] Vgl. auch § 31 Abs. 2 PrR-G, wonach die KOMMAustria Regulierungsbehörde iSd des PrR-G ist.

Die Mitglieder der KOMMAustria sind gemäß § 6 Abs. 1 KOG in der Ausübung ihres Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden. Die KOMMAustria stellt somit eine unabhängige Medienregulierungsbehörde erster Instanz dar, die mit den aktuellen Forderungen der Kommission, die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden zu stärken,[693] in Einklang zu bringen ist.[694] Die Weisungsfreiheit war das Ergebnis einer langen Diskussion, die ausgehend von der Unzulässigkeit eine weisungsfreie Kollegialbehörde im Lichte der begrenzten Ermächtigung des Art. 20 Abs. 2 B-VG einrichten zu können,[695] zunächst in der B-VG Novelle 2008 mündete, der es dem Gesetzgeber ermöglichte durch Gesetz eine Weisungsfreiheit vorzusehen.[696] Erst mit der Novelle 2010 wurde in Art. 20 Abs. 5a B-VG eine neue Regelung aufgenommen, derzufolge durch Gesetz auch Organe weisungsfrei gestellt werden dürfen, die mit der „Aufsicht und Regulierung elektronischer Medien und Förderung der Medien" befasst sind. Gemäß § 16 Abs. 1 KOG ist zur Unterstützung der KOMMAustria und TKK die RTR-GmbH als Geschäftsapparat iSd § 17 KOG eingerichtet worden. Die RTR-GmbH ist gemäß § 18 Abs. 1 KOG an die fachlichen Weisungen der KOMMAustria gebunden.[697]

Gegen Entscheidungen der KOMMAustria besteht (noch) die Möglichkeit ein Rechtsmittel zum BKS einzulegen. Der gemäß § 36 Abs. 1 KOG beim BKA eingerichtete BKS ist nach § 36 Abs. 2 KOG in oberster Instanz für Rechtsmittel zuständig, wenn es um die Aufgabenerfüllung i.S.d § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 10 KOG geht. Gegen Bescheide des BKS besteht anschließend die Möglichkeit, gemäß Art. 144 B-VG Beschwerde zum VfGH oder VwGH einzulegen.[698] Der BKS ist ein aus fünf Mitgliedern besetztes Kollegialorgan (drei Richter, zwei weitere Mitglieder).[699] Allerdings wird die Zuständigkeit der

---

[693] Vgl. dazu aktuell Public consultation on the independence of the audiovisual regulatory bodies. Die Konsultationsperiode ist am 14.06.2013 abgelaufen. Die Gesamtergebnisse liegen derzeit noch nicht vor, vgl. https://ec.europa.eu/digital-agenda/node/54484, letzter Abruf am 08.09.2013. Vgl. dazu den Bericht der HRG für Freiheit und Vielfalt der Medien, S. 26: „*Alle Regulierungsorgane sollten Unabhängigkeit genießen, und ihre Mitglieder sollten in transparenten Verfahren mit angemessenen Kontrollen und Verfahrensgarantien ernannt werden*".

[694] Vgl. *Kassai/Kogler/Truppe*, MR 2010, 295, 298 die für diesen Befund auf eine Empfehlung des Ministerkomittees verweisen. Der Befund gilt aber auch noch heute.

[695] So insbesondere VfSlg. 15.886/2000. Dazu insbesondere *Schmelz/Schwartz*, ecolex 2001, 594 die sich insbesondere kritisch hinsichtlich

[696] Vgl. *Kassai/Kogler/Truppe*, MR 2010, 295, 295 mit dem Hinweis darauf, dass die in für die TKK als ausreichend empfundene Grundlage in Art 20 Abs. 2 Ziff. 5 B-VG wegen der vielen *außerwettbewerblichen Regulierungsziele* nicht als ausreichend empfunden wurde.

[697] Zu dieser Änderung im Zuge der Novelle 2010 vgl. *Kassai/Kogler/Truppe*, MR 2010, 295, 298.

[698] Eine Beschwerde gemäß Art 144 B-VG lag z.B. dem o.g. Erk. zur Reichweite des § 32 ORF zugrunde, VfGH, Erk. vom 14.03.2013, B518/12-7.

[699] Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit vgl. VfSlg 16.625/2002; Die derzeitigen Mitglieder sind Dr. Pöschel (OLG Wien), Dr. Primus (OLG Wien), Hofrat Dr. Gitschthaler (OGH), Prof. Dr Leitl-Staudinger (Uni Linz), Dr. Karasek. Vgl. dazu www.bundeskanzleramt.de, letzter Abruf am 08.09.2013.

BKS ab dem 01.01.2014 auf das Bundesverwaltungsgericht übertragen.[700] In der ab dem 01.01.2014 gültigen Fassung ist vorgesehen, dass das Bundesverwaltungsgericht über Beschwerden in jenen Fällen entscheidet, in denen die KOMMAustria belangte Behörde ist. Das Gericht entscheidet durch Senate. Die damit verbundene Angleichung an die Kollegialentscheidung des BKS wurde in den Stellungnahmen positiv bewertet.[701] Laut der WKÖ werde damit dem „Gedanken des Pluralismus" innerhalb des Gerichts Rechnung getragen.[702]

D. Medienfusionskontrolle in Österreich

Das heutige System der Medienfusionskontrolle in Österreich kann v.a. auf zwei Fälle zurückgeführt werden. Zum einen den Fall "*KroKuWAZ*"[703], zum anderen den Fall "*Formil*".[704] Der erste Fall war entscheidend dafür, dass mit der KartG Novelle 1993[705] eine präventive Fusionskontrolle eingeführt wurde, da die *WAZ* zuvor kontrollfrei ohne weitere Hürden jeweils 45% an der Kronen Zeitung und dem Kurier erwerben konnte. Die bereits entstandene Konzentration vermochte die Änderung allerdings nicht mehr rückgängig zu machen.[706] Da man seinerzeit das Kartellrecht als "sachnäheres" Gesetz ansah, wurden auch die außerwettbewerblichen Zielen dienenden Sonderregelungen zum Schutz der Medienvielfalt im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen, in das KartG integriert. Neben einer mit § 38 Abs. 3 GWB vergleichbaren modifizierten Aufgreifschwelle in § 9 Abs. 3 KartG findet sich in § 13 KartG[707] die zentrale Regelung für die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen. Gemäß § 13 KartG ist ein Zusammenschluss *auch*[708] dann zu untersagen, wenn durch ihn die Medienvielfalt be-

[700] BGBl. I Nr. 84/2013, vgl. dazu die in Art. 1 in § 44 KOG vorgesehene Inkrafttretensregelung. Das Bundesverwaltungsgericht darf nicht mit dem Bundesverwaltungsgericht in Deutschland verwechselt werden, über dem noch der VfGH steht. Vgl. zum Gesetz zur Einrichtung des Bundesverwaltungsgericht BGBl. I Nr. 10/2013.

[701] 5/SN-465/ME XXIV GP – *WKÖ*; 10/SN-465/ME XXIV GP – *Die Österreichischen Rechtsanwälte*.

[702] 5/SN-465/ME XXIV GP – *WKÖ*.

[703] Das der damaligen Presse entlehnte Kunstwort bezeichnet den Erwerb der WAZ von jeweils 45% an der Kronen Zeitung und dem Kurier, Vgl. für viele *Koroschetz*, Die Entwicklung der österreichischen Fusionskontrolle im Rahmen des europäischen Binnenmarktes, S. 63; *Wessely*, MR 1994, 88, 88; Vgl. zum Pressemarkt auch Erstes Kapitel, B.I.1.a.

[704] Vgl. KG, Beschl. vom 26.01.2001=MR 2001, 49 – *Formil*. Der Begriff „Formil" stellt ein Kunstwort für die Beteiligung der Kurier-Gruppe, zu denen u.a. die Magazine „profil" und „trend" gehörten, an der News-Gruppe, die u.a. die Titel „News" und „Format" verlegten, dar. Vgl. *Görg/Brandstetter*, RdW 2002, 450, 450; *Urlesberger*, RWZ 2002, 55 ff; *Barbist*, MR 2001, 207 ff. Vgl. auch *Görg*, ÖBl 2004, 108, 109 der den Fall als „Elefantenhochzeit" umschreibt.

[705] Bundesgesetz, mit dem das Kartellgesetz 1988 und das Nahversorgungsgesetz geändert werden (Kartellgesetznovelle 1993- KartG Novelle 1993), BGBl. Nr. 693/1993.

[706] Vgl. dazu Standard vom 19.01.2000, Kartellfrage: WAZ soll entflechten.

[707] Mit der KartG-Novelle 1993 wurde die Regelung zunächst in § 42c Abs. 5 KartG 1988 i.d.F. der KartG-Novelle 1993 aufgenommen.

[708] Die Additivität der Untersagungsmöglichkeiten wird durch die in § 13 KartG enthaltene Wortwahl „ist… nach § 12 *auch* dann zu untersagen". Daneben bleibt § 12 KartG anwendbar. § 12 Abs. 2 KartG kommt gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 KartG allerdings nur eingeschränkt zur Anwendung.

einträchtigt wird. Beide Regelungen[709] knüpfen an den Begriff des Medienzusammenschlusses i.S.d § 8 KartG[710] an. Im zweiten Fall "*Formil*" wurde der Zusammenschluss (nur) vom Kartellgericht genehmigt, da die einzige Berufsrichterin (politisch motiviert)[711] von den beiden Laienrichtern überstimmt worden war.[712] Diese Überstimmung war möglich, da zwei Laienrichtern ein Berufsrichter im Senat gegenüberstand und letzterer keine Überstimmungsmöglichkeit besaß.[713] Eine vom Gericht getrennte Kartellbehörde wie die BWB bestand seinerzeit noch nicht.[714]

I. Überblick über die Systematik der Fusionskontrolle nach dem KartG

Wenngleich die österreichische Fusionskontrolle als ex-ante Marktstrukturkontrolle, die an bestimmte Aufgreifkriterien (§ 9 KartG) zur Feststellung der Anmeldebedürftigkeit anknüpft, einen festgelegten Fristenablauf für die Prüfung des Zusammenschlusses enthält (§ 11 KartG), bei der materiellen Prüfung auf das Kriterium der Entstehung bzw Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung (§ 12 KartG) Abstellt[715] und eine Durchführung vor Freigabe als Verstoß gegen das Vollzugsverbot (§ 17 KartG) bewertet und damit auf den ersten Blick vergleichbar erscheint, so ergeben sich doch eine Reihe von Besonderheiten.

Der größte Unterschied im Vergleich zur Kommission oder dem BKartA liegt im „gespaltenen Kartellrechtsvollzug" bzw. in der Ausrichtung der BWB als Behörde ohne originäre Entscheidungskompetenz.[716] Festmachen lässt sich dies an dem in § 36 Abs. 2 KartG vorgesehenen Antragserfordernis bei der Prüfung von Zusammenschlüssen. Zwar verfügt die BWB insoweit über Entscheidungskompetenz, als sie durch Nichtstellung eines Prüfungsantrags i.S.d § 11 Abs. 1 bzw. Abs. 2 KartG i.V.m § 17 Abs. 1 S. 1 KartG oder durch Verzicht i.S.d § 11 Abs. 4 KartG i.V.m § 17 Abs. 1 S. 1 KartG einen bei ihr angemeldeten Zusammenschluss (in „Phase I") freigeben kann. Allerdings kann sie selbst keine vertiefte Prüfung (in „Phase II") durchführen, sondern muss gemäß § 11 Abs. 1 KartG innerhalb von vier Wochen bzw. sechs Wochen (§ 11 Abs.

[709] § 9 Abs. 3 KartG und § 13 KartG.
[710] Mit der KartG-Novelle 1993 wurde die Regelung zunächst in § 42c Abs. 1 KartG 1988 i.d.F. der KartG-Novelle 1993 aufgenommen, vgl. zu der Regelung für viele *Wessely*, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, S. 94-103.
[711] Gegen den Laienrichter Grünwald wurde auch strafrechtlich wegen Befangenheit ermittelt. Die Ermittlungen wurden aber schlussendlich eingestellt, vgl. Standard vom 19.06.2003, „Formil": Erhebungen gegen Kartellrichter eingestellt.
[712] Vgl. *Görg/Brandstetter*, RdW 2002, 450, 450; So auch *Schober*, Kartellgerichtsbarkeit nach dem KartG 2005, S. 97 der darauf hinweist, dass der Beschluss sehr kritisch abgefasst ist, am Ende aber eine Genehmigung erteilt wurde.
[713] Vgl. *Schober*, Kartellgerichtsbarkeit nach dem KartG 2005, S. 97; *Primus/Ginner* in: Petsche/ Urlesberger/ Vartian, Kommentar zum KartG, § 59 KartG, Rn. 5; so auch *Zehetner*, Ges 2002, 20, 21.
[714] Vgl. zu den organisatorischen Rahmenbedingungen II.2.
[715] Der Marktbeherrschungstest hat auch nach der 8. GWB Novelle als Regelfall im SIEC-Test weiterhin Bedeutung.
[716] Vgl. *Maritzen/Pauer*, WRP 2013, 1151, 1153 m.w.N.

1a KartG) einen Prüfungsantrag beim Kartellgericht stellen. Daneben ist auch der BKartAnW[717] gemäß § 36 Abs. 2 KartG zur Antragstellung berechtigt. Der BKartAnW ist ein gemäß § 75 Abs. 2 KartG dem BMJ unterstelltes, weisungsgebundenes Organ, welches zur Vertretung der öffentlichen Interessen im Wettbewerbsrecht berufen ist.[718] Ihm kommt neben der BWB gemäß § 40 KartG die Stellung als Amtspartei zu.[719]

Die Frist von vier Wochen in „Phase I" kann seit dem KaWeRÄG in Angleichung an die in Art. 10 FKVO vorgesehene *stop-the-clock* Möglichkeit, auf sechs Wochen verlängert werden, damit nicht u.U. nur zur Fristwahrung ein Antrag beim Kartellgericht gestellt werden muss.[720] In der „Phase-II" Prüfung hat das Kartellgericht gemäß § 14 Abs. 1 KartG grundsätzlich fünf Monate Zeit zur vertieften Prüfung, die seit dem KaWeRÄG gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 KartG nunmehr auf sechs Monate auf Antrag verlängert werden kann. Die Verlängerung dient u.a. der erweiterten Verhandlungsmöglichkeit über etwaige Auflagen, wenn sich der Zusammenschluss als „untersagungsnah" herausstellt.[721] Der Senat des Kartellgerichts besteht seit der KartG-Novelle 2002 nach § 59 Abs. 1 Ziff. 1 KartG aus zwei Berufsrichtern und zwei fachkundigen Laienrichtern. Bei Stimmengleichheit entscheidet gemäß § 63 S. 2 KartG der vorsitzende Berufsrichter; ihm kommt insoweit ein Dirimierungsrecht zu.[722] Die fachkundigen Laienrichter werden gemäß § 59 Abs. 2 KartG hälftig von der BAK und der WKÖ entsandt. Nach der „Phase-II"- Prüfung des Kartellgerichts besteht gemäß § 58 Abs. 2 KartG die Möglichkeit, binnen vier Wochen beim KOG Rekurs gegen den Beschluss des Kartellgerichts einzulegen. Das KOG muss gemäß § 14 Abs. 2 KartG binnen zwei Monaten nach Einlangen der Akten über den Rekurs entscheiden.[723] Neu ist seit dem KaWeRÄG, dass die Entscheidungen des Kartellgerichts gemäß § 37 KartG nunmehr (endlich) in der Ediktsdatei (§ 89j GOG) zu veröffentlichen sind und damit mehr Entscheidungstransparenz geschaffen wird.[724] Die BWB wird gemäß § 16 WettbG von der Wettbewerbskommission unterstützt. Diese erstattet Gutachten zu allgemeinen wirt-

[717] Der BKartAnW ist Dr. Alfred Mair, vgl. www.justiz.gv.at.
[718] Vgl. *Schober*, Kartellgerichtsbarkeit nach dem KartG 2005, S. 102; *Stockenhuber*, ÖZW 2002, 76, 76.
[719] Vgl. dazu sogleich II.2.
[720] Vgl. dazu *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht, S. 42; *Dies*, WuW 2013, 726, 732; *Wollmann/ Urlesberger*, ecolex 2013, 252, 253. Die Einführung einer *stop-the-clock* Möglichkeit war bereits mehrfach, u.a. zuletzt vom Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen, Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich, S. 46 gefordert worden.
[721] Vgl. dazu *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht, S. 42
[722] Vgl. *Görg/Brandstetter*, RdW 2002, 450, 452.
[723] Vgl. *Lukaschek* in: Petsche/Urlesberger/Vartian, Kommentar zum KartG, § 12 KartG, Rn. 7.
[724] Bisher, dass zeigt sich auch in dieser Arbeit, ist es sehr schwierig die Entscheidungen des KartG einzusehen, wenn es nicht einen Rekurs gab und sich dort weitergehenden Angaben finden oder die BWB ergänzende Informationen auf ihrer Homepage veröffentlicht hat. Vgl. für die erste Veröffentlichung iSd § 37 KartG KG, Beschl. vom 23.07.2013, 27 Kt 32/13.

schaftspolitischen Fragen[725] und gibt Empfehlungen zu Zusammenschlussvorhaben ab.[726] Die BWB kann von dieser Empfehlung allerdings abweichen. Bezogen auf den Mediensektor kann der Fall *Ernst Klett AG/ÖBV*[727] angeführt werden, der den Schulbuchmarkt betraf. Während die Wettbewerbskommission die Stellung eines Antrags mit der Begründung empfahl, dass der Markt bereits hochgradig konzentriert sei und die Anmeldung zudem lückenhaft sei, verwies die BWB auf stark volatile Anteile im Schulbuchmarkt. ÖBV verfüge zwar über einen Marktanteil zwischen 25% bis 33%, es gäbe jedoch noch eine Reihe weiterer (kleinerer und mittlerer) Verlage.[728]Daher sei kein Antrag zu stellen. In den Fällen *Mediaprint/NÖ Gratismedien*[729] und *Telekom Austria/Yesss!*[730] hat die BWB hingegen der Empfehlung der Wettbewerbskommission folgend, einen Prüfungsantrag gestellt.

II. Aufgreifkriterien

Ein Zusammenschluss i.S.d. § 7 KartG bzw. § 8 KartG[731] unterfällt der österreichischen Fusionskontrolle, wenn (1) kein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung vorliegt[732], (2) die in § 9 Abs. 1 Ziff. 1 bis 3 bzw. Abs. 3 KartG genannten Umsatzschwellen erfüllt sind, (3) keine der in § 9 Abs. 2 KartG genannten Ausnahmen vorliegt und (4) der Zusammenschluss gemäß § 24 Abs. 2 KartG hinreichende Inlandsauswirkung hat.[733] Für Medienzusammenschlüsse i.S.d. § 8 KartG sind die sich aus § 9 Abs. 3 KartG ergebenden Modifikationen zu beachten. Wird ein Zusammenschluss trotz Erfüllung der Aufgreifkriterien nicht angemeldet und entgegen § 17 KartG durchgeführt, kann das Kartellgericht gemäß § 29 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 17 KartG auf

[725] Als Beispiele können das Gutachten zu den Ursachen der Preissteigerungen v.a. in den Bereichen Energie und Lebensmittel (Gutachten vom 14.07.2008) oder das

[726] Die Wettbewerbskommission wurde mit der KartG-Novelle 2002 in das KartG integriert; sie wurde teilweise der Monopolkommission nachempfunden, vgl. ErlRV GP XXI RB 1005; so auch *Zehetner*, Ges 2002, 20 ff.

[727] Vgl. KG, 26 Kt 53/03 – *Ernst Klett AG/ÖBV*.

[728] http://www.bwb.gv.at/Institutionen/Wettbewerbskommission/Ver%C3%B6ffentlichungen/Seiten/26Kt5303.aspx (letzter Abruf am 08.09.2013).

[729] Vgl. BWB/Z-1382 – *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG/Niederösterreichische Gratismedien GmbH.* Die Anmeldung wurde später im Verfahren zurückgezogen.

[730] Vgl. BWB/Z-1735 – *Telekom Austria AG/Yesss! Telekommunikation GmbH;* siehe dazu auch KG, Beschl vom 26.11.2012, 26 Kt 47 bzw. 48/12.

[731] Vgl. zum Begriff des Medienzusammenschlusses i.S.d. § 8 KartG siehe D.IV.

[732] Vom Grundsatz des *one-stop-shop* wird jedoch gemäß Art. 21 Abs. 4 FKVO für außerwettbewerbliche Aspekte eine Ausnahme gemacht. Vgl. dazu D.IV.1.a.

[733] Eine Inlandsauswirkung i.S.d. § 24 KartG wird bereits angenommen, wenn eine potentielle Inlandsbeeinträchtigung vorliegt. Vgl. Standpunkt BWB „Inlandsauswirkung von Zusammenschlüssen", abrufbar unter www.bwb.gv.at (letzter Abruf am 08.09.2013); vgl. KG, Beschl. vom 11.07.2003, 27 Kt 238/03.

Antrag i.S.d. § 36 Abs. 2 KartG eine Geldbuße verhängen.[734] Einige Zuwiderhandlungen betrafen auch den Mediensektor.[735]

1. Aufgreifschwellen

Gemäß § 9 Abs. 1 KartG unterliegt ein Zusammenschluss der Anmeldepflicht, wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen weltweit insgesamt mehr als 300 Mio. € Umsatz (§ 9 Abs. 1 Ziff. 1 KartG), im Inland insgesamt mehr als 30 Mio. € Umsatz (§ 9 Abs. 1 Ziff. 2 KartG) und mindestens zwei Unternehmen weltweit jeweils mehr als fünf Mio. € Umsatz (§ 9 Abs. 1 Ziff. 3 KartG) erzielen.[736] Diese Werte wurden letztmalig im Zuge der KartG Novelle 2005 auf das heutige Niveau angepasst, da seinerseits im Zuge der Anhörungen massive Kritik an den zu niedrigen und nicht sachgerechten Schwellenwerten geübt worden ist.[737]

Diese Schwellen werden für Medienunternehmen teilweise modifiziert. Gemäß § 9 Abs. 3 KartG sind die Umsätze von Medienunternehmen und Mediendiensten (§ 8 Abs. 1 Ziff. 1 KartG) mit dem Faktor 200 zu multiplizieren, diejenigen von Medienhilfsunternehmen (§ 8 Abs. 2 KartG) mit dem Faktor 20.[738] Der Differenzierung zwischen Medien- und Medienhilfsunternehmen liegt die Überlegung zugrunde, dass Medienunternehmen einen erhöhten Kontrollbedarf auslösen als Medienhilfsunternehmen.[739] Der Kontrollbedarf ist bipolar zu verstehen; er bezieht sich einerseits auf die „klassische Marktstrukturkontrolle“, andererseits aber auch auf die publizistische Marktkontrolle. Die Modifikation greift allerdings nur bei der weltweiten Schwelle von 300 Mio. € und der im Inland von 30 Mio. €, nicht aber bei der Bagatellschwelle von 5 Mio. € Umsatz.[740] Diese bildet somit eine absolute Untergrenze für den Aufgriff.

Durch die Modifikation kommt es zu einer deutlichen Absenkung der Umsatzschwellen für Medienunternehmen. Eine Anmeldepflicht besteht demnach bei Medienunterneh-

[734] Vgl. dazu beispielsweise KOG, Beschl. vom 05.12.2011, 16 Ok 2/11=ecolex 2012, 329 m. Anm. *Brugger*.
[735] KG, Beschl v 31.01.2013,25 Kt 67/12 (unveröffentlicht, laut BWB 10.000 € Geldbuße); KG, Beschl v 12.
07.2012, 25 Kt 9/12-6 (unveröffentlicht, laut BWB 5.000 € Geldbuße).
[736] Vgl. zu den Schlussfolgerungen aus den Schwellenwerten *Gruber*, WuW 2005, 1134, 1135. Kritisch bezüglich der Annahme der Kumulativität der Voraussetzungen wegen des nach § 9 Abs. 1 Ziff. 1 KartG fehlenden „und“ *Wagner*, RdW 2007, 527, 528.
[737] Vgl. dazu für viele *Ablasser-Neuhuber/Flener*, WuW 2004, 254, 257.
[738] Soweit ersichtlich hat sich der VfGH noch nicht mit der in Deutschland vom BVerfG behandelten Frage befasst, ob die medienspezifischen Sonderregelungen in § 9 Abs. 3 KartG bzw. § 13 KartG eine verfassungsgemäße Einschränkung der Pressefreiheit darstellen, vgl. dazu BVerfG, Urt. vom 20.09.1983= NJW 1986, 1743 – *Münchener Anzeigenblätter*.
[739] So auch *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht, § 13 Rn. 66.
[740] So auch schon bei § 42c i.d.F. der KartG-Novelle 1993 *Wessely*, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, S. 114 unter Verweis auf KG, Beschl. vom 24.08.1994, 1 Kt 419/94-3 – *Tiroler Wochenzeitung Verlagsgesellschaft mbH/Haller Lokalanzeiger*.

men i.e.S. bei einem weltweiten Umsatz von 1,5 Mio. € und einem inländischen Umsatz von 150.000 €, wobei die Bagatellschwelle von 5 Mio. € weltweitem Umsatz eine Untergrenze zieht. Bei Medienhilfsunternehmen wird die Schwelle hingegen „erst" ab einem weltweiten Umsatz von 15 Mio. € Umsatz und inländischen Umsatz von 1,5 Mio. € erreicht. Auch hier ist die Bagatellschwelle von 5 Mio. € Umsatz weltweit zu beachten. Liegen die Aufgreifkriterien nicht vor, hat das Kartellgericht den von der BWB gestellten Prüfungsantrag gemäß § 12 Abs. 1 Ziff. 1 KartG zurückzuweisen. Geht die BWB nach der Anmeldung davon aus, dass die Aufgreifkriterien nicht erfüllt sind, ist sie wegen der Entscheidungskompetenz des Kartellgerichts verpflichtet einen Prüfungsantrag beim Kartellgericht zu stellen, da die BWB nicht selbst zur Zurückweisung Mangels vorliegen der Aufgreifkriterien befugt ist.[741] Davon hat die BWB bisher bereits in einigen Fällen Gebrach gemacht.[742]

2. Ausnahmen von der Anmeldepflicht

Eine Anmeldepflicht besteht gemäß § 9 Abs. 2 KartG allerdings nicht, wenn nur eines der beteiligten Unternehmen im Inland mehr als 5 Mio. € Umsatz *und* die übrigen Unternehmen weltweit nicht mehr als 30 Mio. € Umsatz erzielt haben. Hintergrund der im Zuge des KartG 2005 eingeführten Regelung ist es, Zusammenschlüsse ohne spürbare Auswirkung auf den inländischen Markt trotz Überschreiten der Schwellenwerte des § 9 Abs. 1 KartG von der Anmeldepflicht auszunehmen.[743] Die Ausnahme hat zwei Stoßrichtungen. Zum einen wird dadurch der Erwerb eines kleinen ausländischen Unternehmens durch einen österreichischen Konzern freigestellt, der selbst alle Schwellenwerte (300 Mio. € weltweit, 30 Mio. € im Inland) überschreitet, dessen kleines ausländisches Zielunternehmen jedoch über Umsätze im Inland von weniger als 5 Mio. € verfügt.[744] Andererseits schließt die Regelung den anmeldefreien Erwerb eines ausländischen Großkonzerns aus, da die „übrigen Unternehmen" weltweit nicht mehr als 30 Mio. € Umsatz erzielen dürfen.[745]

III. Zusammenschluss

---

[741] *Urlesberger/Haid* in: Petsche/Urlesberger/Vartian, Kommentar zum KartG, § 12 KartG, Rn. 2.

[742] Vgl. dazu BWB/Z-1534 – *Mayr Melnhof Packaging International GmbH/Mayr Melnhof Cartonboard International GmbH/Hallbert SDN BHD/Firgos (Malaysia) SDN BHD*; BWB/Z-1506 –*Deutsche Telekom AG/France Telekom SA;* BWB/Z-340 – *Moser Holding AG/Print Zeitungsverlag GmbH*.

[743] ErlRV KartG 2005; *Urlesberger* in: Petsche/Urlesberger/Vartian, Kommentar zum KartG, § 9 KartG, Rn. 7.

[744] So *Gruber*, WuW 2005, 1134, 1136.

[745] Vgl. *Urlesberger* in: Petsche/Urlesberger/Vartian, Kommentar zum KartG, § 9 KartG, Rn. 8. Dieser Aspekt hat in den Stellungnahmen zum KartG 2005 häufig dazu geführt, dass die Neuregelung in § 9 Abs. 2 KartG als (immer noch nicht) zu weitgehend empfunden wurde; vgl. *Zehetner*, Ges 2006, 199, 201 am Beispiel des Erwerbs von argentinischen Tankstellen durch einen österreichischen Minieralölkonzern.

§ 7 KartG bestimmt abschließend, wann ein Zusammenschluss vorliegt. Gemeinsam ist den Regelungen, dass sie sich ausschließlich externes Wachstum erfassen.[746] Demzufolge sieht § 7 Abs. 4 KartG vor, das bei rein konzerninternen Vorgängen keinen Zusammenschluss vorliegt (zusammenschlussrechtliches Konzernprivileg).[747] In § 7 Abs. 1 Ziff. 1 werden als Zusammenschluss der Erwerb eines Unternehmens bzw Unternehmensteils (*asset-deal*) erfasst, in Ziff. 2 der Betriebsüberlassungs- bzw. Betriebsführungsvertrag, in Ziff. 3 der Anteilserwerb, in Ziff. 4 die Herbeiführung von Personengleichheit in bestimmten Organen (*interlocking directorships*)[748] und in Ziff. 5 der beherrschende Einfluss erfasst. § 7 Abs. 2 KartG ergänzt die Tatbestände um den des konzentrativen bzw. kooperativen Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens.[749]

Der Anteilserwerb umfasst den unmittelbaren und mittelbaren Erwerb von 25% bzw. 50% erfasst. Es handelt sich um einen *abstrakten* Gefährdungstatbestand, der lediglich auf das Überschreiten der Schwellenwerte, nicht jedoch auf die Beherrschung als solche abstellt.[750] § 7 Abs. 1 Ziff. 3 KartG geht insoweit über Art. 3 FKVO hinaus. Dieser erfasst direkt nur den Kontrollerwerb; Minderheitsbeteiligungen werden nur insoweit berücksichtigt, als der Erwerb aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen zu einer Änderung der Kontrolle führt.[751] Auch Beteiligungen *unterhalb* von 25% können den Tatbestand erfüllen, wenn mindestens 25% der Stimmrechte [752] oder weitere besondere Rechte eingeräumt werden.[753] Dies war z.B. in der Rs. *Morawa Grosso* der Fall.[754] Im zugrundeliegenden Fall beabsichtigten Morawa Pressevertrieb und Mediaprint ihre bisherigen Geschäftsbereiche „Pressgroßvertrieb“ in eine gemeinsame Gesellschaft (Joint Venture) einzubringen, an der Morawa Pressevertrieb zu 75,1% und Mediaprint zu 24,9% beteiligt werden sollte.[755] Trotz einer Beteiligung unterhalb von 25% sah das

---

[746] Vgl. *Hoffer*, Kommentar zum Kartellgesetz, S. 123.

[747] Vgl. *Hoffer*, Kommentar zum Kartellgesetz, S. 140. Der „Leading-case“ im Rahmen des zusammenschlussrechtlichen Konzernprivilegs ist die Rs *Postbus/Bahnbus*, KOG Beschl. vom 10.03.2003, 16 Ok 20/02; siehe auch KOG, Beschl. vom 30.05.2005, 16 Ok 16/04; KOG, Beschl. vom 08.10. 2008, 16 Ok 9/08=RdW 2009, 22=ZfR 2009, 65 m Anm *Knauder*.

[748] Vgl. dazu ausführlich *Eckhardt*, Minderheitsbeteiligungen in der Fusionskontrolle, S. 189 ff.

[749] Von besonderer Bedeutung sind vorliegend § 7 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 5 sowie § 7 Abs. 2 KartG.

[750] KOG, Beschl. vom 10.03.2003, 16 Ok 20/02; KOG, Beschl. vom 17.12.2001, 16 Ok 9/01=wbl 2002, 231 – *Wolters Kluwer/Linde*; So auch *Eckhardt*, Minderheitsbeteiligungen in der Fusionskontrolle, S. 183; *Solé*, Verfahren vor dem Kartellgericht, S. 250; Die 25% Schwelle ist zugleich maßgeblich für die Unternehmereigenschaft, vgl. KOG, Beschl. vom 17.12.2008, 16 Ok 12/08, Rn. 3.2.

[751] Vgl. dazu *Kühnert/Xeniadis*, ÖZK 2011, 123, 125. Zu den aktuellen Plänen der Kommission die Minderheitsbeteiligungen der FKVO zu unterwerfen (Commission Staff Working Document „Towards more effective EU merger control), SWD (2013), 239 endg.

[752] So KOG, Beschl. vom 17.12.2001, 16 Ok 9/01=wbl 2002, 231 – *Wolters Kluwer/Linde*.

[753] So *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht, S. 258; a.A. Wessely, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, S. 53 m.w.N.

[754] KG, Beschl. vom 05.08.2004, 26 Kt 132/04 – *Morawa Grosso*.

[755] Der Zusammenschluss wurde vom KG unter Beschränkungen/Auflagen freigegeben. Dadurch entstand die Morawa Pressevertrieb GmbH & Co KG, dem neben der PGV Austria Trunk GmbH heute einzigen Grossisten.

Kartellgericht den Zusammenschlusstatbestand als erfüllt an, da die im Zuge der Beteiligung eingeräumten Rechte aufgrund der atypischen Satzungsgestaltung denen einer 25%-Beteiligung entsprechen würden.[756]

Von besonderer Bedeutung ist auch § 7 Abs. 1 Ziff. 5 KartG. Demnach kann sich ein Zusammenschluss auch aus jeder sonstigen Verbindung von Unternehmen ergeben, auf Grund derer ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben kann. Bei der Regelung handelt es sich um einen Auffangtatbestand.[757]Der Begriff der Beherrschung ist mit dem der Kontrolle iSd Art 3 FKVO gleichzusetzen.[758] In der Rs. *Wolters Kluwer/Linde* hat es das KOG als ausreichend erachtet, dass das Unternehmen die wettbewerblichen Aktivitäten des Zielunternehmens verhindern kann.[759] Die weite Auslegung des Beherrschungsbegriffs korrespondiert mit dem Fehlen einer § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB vergleichbaren Regelung, führt aber nicht dazu, dass über § 7 Abs. 1 Ziff. 5 KartG eine Angleichung an den Begriff des „wettbewerblich erheblichen Einflusses" im Sinne der mittlerweile extensiven deutschen Praxis und Rechtsprechung erfolgt. Gemäß § 7 Abs. 2 KartG wird als Zusammenschluss auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens erfasst, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und es sich damit um ein sog. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen handelt.

IV. Medienzusammenschluss

Das Vorliegen eines Medienzusammenschluss ist das Einfallstor für die Anwendbarkeit des § 9 Abs. 3 KartG bzw. § 13 KartG.[760] Gemäß § 8 Abs. 1 KartG handelt es sich um einen Medienzusammenschluss, wenn mindestens *zwei* der Unternehmen als (1) Medienunternehmen i.S.d. § 1 Abs. 1 Ziff. 6 MedienG, (2) als Mediendienst i.S.d. § 1 Abs. 1 Ziff. 7 MedienG oder (3) als Medienhilfsunternehmen gemäß § 8 Abs. 2 KartG zu qualifizieren sind. § 8 Abs. 3 KartG ergänzt diese Regelung um die Konstellation, das nur *ein* Unternehmen unter § 8 Abs. 1 KartG fällt und an einem weiteren Nichtmedien-

[756] KG, Beschl. vom 05.08.2004, 26 Kt 132/04. Ausführlich dazu *Eckhardt*, Minderheitsbeteiligungen in der Fusionskontrolle, S. 199. Dennoch stellt sich der Erwerb von 24,9% bei der Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG geradezu als Regelfall dar, vgl. Standard vom 15.09.2011, Mediaprint steigt bei Wiener Bezirksblatt ein (24,9% an Wiener Bezirksblatt und 24,9% an NÖ Gratismedien GmbH).

[757] *Urlesberger* in: Petsche/Urlesberger/Vartian, Kommentar zum KartG, § 7 KartG, Rn. 61; a.A. *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 13 Rn. 38 der von einem Subsidiaritätsverhältnis ausgeht.

[758] KOG, Beschl. vom 21.01.2008, 16 Ok 7/07=ÖBl 2008, 244=RdW 2008, 336 so auch *Urlesberger* in: Petsche/ Urlesberger/Vartian, Kommentar zum KartG, § 7 KartG, Rn. 74 unter Berufung auf die Gleichsetzung von „gemeinsamer Beherrschung" und „gemeinsamer Kontrolle" im Rahmen des § 7 Abs. 2 KartG in KOG, Beschl. vom 16.12.2002, 16 Ok 9/02; *Kiehl/ Petschko*, ÖZK 2010, 54, 56. So auch *Koger*, Die konzernbezogenen Ausnahmen im österreichischen und europäischen Kartellrecht, S. 80.

[759] KOG, Beschl. vom 17.12.2001, 16 Ok 9/01 – *Wolters Kluwer/Linde*.

[760] Vgl. *Görg*, MR 2004, 427, 428 spricht insoweit von der „Flaschenhalsfunktion" der Definition, die sich in ihrer Auslegung an Art. 21 Abs. 4 FKVO zu messen ist; *Bauer/Reidlinger*, MR 2004, 357 ff.

unternehmen ein oder mehrere der in § 8 Abs. 1 KartG genannten Medienunternehmen i.e.S. mit mindestens 25% beteiligt sind (Medienunternehmen i.w.S.).[761]

1. Medienunternehmen i.e.S. bzw. Mediendienst

a) Medienunternehmen

§ 1 Abs. 1 Ziff. 6 MedienG bestimmt das Medienunternehmen als ein Unternehmen, in dem die inhaltliche Gestaltung des Mediums besorgt wird sowie seine Herstellung und Verbreitung oder seine Ausstrahlung und Abrufbarkeit besorgt oder veranlasst werden. Von diesem weiten Anwendungsbereich werden neben Printmedienunternehmen auch Rundfunkveranstalter erfasst. Fraglich ist die Reichweite des Begriffs v.a. dann, wenn ein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung i.S.d. FKVO vorliegt. In diesem Fall stellt sich gerade bei Aktivierung der außerwettbewerblichen Kontrolle die Frage, ob und inwieweit bestimmte Zusammenschlüsse einer additiven nationalen Prüfung unterworfen im Lichte des Art. 21 Abs. 4 FKVO unterworfen werden können. Diese Frage ist unabhängig von der Möglichkeit zu sehen, bei der Kommission einen Verweisungsantrag z.B. gemäß Art. 9 FKVO stellen zu können.[762] In Österreich wurde die Frage bisher v.a. bei Tonträgerherstellern relevant. Der Gesetzgeber ist zwar grundsätzlich frei national zu regeln, welche Unternehmen er unter dem Begriff des Medienunternehmens erfasst. Damit ist es zweifelsohne im Grundsatz auch möglich, Tonträgerhersteller oder auch Suchmaschinenbetreiber als Medienunternehmen zu erfassen und einer erweiterten Kontrolle zu unterwerfen.

Diese Fragestellung hat jedoch noch eine andere Dimension, die bereits von *Bauer/ Reidlinger* angesprochen wurde und oftmals verkannt wird.[763] Es geht um die richtige Auslotung des Verhältnisses zu Art. 21 FKVO, wenn deren Anwendungsbereich eröffnet ist. Die BWB unterwirft seit nunmehr rund zehn Jahren Tonträgerunternehmen auch einer nationalen Kontrolle anhand des Maßstabes des § 13 KartG.[764] Zugleich erreichen die Tonträgerhersteller wie *Universal Music Group, WMG, Sony und PLG*[765] oder auch Suchmaschinenbetreiber wie *Google*[766] oft die Aufgreifschwellen der FKVO.

---

[761] Vgl. dazu sogleich IV.3.

[762] Davon hat Österreich z.B. in dem hier intensiv dargestellten Fall RTL Interactive/ProSiebenSat.1 zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Bereich VoD Gebrauch gemacht. Vgl. dazu COMP/ M.5881 vom 24.09.2010 – *RTL Interactive/ProSiebenSat.1*. Dem Antrag wurde seitens der Kommission stattgegeben. Die Anmelder haben den Antrag zurückgezogen.

[763] Vgl. dazu *Bauer/Reidlinger*, MR 2004, 357, 358 und 361.

[764] Vgl. dazu z.B. BWB/Z-2008 – *Access Industries/WMG/EMI Music* (vgl. COMP/M.6884); BWB/Z-1665 *Universal Music/EMI Group* (vgl. COMP/M.6458).

[765] Vgl. für die stark zunehmende Konzentration in den Märkten im Tonträgergeschäft Kommission vom 14.05.2013, COMP/M.6884 – *Access/PLG*; Kommission vom 21.09. 2012, COMP/M.6458 – *Universal Music Group/EMI Music*; Kommission vom 19.04.2012, COMP/M.6459 – *Sony/Mubadala Development/EMI Music Publishing*; Kommission vom 08.08.2008, COMP/M.5272 – *Sony/Sony BMG*.

[766] Die Kommission hat sich in der jüngeren Vergangenheit in einigen Zusammenschlussfällen mit Google beschäftigt, vgl. nur Kommission vom 13.02.2012, COMP/M.6381 – *Google/Motorola Mobility*;

aa) Vorprägung des Begriffsinhaltes im Anwendungsbereich der FKVO

Hat der Zusammenschluss gemeinschaftsweite Bedeutung, wird die Definitionshoheit des nationalen Gesetzgebers durch Art. 21 Abs. 2 FKVO überlagert. Diese Überlagerung hat bereits auf der Ebene der Definitionsnorm des § 8 KartG und nicht erst, jedoch jedenfalls, bei der Prüfung der Beeinträchtigung der Medienvielfalt nach § 13 KartG anzusetzen, da § 8 KartG zwar auch für die Absenkung der Schwellenwerte i.S.d. § 9 Abs. 3 KartG maßgeblich ist, jedoch vor allem der additiven Prüfung dient, ob die Medienvielfalt beeinträchtigt ist. Dies vorausgeschickt kann der Begriffsinhalt nur soweit gefasst werden, als er von der Reichweite des Art. 21 Abs. 4 FKVO umfasst wird. Vorliegend ist somit zu hinterfragen, ob und wenn ja, welche Schranken sich aus Art. 21 Abs. 4 FKVO für die nationalstaatliche Begriffsbildung des Medienzusammenschlusses ergeben.[767] Art. 21 Abs. 4 FKVO ermöglicht es den Mitgliedstaaten, den Zusammenschluss nach einer Freigabe von der Kommission zusätzlich auf die Beeinträchtigung der Medienvielfalt zu prüfen. Art. 21 Abs. 4 FKVO ist damit anlassbezogen zu verstehen. Er setzt aber zugleich normative Grenzen für die Prüfung durch die Mitgliedstaaten. Diese betreffen vorliegend v.a. die Reichweite des Medienbegriffs, der die Reichweite der ergänzenden Prüfung Absteckt und bereits auf die Definitionsebene ausstrahlt. Die FKVO und der AEUV definieren nicht den Begriff des Mediums bzw der Medien. Sieht man sich aber die auf Unionsebene initiierten Harmonisierungsmaßnahmen zur Schaffung eines einheitlichen Medienkonzentrationsrechts an zeigt sich, dass die Union den Begriff der Medien v.a. auf die Presse, den Rundfunk und die neuen Medien bezieht.[768] Diese Begriffsbestimmung ist demnach auch vorliegend maßgeblich.

bb) Folgen der Vorprägung des Begriffsinhaltes

Durch die Vorprägung des Begriffsinhaltes sind die Wettbewerbsbehörden bei der Prüfung von Medienzusammenschlüssen auf die Medien Presse, Rundfunk und neue Medien beschränkt. Eine Erfassung von Tonträgerherstellern ist demnach z.B. nicht möglich. Die Regelung des Art. 21 Abs. 4 FKVO ist im Anwendungsbereich von Zusammenschlüssen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung eng auszulegen. Das gilt auf der ersten Ebene der Definition des Medienzusammenschlusses auch bereits deswegen, da sich das österreichische System wegen der systematischen Verankerung im KartG,

---

Kommission vom 11.03.2008, COMP/M.4731 – *Google/Double Click*. Im letzteren Fall lag grundsätzlich keine gemeinschaftsweite Bedeutung vor, allerdings wurde ein Verweisungsantrag nach Art. 4 Abs. 5 FKVO wegen Betroffenheit von mindestens drei Mitgliedstaaten gestellt.

[767] Daneben ist dann die Frage zu beantworten, welchen Einfluss Art. 21 Abs. 4 FKVO auf die konkrete Prüfung der Beeinträchtigung der Medienvielfalt hat.

[768] Vgl. ausführlich dazu mit einer Sammlung der Quellen *Bauer/Reidlinger*, MR 2004, 357, 360.

in die Nähe der Untersagung aus Gründen des wirtschaftlichen Wettbewerbs bewegt, die mit Art. 21 Abs. 4 FKVO allerdings nicht in Einklang zu bringen ist.[769]

b) Mediendienst

Unter einem Mediendienst wird gemäß § 1 Abs. 1 Ziff. 7 MedienG ein Unternehmen verstanden, dass das Medienunternehmen wiederkehrend mit Beiträgen in Wort, Schrift, Ton oder Bild versorgt. Unter diesen Begriff fallen v.a. Pressedienste, Bild- und Nachrichtenagenturen.[770]

2. Medienhilfsunternehmen

§ 8 Abs. 2 KartG enthält einen abschließenden Katalog der Medienhilfsunternehmen. Die Abgrenzung zu § 8 Abs. 1 KartG ist wegen des unterschiedlichen Multiplikators von 20 statt 200 von großer Bedeutung.[771] Unter einem Medienhilfsunternehmen werden Verlage, sofern sie nicht selbst Medienunternehmen sind, Druckereien und Unternehmen der Druckvorstufe, Unternehmen die Werbeaufträge beschaffen und vermitteln, Unternehmen die den Vertrieb von Medienstücken im großen besorgen sowie Filmverleihunternehmen erfasst.[772] Zu den Unternehmen, die den Vertrieb von Medienstücken im Großen besorgen, zählen u.a. auch Presse-Grossisten.[773]

3. Medienunternehmen i.w.S.

Gemäß § 8 Abs. 3 KartG handelt es sich auch dann um einen Medienzusammenschluss, wenn nur *eines* der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen unter § 8 Abs. 1 Ziff. 1 bis 3 KartG fällt und *an* mindestens *einem weiteren* Unternehmen eines der in § 8 Ziff. 1 bzw. Ziff. 2 KartG genannten Unternehmen (Medienunternehmen, Mediendienst, Medienhilfsunternehmen) mittelbar oder unmittelbar mit mindestens 25% beteiligt ist. In dieser Konstellation ist das Medienunternehmen, der Mediendienst bzw das Medienhilfsunternehmen beim weiteren Unternehmen also *Gesellschafter*.[774] Für das Eingreifen von § 8 Abs. 3 KartG ist erforderlich, dass mindestens ein Unternehmen unter Abs. 1 fällt. Handelt es sich hingegen um zwei Nichtmedienunternehmen, an denen jeweils mindestens 25%-Beteiligungen bestehen, m.a.W. also um zwei lediglich unter § 8 Abs. 3 KartG fallende Unternehmen, liegt kein Medien-

[769] Vgl. *Wiring,* Pressefusionskontrolle im Rechtsvergleich, S. 605. So auch *Ablasser*, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 97 die auf die Notwendigkeit der Gemeinschaftsverträglichkeit hinweist.
[770] *Zellenberg*, JBl 2012, 686, 694; *Noll*, in: Berka/Höhne/Noll/Polley, Kommentar MedienG § 1, Rn. 28.
[771] So auch *Hoffer*, Kommentar zum KartG, S. 145.
[772] Die Filmverleihunternehmen wurden erst mit der KartG- Novelle 2002 in § 8 Abs. 2 Z. 5 KartG 2005 (damals § 42c Abs. 2 Z. 5 eingeführt); *Reich-Rohrwig/Zehetner,* Österreichisches Kartellrecht, S. 265; *Urlesberger*, RWZ 2002, 205, 207.
[773] KG, Beschl. vom 05.08.2004, 26 Kt 132/04.
[774] *Hoffer*, Kommentar zum KartG, S. 147.

zusammenschluss i.S.d. Abs. 3 vor.[775] Um Einheitlichkeit der Schwellen zu schaffen, korrespondiert die 25%-Schwelle des § 8 Abs. 3 KartG mit der iSd § 8 Abs. 1 Ziff. 3 KartG. Verfügt demnach ein Konzern über eine 25%-Beteiligung iSd § 8 Abs. 1 Ziff 3 KartG, kann sich ein Medienzusammenschluss auch *unabhängig* von einer eigenen Medienbeteiligung des weiteren Unternehmens ergeben, wenn *an* diesem nur eine mindestens 25%-ige Beteiligung besteht. Unklar ist bisher, wann von einer mittelbaren 25%-Beteiligung iSd § 8 Abs. 3 KartG auszugehen ist. Das KartG und die Materialien enthalten diesbezüglich keinen ausdrücklichen Hinweis. Aufgrund des parallelen Schutzanlie-gens der medienspezifischen Regelungen im KartG und der in § 9 PrR-G bzw § 11 AMD-G kann auf die dort enthaltene Wertung zurückgegriffen werden. Sowohl § 11 Abs. 5 S. 2 AMD-G als auch § 9 Abs. 4 S 2 PrR-G sehen vor, dass eine mittelbare Beteiligung dann als mittelbar angesehen werden kann, wenn auf *jeder Stufe* jeweils 25% erreicht werden. Dieses Verständnis ist auch bei § 8 Abs. 3 KartG zugrundezulegen.[776] Ziel dieser Konkretisierung im AMD-G bzw PrR-G ist es zu bestimmen, wann jemand als mit dem Medieninhaber (vgl. z.B. § 2 Ziff 21 AMD-G) verbunden gilt. Damit sollten vor allem Umgehungen der 25%-Grenze verhindert werden.[777]

V. Eingreifkriterien

Die BWB *hat* den Zusammenschluss nach § 12 Abs. 1 Ziff. 2 KartG zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung iSd § 4 KartG entsteht oder verstärkt wird. Das KartG folgt damit (weiterhin) auch nach dem KaWeRÄG dem Marktbeherrschungstest.[778] Der SIEC-Test wurde (vorerst) nicht eingeführt.[779] Im Zuge des KaWeRÄG wurde in § 4 Abs. 1a bzw. Abs. 2a KartG allerdings eine neue Regelung zur kollektiven Marktbeherrschung eingeführt, die auch im Rahmen der Fusionskontrolle zu beachten ist.[780] Ist die Entstehung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung zu erwarten, besteht nach § 12 Abs. 2 KartG die Möglichkeit der Rechtfertigung.

1. Marktbeherrschungstest

Eine marktbeherrschende Stellung kann sich gemäß § 12 Abs. 1 Ziff. 2 KartG i.V.m. § 4 KartG aus der Entstehung oder Verstärkung einer Einzelmarktbeherrschung (§ 4 KartG) *oder* einer kollektiven Marktbeherrschung (§ 4 Abs. 1a KartG) auf dem relevan-

[775] *Hoffer*, Kommentar zum KartG, S. 147.
[776] In die Richtung auch *Bauer/Reidlinger*, MR 2004, 357, 357 unter Verweis auf die alte Regelung des § 11 Abs. 6 PrTV-G.
[777] Vgl. dazu *Oberndorfer*, JRP 2001, 103, 110 m.w.N und Beispielen für Umgehungskonstellationen.
[778] *Schuhmacher/Muntean*, wbl 2013, 181 ff; So auch *Hoffer*, Kommentar zum Kartellgesetz, S. 177.
[779] Zwar wurde die Einführung im Zuge des SIEC-Tests erörtert; schlussendlich war man aber der Ansicht den Marktbeherrschungstest zunächst beibehalten zu wollen.
[780] *Schuhmacher/Muntean*, wbl 2013, 181, 188.

ten Markt ergeben. Die Einzelmarktbeherrschung und kollektive Marktbeherrschung schließen sich gegenseitig aus.[781]

a) Marktabgrenzung

Zwar ist man nach Nr. 9.5 des Formblattes verpflichtet, Angaben zu den betroffenen Märkten zu erstatten. Dies erweist sich in der Praxis "systembedingt" allerdings als schwierig, soweit eine genaue Abgrenzung geliefert werden soll, da die Kenntnisnahme der Marktabgrenzung durch das KG bzw. die BWB als schwierig erweist.[782] Die BWB gibt in ihren Bekanntmachungen gemäß § 10 Abs. 3 Ziff. 2 KartG grundsätzlich nicht an, von welchen sachlich und räumlich relevanten Märkten sie ausgeht.[783] Soweit ein Prüfungsantrag beim KG gestellt worden ist, wird aber (soweit möglich) auf die von der BWB und bzw oder dem BKartAnW vorgeschlagene und vom KG zugrundegelegte Marktabgrenzung in den Bekanntmachungen oder in den Tätigkeitsberichten hingewiesen. Begründet wird dieses Vorgehen damit, dass die BWB keine eigenene Entscheidungskompetenz besitze und eine Angabe der Abgrenzung ohnehin keine Rechtssicherheit für die Zusammenschlussbeteiligten schaffen würde. Zur Entscheidung sei insoweit das Kartellgericht berufen. Das ist soweit nachvollziehbar. Die Ursache für die mangelnde Transparenz liegt daher vor allem darin begründet, dass ein Großteil der Entscheidungen des Kartellgerichts nicht veröffentlicht worden sind. Seit dem KaWeRÄG ist nunmehr in § 37 KartG vorgesehen, dass die Entscheidungen des Kartellgerichts, auch diejenigen zu Anträgen nach § 11 KartG, unter Angabe der Beteiligten in der Ediktsdatei zu erfolgen hat. Gemäß § 86 Abs. 4 KartG findet die Regelung für verfahrenseinleitende Anträge nach dem 28.02.2013 Anwendung. Eine erste Gelegenheit im Zusammenschlussverfahren würde die aktuell vom Kartellgericht geprüfte vertiefte Zusammenarbeit der letzten beiden verbliebenen Grossisten *MPV* und *Austria Trunk* im Bereich Kontraktlogistik bieten.[784]

---

[781] Vgl. dazu *Schuhmacher/Muntean*, wbl 2013, 181, 188 mit dem Hinweis darauf, dass entweder jemand sich aufgrund fehlenden Wettbewerbs unabhängig verhalten kann oder erst die Gemeinsamkeit (im Oligopol) dazu führt, dass ein unabhängiges Handeln vorliegt. Ausführlich zur kollektiven Marktbeherrschung im Rahmen des Art. 102 AEUV und § 19 GWB *Ondrejka,* Deutsches und europäisches Kartellrecht unter Berücksichtigung des more economic approach, S. 38 ff (zu Art. 102 AEUV) und S. 55 ff (zu § 19 GWB).

[782] Den Anmeldern wird von Seiten der BWB aber nichts Unmögliches abverlangt; eine Anlehnung an die Abgrenzung der Kommission und auch die des BKartA ist durchaus möglich.

[783] In den Bekanntmachungen finden sich lediglich auszugsweise die von den Anmeldern bei der Anmeldung erstatteten Angaben. Die Beschreibung des Erwerbsvorgangs enthält lediglich eine Beschreibung des Erwerbsvorgangs aus Unternehmenssicht, nicht aber die von der BWB für maßgeblich erachtete Abgrenzung. Auch lässt sich anhand der Angabe des betroffenen Geschäftszweiges nicht schlussfolgern, ob z.B. bei einer Zuordnung zum Geschäftsbereich „Medien/Verlagswesen" ein Medienzusammenschluss iSd § 8 KartG vorliegt. Die Zuordnung erfolgt lediglich anhand einer Stichwortliste und dient insoweit der groben Orientierung. Die Bekanntmachung auf der Homepage der BWB (§ 10b Abs. 1 WettbG) erfolgt seit dem KartG 2005.

[784] Vgl. BWB/Z-1976 – *MPV/ Austria Trunk*.

aa) Print

Die Gerichte und die BWB trennen hinsichtlich der Printmärkte grundlegend zwischen Leser- und Anzeigenmärkten.[785] Bei den Lesermärkten wird zwischen Tages- und Wochenzeitungen getrennt.[786] Bei den Tageszeitungen sind regionale Tageszeitungsmärkte abzugrenzen, die elektronische Medien nicht einbeziehen.[787] Im Verfahren *Moser Holding AG/Oberösterreichische Rundschau* ging die BWB zudem von einem Lesermarkt für wöchentliche bis 14-tägig erscheinende regionale Zeitungen aus.[788]

Daneben hat das KOG einen eigenständigen Markt für Magazine abgegrenzt.[789] Innerhalb dieses Marktes sei ein Markt für Unterhaltungsblätter zu unterscheiden. Räumlich ist dieser national abzugrenzen.[790] Darüber hinaus besteht auch ein eigenständiger Markt für juristische Fachliteratur in den Bereichen Recht, Wirtschaft und Steuern, der auch Fachbücher, Fachzeitschriften und elektronische Medien umfasse.[791] In räumlicher Hinsicht handelt es sich wiederrum um einen nationalen Markt.[792] Innerhalb des Teilmarktes für elektronische Medien komme den Rechtsdatenbanken eine besondere Bedeutung zu.[793] Ob und inwiefern weitere Unterteilungen im Bereich von Fachzeitschriften[794], z.B. hinsichtlich der Bereiche Medizin und Gesundheit,[795] des Gastgewerbes- und des Genussmittelbereichs[796], der Consumer- und Unterhaltungselektronik[797] vorzunehmen ist, kann nicht festgestellt werden, da die Angaben zum Erwerbsvorgang lediglich auf den Angaben der Anmelder beruhen. Das KG hat zudem

[785] KOG, Beschl. vom 26.02.1996, 16 Ok 1/96; KG, Beschl. vom 26.01.2001, 26 Kt 342 u.a./00; So zuletzt auch KOG, Beschl. vom 17.12.2008, 16 Ok 15/08. Bezogen auf den Rundfunk wurde die *Zweiseitigkeit der Medienmärkte* zuletzt v.a. überzeugend von der KOMMAustria in der Auftragsvorprüfung der TVthek.ORF.at hervorgehoben, KOA 11.261/13.015, S. 86.

[786] Vgl. KOG, Beschl. vom 09.10.2000, 16 Ok 6/00; KG, Beschl. vom 26.01.2001, 26 Kt 342 u.a./00; In die Richtung auch OGH, Beschl. vom 15.12.2011, 4 Ob 208/10g – *Fußballer des Jahres IV*. Dort hat der OGH außerhalb der Zusammenschlussfälle einen Markt für Tageszeitungen angenommen.

[787] Vgl. KOG, Beschl. vom 09.10.2000, 16 Ok 6/00 allerdings mit dem Hinweis, dass heutzutage noch keine Austauschbarkeit bestehe.

[788] Vgl. BWB/Z 317 – *Moser Holding AG/Lancelot Media Holding GmbH/Oberösterreichische Rundschau*. Vgl. dazu Pressemitteilung vom 07.01.2004 unter Verweis auf KG, Beschl. vom 17.12.2003, 26 Kt 478/03.

[789] KOG, Beschl. vom 23.09.1999, 4 Ob 249/98s.

[790] KOG, Beschl. vom 23.09.1999, 4 Ob 249/98s.

[791] KOG, Beschl. vom 17.12.2001, 16 Ok 9/01 – *Wolters Kluwer/Linde*, zuvor KG, Beschl. vom 29.08. 2001, 26 Kt 143, 186, 191, 192/01-45.

[792] KOG, Beschl. vom 17.12.2001, 16 Ok 9/01 – *Wolters Kluwer/Linde*, Rn. 3a.

[793] KOG, Beschl. vom 17.12.2001, 16 Ok 9/01 – *Wolters Kluwer/Linde*, Rn. 3a.

[794] Vgl. BWB/Z-1172 – *P&V Holding AG/MedMedia Verlag und Media Service GmbH/Wolfgang Maierhofer Privatstiftung*; BWB/Z-758 – *WEKA Media Publishing GmbH/Motor Presse Stuttgart GmbH & Co KG*; BWB/Z-644 – *WEKA Verlag Gesellschaft mbH/Springer Business Media Austria*; BWB/Z-334 – *österreichischer Bundesverlag GmbH/öbvhpt Verlagsgesellschaft mbH & Co KG*; BWB/Z-32 – *VIP Gourmetclub GmbH/Falstaff Verlagsgesellschaft mbH*.

[795] Vgl. BWB/Z-1172 – *P&V Holding AG/MedMedia Verlag und Media Service GmbH/Wolfgang Maierhofer Privatstiftung*.

[796] Vgl. BWB/Z-32 – *VIP Gourmetclub GmbH/Falstaff Verlagsgesellschaft mbH*.

[797] Vgl. BWB/Z-758 – *WEKA Media Publishing GmbH/Motor Presse Stuttgart GmbH & Co KG*.

einen Markt für Schulbücher abgegrenzt.[798] Hinsichtlich der Printanzeigenmärkte ist seit der Rs. *Styria Medien/Moser* von einem einheitlichen nationalen Anzeigenmarkt für Gratiswochenzeitungen und nationalen Kauftageszeitungen auszugehen.[799] Daneben besteht ein regionaler Anzeigenmarkt, in dem regionale Gratiswochenzeitungen und Kauftages- bzw. Kaufwochenzeitungen mit Regionalausgabe enthalten sind.[800] National erscheinende Zeitungen ohne Regionalausgabe wie z.B. der "Kurier", "Standard" oder die "Presse" sind hiervon nicht erfasst.[801] Die regionalen Anzeigenmärkte beziehen sich auf die Bundesländer. Daneben gibt es lokale bezirksweite Märkte für Anzeigen. Die lokalen Märkte umfassen Gratiswochenzeitungen und Gratistageszeitungen mit einer Lokalausgabe.[802]

Hinsichtlich der nachgelagerten Märkte hat das KG in *Morawa Grosso* einen eigenständigen Markt für den Pressegroßvertrieb abgegrenzt.[803] Zudem hat das KG klargestellt, dass die weiteren Vertriebswege des Abonnementvertriebs über die Post, die Kolportage und der stumme Verkauf eigene benachbarte Märkte darstellen.[804] Im Mißbrauchsverfahren *Österreichische Post/Redmail Logistik Zustellservice*[805] hat das KOG in Übereinstimmung mit dem KG einen sachlich relevanten Markt für die Hauszustellung von Tageszeitungen, bei denen zwischen der Zustellung am Tag und in der Nacht zu unterteilen ist und der Zustellung von Wochen- und Monats-zeitungen unterschieden.[806] In räumlicher Hinsicht wurde ein nationaler Markt angenommen.[807] Für den Bereich der den Pressemärkten nachgelagerten Märkte ist daher von einer Trennung zwischen den Vertriebswegen auszugehen. Diese Unterschei-dung findet sich auch in den neueren Zusammenschlussanmeldungen wieder.[808]

bbb) Rundfunk

Das KG und das KOG unterscheiden im Rundfuk ebenfalls zwischen den Zuschauer- und Werbemärkten.[809] Bei der Abgrenzung der Werbemärkte kommt es v.a. auf die

[798] Vgl. KG, Beschl. vom 18.03.2003, 25 Kt 53/03. Siehe dazu auch BWB/Z-1649 – *Verlag E. Dorner GmbH/Verlag Jugend & Volk Gesellschaft m.b.H.*; BWB/Z-334 – *Österreichischer Bundesverlag GmbH/öbvhpt Verlagsgesellschaft mbH & Co KG*;
[799] KOG, Beschl. v. 17.12.2008, 16 Ok 15/08, Rn. 4.1.3.3. (KG) und bestätigt in 5.5.1.1.
[800] KOG, Beschl. v. 17.12.2008, 16 Ok 15/08, Rn. 4.1.3.2 (KG), und bestätigt in 5.5.1.1.
[801] KOG, Beschl. v. 17.12.2008, 16 Ok 15/08, Rn. 4.1.3.2 (KG), und bestätigt in 5.5.1.1.
[802] KOG, Beschl. v. 17.12.2008, 16 Ok 15/08, Rn. 4.1.3.1 (KG), und bestätigt in 5.5.1.1.
[803] KG, Beschl. vom 05.08.2004, 26 Kt 132/04 – *Morawa Grosso*.
[804] KG, Beschl. vom 05.08.2004, 26 Kt 132/04 – *Morawa Grosso*.
[805] KOG, Beschl. vom 27.02.2006, 16 Ok 46/05 – *Österreichische Post AG/Redmail Logistik Zustell-service GmbH*; zuvor KG, Beschl. vom 10.05.2005, 26 Kt 29, 91/04-71.
[806] Vgl. Tätigkeitsbericht BWB 2004/2005, S. 42-43.
[807] Vgl. Tätigkeitsbericht BWB 2004/2005, S. 43.
[808] BWB/Z-2100 – *Print Express Zustellservice GmbH/Styria Services Holding GmbH/Standard Verlags-gesellschaft GmbH ;* BWB/Z-1113 – *LT Logistik und Transport GmbH/Styria Logistik Holding GmbH.* Im Verfahren Z-2100 wird zudem die Schüttenbelieferung als Gegenstand genannt.
[809] KG, Beschl. vom 29.11.1999, 26 Kt 71/98; So auch KOG, Beschl. vom 23.06.2003, 16 Ok 4/03.

Reichweite und die Medienqualität der Medien bei der Frage der Vergleichbarkeit an.[810] Der Rundfunkwerbemarkt sei weiter in Hörfunk- und Fernsehwerbung zu unterteilen.[811] In geographischer Hinsicht sind die Märkte hinsichtlich der Reichweite ihrer Lizenz abzugrenzen.[812] Eine rundfunkspezifische Weichenstellungen konnte das KG im Fall *Medicur/ORS* vornehmen.[813] Hinsichtlich der Verbreitung der Rundfunksignale wird in Anknüpfung an die RFMVO 2004[814] ein eigener sachlich relevanter Markt für die terrestrische Übertragung von Rundfunksignalen abgegrenzt, der von der Übertragung über Kabel oder Satellit zu unterscheiden ist.[815] Es besteht demnach kein einheitlicher Markt für die drei Übertragungswege, da diese nicht austauschbar seien.[816]Innerhalb dieses Marktes sei zwischen Rundfunk- und Hörfunksignalen zu unterscheiden.[817] Räumlich umfasse der Markt das Bundesgebiet ist damit national zu verstehen.[818] Daneben bestünde ein Markt für die Satellitenabstrahlung, der EWR-weit zu fassen sein und ein Markt für Co-Location,[819] der national zu fassen sei.[820]

ccc) Online

Im Online-Bereich gibt es seitens des KG oder KOG noch keine Entscheidungen. Allerdings hat sich die KOMM-Austria bereits in einigen Verfahren, so z.B. zuletzt in der Auftragsvorprüfung i.S.d. § 6a ORF-Gesetz[821] des Online-Angebotes Tvthek.ORF.at mit den betroffenen Märkten beschäftigt.[822] Dieser Enscheidung können eine Reihe von Anhaltspunkten entnommen werden, wie eine Abgrenzung im Online-Bereich erfolgen könnte. Ausgehend von der Unterscheidung zwischen Zuschauer bzw. Seher-und Werbemärkten seien in den Sehermarkt sowohl öffentlich-rechtliche als auch private

[810] KG, Beschl. vom 23.05.2003, 26 Kt 16/03.
[811] KG, Beschl. vom 29.11.1999, 26 Kt 71/98; KG, Beschl. vom 23.05.2003, 26 Kt 16/03; So auch KOG, Beschl. vom 23.06.2003, 16 Ok 4/03.
[812] KG, Beschl. vom 21.05.2002, 26 Kt 429/01-22 (unveröffentlicht).
[813] KG, Beschl. vom 19.12.2005, 26 Kt 391/05 – *ORS/Medicur Sendeanlagen GmbH*; vgl. dazu v.a. *Wittmann*, MR 2006, 3 ff.
[814] Die RFMVO 2004 ist mit Inkrafttreten der Verordnung der KOMMAustria über die gemäß dem TKG 2003, TKG 2003 BGBl. Nr. 70/2003 i.d.F. BGBl. I Nr. 133/2005 der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten nationalen Märkte für Rundfunkübertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer (RFMVO 2009) zum 30.04.2009 (§ 2 RFMVO 2009) außer Kraft getreten.
[815] KG, Beschl. vom 19.12.2005, 26 Kt 391/05. Die Unterscheidung zwischen analoger und digitaler terrestrischer Übertragung ist zwar im Beschluss deutlich angelegt, findet sich aber später in der Begründung nicht mehr wieder.
[816] KG, Beschl. vom 19.12.2005, 26 Kt 391/05, S. 3.
[817] Mit dieser Abgrenzung liegt das KG vollständig auf der Linie der RFMVO 2004.
[818] KG, Beschl. vom 19.12.2005, 26 Kt 391/05, S. 8. Damit liegt der Beschluss auch auf der Linie der Abgrenzung durch die KOMMAustria, die in ihrer RFMVO 2009 auch einen Markt für die analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden angenommen hat, der bundesweit zu fassen sei.
[819] Unter Co-Location erfasst man Vereinbarungen zwischen Betreibern von Sendeanlagen, ihre Basisantennen auf derselben Struktur (Mast oder Gebäude) zu errichten, vgl. KG, Beschl. vom 19. 12.2005, 26 Kt 391/05, S. 7.
[820] KG, Beschl. vom 19.12.2005, 26 Kt 391/05, S. 8.
[821] Die Auftragsvorprüfung ist mit dem Drei-Stufen-Test in Deutschland vergleichbar.
[822] Vgl. KOMMAustria, Bescheid v. 15.07.2013, KOA 11.261/13.015, S. 87.

Online-Angebote einzubeziehen.[823] In inhaltlicher Hinsicht werden die Angebote einbezogen, die ein vergleichbares Themenspektrum aufweisen. Ausgeschlossen sind damit die Angebote, die sich ausschließlich auf ein Thema beziehen oder in der Tiefe der Berichte nicht mit dem Angebot der Tvthek.ORF.at vergleichbar sind.[824] Zudem seien nur die Angebote einzubeziehen, die in deutscher Sprache erscheinen, da durch die Eingabe eines Suchbegriffes in die Suchmaske der Videothek die Sprache bestimmt werde. Von diesem Markt sei der Online-Werbemarkt zu trennen, der (in Übereinstimmung mit *Google/Double Click* und *SevenOneMedia/G+J Electronic Media Sales /Tomorrow Focus Portal/IP Deutschland* vom Offline-Werbemarkt abgegrenzt werden müsse.[825] In den Online-Werbemarkt seien nur Display-Ads einzubeziehen, nicht aber Search Marketing, E-Mail Marketing oder Social Media Marketing.[826] Ob das die Kartellgerichte dieser Differenzierung folgen und z.B. einen eigenen Markt für Online-Werbung abgrenzen,[827] bleibt abzuwarten. Da sich aus den Stellungnahmen der BWB im Zuge der Auftragsvorprüfung der Tvthek.ORF.at ergibt, dass die Marktabgrenzung der Kommission und des BKartA teilt,[828] könnte jedenfalls von Seiten der BWB eine diesbezügliche Abgrenzung bei Stellung eines Prüfungsantrags erwartet werden.

b) Marktbeherrschung

Wie bereits beschrieben, kann sich seit dem KaWeRÄG eine Marktbeherrschung nunmehr sowohl aus einer Einzelmarktbeherrschung als auch als der kollektiven Marktbeherrschung ergeben. Wenngleich § 12 KartG auf § 4 KartG verweist, so hat der Begriff nicht zwingend einen identischen Inhalt, da die Zusammenschlusskontrolle zukunftsorientiert mit einer Prog-nose operiert, die Mißbrauchskontrolle hingegen vergangenheitsbezogen. Hintergrund für die an § 19 Abs. 2 GWB orientierte Neuregelung in § 4 Abs. 1a bzw. Abs. 2 a KartG war die Absicht künftig die kollektive Marktbeherrschung z.B. in der Mineralölwirtschaft erfassen zu können.[829] Bei der

[823] Vgl. KOMMAustria, Bescheid vom 15.07.2013, KOA 11.261/13.015, S. 88; in Übereinstimmung mit KOMM Austria, Bescheid vom 14.11.2012, KOA 11.268/12-005; KOMMAustria 21.11.2011, KOA 11.267/11-008; KOMMAustria, Bescheid vom 18.05.2011, 11.240/11-024.
[824] Vgl. KOMMAustria, Bescheid vom 15.07.2013, KOA 11.261/13.015, S. 87.
[825] Vgl. KOMMAustria, Bescheid vom 15.07.2013, KOA 11.261/13.015, S. 102.
[826] Vgl. KOMMAustria, Bescheid vom 15.07.2013, KOA 11.261/13.015, S. 103.
[827] Vgl. dazu KOG, Beschl. vom 17.10.2005, 16 Ok 43/05. Die Online-Werbung war jedenfalls zuletzt häufiger Gegenstand der Zusammenschlussanmeldungen so in BWB/Z-1873 – *Burda Digital GmbH/Xing AG*; BWB/Z-1560 – *J. Wimmer GmbH/Medien Beteiligungsgesellschaft mbH/Zeta Medienservice GmbH* ; BWB/Z-1436 – *EQT Expansion Capital II/Riese Media GmbH/Lopesan S.á.r.l;* BWB/Z-1174 – *Comcast Corporation/General Electric Company/NBC Universal*; BWB/Z-1093 – *G+J Electronic Media Service GmbH/IP Deutschland GmbH/Seven One Media GmbH/Tomorrow Focus Portal GmbH*.
[828] Vgl. KOMMAustria, Bescheid vom 15.07.2013, KOA 11.261/13.015, S. 31.
[829] ErlRV 1804 Blg NR 24 GP 7; so auch *Hoffer/Barbist*, WuW 2013, 726, 730. Kritisch zum Konzept der kollektiven Marktbeherrschung hat sich z.B. die *WienEnergie* geäußert, die in ihrer Stellungnahme zum Entwurf des KaWeRÄG anmerkte, dass bei der Auslegung darauf geachtet werden muss, nicht schlichtes Parallelverhalten als Kollektivität ausgelegt wird. In der Abgrenzung spiegelt sich m.E. die

Bestimmung der Marktbeherrschung kommt dem Marktanteil eine große Bedeutung zu.[830] Eine Einzelmarktbeherrschung liegt nach § 4 Abs. 1 KartG vor, wenn der Unternehmer keinem oder nur unwesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (Ziff. 1) oder ihm im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung zukommt (Ziff. 2). Sie wird nach § 4 Abs. 2 Ziff. 1 ab einem 30% Marktanteil widerleglich vermutet.

Eine kollektive Marktbeherrschung besteht hingegen nach § 4 Abs. 1a KartG, wenn zwischen zwei oder mehr Unternehmern wesentlicher Wettbewerb nicht besteht (kein Binnenwettbewerb) und sie dadurch keinem oder nur unwesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind oder Ihnen eine überragende Marktstellung zukommt. Entscheidend ist auch hier das Fehlen des Binnenwettbewerbs.[831] Die kollektive Marktbeherrschung wird vermutet, wenn drei Unternehmen 50% Marktanteil oder fünf Unternehmen über 2/3 Marktanteil auf sich vereinen. Bezugspunkt ist der relev.a.nte Markt.[832] Liegen die Voraussetzungen vor, wird die Marktbeherrschung widerleglich vermutet.[833] Seit der Novelle bestehen nunmehr fünf Vermutungstatbestände, die (auch) in der Fusionskontrolle Anwendung finden.[834] Eine Widerlegung erfordert, dass entweder die der Vermutung zugrundeliegenden Voraussetzungen als unrichtig angegriffen werden oder nachgewiesen wird, dass eine kollektive Marktbeherrschung nicht besteht.[835]

c) Kausalität und Sanierungsfusion

Ferner ist erforderlich, dass der Zusammenschluss für die Entstehung bzw Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung kausal ist.[836] An der Kausalität fehlt es, wenn die Voraussetzungen der Sanierungsfusion vorliegen. Liegen diese vor, ist der Zusammenschluss *nicht zu untersagen*. Zwar ist Sanierungsfusion im österreichischen KartG nicht ausdrücklich vorgesehen, womit das den Wettbewerbsschutz überlagernde Primat der Unternehmenserhaltung nicht expressis verbis anerkannt wird.[837] Die österreichische Spruchpraxis geht jedoch – spätestens – seit der Rs *Holzhandel* unter Berufung auf die *failing company defense* ausdrücklich davon aus, dass sich Unternehmen beim Erwerb

---

Abgrenzung des Art. 101 AEUV (bewusstes Parallelverhalten/abgestimmte Verhaltensweise) wieder, vgl. 10/SN-349/ME XXIV GP, S. 2.

[830] So KG, Beschl. vom 23.05.2003, 26 Kt 16/03.

[831] Vgl. dazu *Schuhmacher/Muntean*, wbl 2013, 181, 184.

[832] Vgl. *Hoffer/Barbist*, WuW 2013, 726, 730.

[833] Vgl. dazu *Schuhmacher/Muntean*, wbl 2013, 181, 186. Inwieweit die Amtsermittlungspflicht der BWB durch die widerlegbaren Vermutungsregelungen eingeschränkt wird, lässt sich aus Rechtsprechung und Literatur nicht ermitteln.

[834] Vorsichtig *Hoffer/Barbist*, WuW 2013, 726, 731 „unter Umständen sogar in der Fusions-kontrolle". Wegen des klaren Verweises in § 12 Abs. 1 Ziff. 2 KartG wird m.E. jedenfalls von der Anwendbarkeit auszugehen sein. Kritisch zur Anwendbarkeit im Bußgeldverfahren Studienvereinigung Kartellrecht, 31/SN-349/ME XXIV GP, S. 2.

[835] Vgl. dazu *Schuhmacher/Muntean*, wbl 2013, 181, 186.

[836] So Reidlinger/Hartung, Das neue österreichische Kartellrecht, S. 175.

[837] *Wessely*, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, S. 227.

von “insolvenznahen” Unternehmen – bei Vorliegen der drei Voraussetzungen – auf die Sanierungsfusion berufen können.[838] Eine Sanierungsfusion liegt vor, wenn (1) das Unternehmen ohne die Übernahme ohnehin aus dem Markt ausscheiden würde, (2) es keine weniger wettbewerbsschädliche Alternative gibt, insbesondere kein alternativer Erwerber zur Verfügung steht, und (3) die Marktposition des erworbenen Unternehmens im Falle des Ausscheidens aus dem Markt, dem erwerbenden Unternehmen ohnehin zuwachsen würde.[839] Soweit ersichtlich, gibt es in der Spruchpraxis bisher keinen Anwendungsfall im Medienbereich. Angesichts des aus dem “Online-Bereich” heraus steigenden Übernahmedrucks[840] steht aber zu erwarten, dass es künftig – wie in Deutschland kürzlich beim Erwerb der *Frankfurter Rundschau* durch die *FAZ* zu Anwendungsfällen kommen wird. Einen möglichen Anwendungsfall könnte die Kärntner Tageszeitung (*KTZ*) bieten. Zeitungsberichten zufolge wurde kürzlich Insolvenzantrag gestellt.[841] Eine über die allgemeine Sanierungsfusionsklausel hinausgehende Regelung – vergleichbar des im Zuge der 8 GWB Novelle eingeführten § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB – gibt es de lega lata nicht.

d) Konglomerate Effekte

Mit der Berücksichtigung konglomerater Effekte hat sich das KOG insbesondere im *Styria/Moser* beschäftigt.[842] Das KOG erkennt ebenso wie das KG an, dass es konglomerate Effekte in Form von Portfolioeffekten oder *spill-over* Effekten[843] geben kann. Bei der betreffenden Prüfung ging das KOG davon aus, dass es zu konglomeraten Effekte auf den nationalen Anzeigenmärkten und regionalen Anzeigenmärkten in Wien und Vorarlberg kommen könnte.[844] Interessant ist, dass das KOG die konglomeraten Effekte nicht als Argument *für* eine *Untersagung* verwendet hat, sondern vielmehr als Argument *für eine Rechtfertigung* i.S.d. § 12 Abs. 2 Ziff. 1 KartG heranzog.[845]

e) Rechtfertigung

---

[838] Vgl. KOG, Beschl. vom 04.10. 2010, 16 Ok 6/10=ÖZK 2010, 234 – *Holzhandel*.

[839] Kritisch zur Nichtberücksichtigung des in der Rs *BASF/Pantochim/Eurodiol* entwickelten Kriteriums des Ausscheidens der Vermögenswerte *Knauder/Schirk*, ZUS 2011, 15, 19.

[840] Durch die zurückgehende Print-Abonnentenzahl und die in den Online-Bereich abwandernden Werbe- und Anzeigenkunden, kommt es zu Erlösschmälerungen bei den Verlagen. Die sinkenden Erlöse erhöhen den Druck sich zu größeren „Medieneinheiten“ zusammenzuschließen, um mehr Verhandlungsmacht bei den Verhandlungen mit Werbekunden zu haben und Geschäftsmodelle besser querfinanzieren zu können.

[841] Vgl. Der Standard vom 06.06.2013, „Kärntner Tageszeitung“: Miteigentümer stellt Konkursantrag über Muttergesellschaft.

[842] KOG, Beschl. vom 17.12.2008, 16 Ok 15/08.

[843] Interessant ist, dass der Begriff des spill-over Effekts vom KOG in einem anderen Zusammenhang und Wortverständnis verwendet wird, als z.B. bei § 9 Abs. 3 PrR-G. Dort wird unter einem spill-over Effekt eine technisch unvermeidbare Überschneidung verstanden. Übertragen auf diesen Zusammenhang kann von einer technischen Unvermeidbarkeit allerdings nicht die Rede sein.

[844] KOG, Beschl. vom 17.12.2008, 16 Ok 15/08, Rn. 4.6.2.

[845] KOG, Beschl. vom 17.12.2008, 16 Ok 15/08, Rn. 5.5.1.

Selbst wenn die Voraussetzungen für eine Untersagung vorliegen, besteht nach § 12 Abs. 2 KartG noch die Möglichkeit der Rechtfertigung, wenn zu erwarten ist, dass es zu Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen kommen wird, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (§ 12 Abs. 2 Ziff. 1 KartG) bzw der Zusammenschluss zur Erhaltung und Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit beiträgt (§ 12 Abs. 2 Ziff. 2 KartG). Von Bedeutung ist vor allem der erstgenannte Rechtfertigungsgrund. Als Umstände, die für die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen ins Feld geführt werden können, sind nur solche möglich, die sich auf die Marktstruktur auswirken.[846] Mit dem Rechtfertigungsgrund hat sich das KOG in der Rs. *Styria/Moser* beschäftigt. Da das KOG in den nationalen sowie die regionalen Anzeigenmärkte auch die Kauftageszeitungen einbezog, stellte es vor allem auf die mit dem Zusammenschlusses einhergehende nachhaltige Verbesserung des von der Mediaprint mit der Kronen Zeitung dominierten Anzeigenmarktes ab.[847] Der neue Markteintritt in den nationalen Anzeigenmarkt wiege die Anteilsgewinne auf. Zentral in der Argumentationskette des KOG ist die "Figur" des Gegenrings. Das KG und das KOG stützten die Freigabe u.a. auf die wettbewerbsanregende Kraft des Gegenrings der geeignet sei, dem monopolistischen Marktbeherrscher Konkurrenz zu machen.[848] Der Begriff des "Gegenrings" soll Symbol der Wettbewerbskraft sein, die auch tatsächlich in der Lage ist, den Wettbewerb zu befördern bzw. zu intensivieren. Bei Lichte betrachtet erinnert der Begriff ein wenig an das Konzept der "gegengewichtigen Marktmacht" im Rahmen der Betrachtung von Angebots- und Nachfragemacht.[849]

f) Auflagen und Beschränkungen

Daneben besteht gemäß § 12 Abs. 3 KartG noch die Möglichkeit die Freigabe mit Beschränkungen oder Auflagen zu verbinden. Von großer praktischer Bedeutung sind v.a. Auflagen. Diese richten sich dem Zweck nach auf die Erhaltung wettbewerbsfähiger Strukturen.[850] Denkbar sind strukturelle als auch Verhaltensauflagen.[851] Damit ist auch die laufende Verhaltenskontrolle möglich.[852] Die Nichteinhaltung der Auflagen ist gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 KartG bußgeldbewehrt.

In der bisherigen Spruchpraxis wurden gerade im Medienbereich

[846] Vgl. *Reidlinger/Hartung*, Das neue österreichische Kartellrecht, S. 176.
[847] KOG, Beschl. vom 17.12.2008, 16 Ok 15/08, Rn. 4.6.3 und 4.6.4.
[848] KOG, Beschl. vom 17.12.2008, 16 Ok 15/08, Rn. 5.5.5.2.
[849] Jedoch sind die Zielrichtungen und Ansatzpunkte durchaus unterschiedlich.
[850] Vgl. *Hoffer*, Kommentar zum KartG, S. 183.
[851] Vgl. *Reidlinger/Hartung*, Das neue österreichische Kartellrecht, S. 178.
[852] Vgl. *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht, § 13, Rn. 63.

In der Rs. *Athesia Druck GmbH/Moser Holding AG* gab das Kartellgericht z.B. die Fusion unter von Auflagen frei.[853] Diese bezogen sich z.B. darauf, dass die Redaktionen getrennt zu führen und von einem eigenen Chefredakteur zu leiten seien. Zudem solle die tagesaktuelle Berichterstattung unabhängig und eigenverantwortlich erfolgen. Gemeinsame Projekte außerhalb des täglichen Journalismus seien bis zu sechsmal möglich; sie können sich v.a. auf Beilagen, Journale zu Sonderthemen. Wegen der crossmedialen Verschränkung wurde zudem bestimmt, dass die Programmkoordinatoren der Radiostationen nicht zugleich die Funktion des Chefredakteurs der zum Target gehörenden Tiroler Zeitung einnehmen dürfen. In der Rs. *Styria /ET Multimedia*[854] wurde die Beteiligungserhöhung von Styria an ET Multimedia auf 50% ua mit der Auflage nicht untersagt, da dass die Redaktion des Wirtschaftsblattes[855] von derjenigen der "Presse" selbständig und unabhängig bleiben muss, es keine Kopplungen zwischen Stellenanzeigen und Inseraten in der Presse (*Styria*) und dem Wirtschaftsblatt geben darf und Kombi-Angebote verboten seien. Gerade das Verbot von Kombi-Angeboten sei geeignet, die Finanzkraft kleinerer Wettbewerber zu erhalten und damit die Gefahr einer Beeinträchtigung der Medienvielfalt zu bannen.

2. Beeinträchtigung der Medienvielfalt (§ 13 KartG)

a) Verhältnis zum Marktbeherrschungstest

Beide Regelungen sind nach einhelliger Ansicht nebeneinander anwendbar.[856] Uneinheitlich wird hingegen die Frage beantwortet, ob das KG, wenn es die Untersagung bereits auf § 12 Abs. 1 Ziff 2 KartG stützen kann, auch noch die Beeinträchtigung gemäß § 13 KartG im Beschluss feststellen muss. *Hoffer* steht der zusätzlichen Prüfung ablehnend gegenüber.[857] M.E. ist dieser Schluss möglich, aber nicht zwingend. Nimmt man die zusätzliche Prüfungskompetenz ernst, dann muss sich im Beschluss auch eine Auseinandersetzung mit der Beeinträchtigung der Medienvielfalt finden.

b) Begriffsverständnis der Medienvielfalt

Mit der KartG-Novelle 1993 wurde in § 42c Abs. 5 KartG die Vorläuferregelung des § 13 KartG eingeführt. Die Norm ließ jedoch offen, was unter dem Begriff der Medienvielfalt zu verstehen ist. Aus den EB der RV ließ sich entnehmen, dass eine "*Vielfalt selbständiger Medien*"[858] beabsichtigt war. "*Ziel der Bestimmung ist es, durch die*

[853] KG, Beschl. vom 17.12.2003, 26 Kt 478/03 (unveröffentlicht).
[854] Vgl. Pressemitteilung der BWB vom 25.05.2005.
[855] Die ET Multimedia AG hielt ua eine 50%-Beteiligung am „Wirtschaftsblatt".
[856] Vgl. *Hoffer*, Kommentar zum KartG, S. 186.
[857] Vgl. *Hoffer*, Kommentar zum KartG, S. 186.
[858] RV zur KartG-Novelle 1993, 1096 Blg NR XVIII GP 21.

Medienvielfalt die Meinungsvielfalt in einer demokratischen Gesellschaft zu fördern".[859] Es wurde aber ausdrücklich offen gelassen, ob die Vielfalt durch eine (bloß) innenpluralistisch verstandene redaktionelle Unabhängigkeit oder durch eine Vielzahl von selbständigen wirtschaftlichen Einheiten, also einen außenpluralen Ansatz, sichergestellt werden soll.[860] Die überwiegende Ansicht[861] ging unter Berufung auf § 10 RRG (nunmehr § 11 PrR-G bzw § 11 AMD-G) davon aus, dass binnenpluralistische Ansätze nicht ausreichend seien, da sich aus den crossmediale Beschränkungen ergäbe, dass der Gesetzgeber davon ausginge, dass bloße innenpluralistische Maßnahmen alleine nicht geeignet seien, die Medienvielfalt zu schützen. Dieses Verständnis wurde im Nachgang auch vom KOG geteilt, welches bei der Beurteilung im "Formil-Fall"[862] klarstellte, dass die redaktionelle Selbständigkeit alleine nicht ausreichend sei, sondern es vielmehr auch noch einer wirtschaftlichen Unabhängigkeit bedürfe.[863]

Seit derKartG-Novelle 2002 findet sich im KartG eine Legaldefinition des Begriffes der Medienvielfalt.[864] Gemäß § 13 Abs. 2 KartG ist unter der Medienvielfalt eine Vielfalt selbständiger Medienunternehmen zu verstehen, die nicht im Sinne des § 7 miteinander verbunden sind und durch die eine Berichterstattung unter Berücksichtigung unterschiedlicher Meinungen gewährleistet ist. § 13 Abs. 2 KartG stellt damit klar, dass eine reine Binnenvielfalt jedenfalls nicht ausreichend ist, sondern es auch einer Vielfalt selbständiger Unternehmen bedarf. Es ist entscheidend, dass über die Titelviefalt hinaus auch eine Eigentümerpluralität in Form wirtschaftlich selbständiger Entitäten erhalten bleibt.[865] Die Medienvielfalt wird somit als außenplurales Modell unter Beachtung der Binnenpluralität verstanden.[866] Aus der Begründung der KartG- Novelle wird durch das Abstellen auf die Kombination von Titel- und Eigentümervielfalt sichtbar, dass der Gesetzgeber mit der Regelung vor allem den Printmarkt vor Augen hatte;[867] letzteres verwundert vor dem Hintergrund des "Formil-Zusammenschlusses" indes nicht.

c) Vielfalt selbständiger Medienunternehmen

---

[859] RV zur KartG-Novelle 1993, 1096 Blg NR XVIII GP 20.
[860] Vgl. *Wessely*, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, S. 249.
[861] Vgl. *Wessely*, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, S. 249 mwN.
[862] KG, Beschl. vom 26.01.2001, 26 Kt 342, 369, 381, 382, 383/00.
[863] Vgl. *Urlesberger/Haid* in: Petsche/Urlesberger/Vartian, Kommentar zum KartG, § 13 KartG, Rn. 2.
[864] Die KartG-Novelle 2002 hat die Legaldefinition zunächst in § 35 Abs.2a KartG aufgenommen; mit dem KartG 2005 wurde diese jedoch in § 13 Abs. 2 KartG verschoben.
[865] *Urlesberger*, RWZ 2002, 205, 209; *Görg*, ÖBl 2004, 108, 109. So auch KOG, Beschl. vom 17.12. 2008, 16 Ok 15/08, Rn. 4.6.6.
[866] So KOG, Beschl 17.12.2008, 16 Ok 15/08, Rn 4.6.6.; *Hoffer*, Kommentar zum KartG, S. 187; Tendenziell den Gedanken der Außenpluralität betonend KG, Beschl. vom 05.08.2004, 26 Kt 132/04.
[867] *Görg*, ÖBl 2004, 108, 109.

Zunächst ist erforderlich, dass es sich um selbständige, nicht i.S.d. § 7 KartG miteinander verbundene Medienunternehmen handelt. Durch dieses Merkmal soll zum Ausdruck kommen, dass eine vielfältige Eigentümerstruktur gefordert wird.[868] Darüber hinaus wird man in die Viefalt selbständiger Medienunternehmen aber auch eine inhaltliche Dimension hereinlesen müssen; andernfalls hätte der Gesetzgeber vermutlich von einer Vielzahl gesprochen. Die Vielzahl ist der Vielfalt nicht abträglich, führt aber nicht zwingend zu ihr. Unklar ist, von welchem Begriff des Medienunternehmens § 13 Abs. 2 KartG ausgeht.[869] Die Norm knüpft an den Begriff des Medienunternehmens an. Fraglich ist, ob damit nur an den Begriff des Medienunternehmens ieS (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 KartG), oder auch an den i.S.d § 8 Abs. 3 KartG bzw auch an den des Medienhilfsunter-nehmens angeknüpft wird. Während *Görg* diesbezüglich kritisch ist, da andernfalls ein identischer Begriff in einem Gesetz unterschiedlich ausgelegt werden würde,[870] ist dem zu entgegnen, dass die Interpretation an dem den Normcharakter bestimmenden Begriff des Medienzusammenschlusses anzusetzen hat.

§ 13 KartG enthält die amtliche Überschrift “Prüfung von Medienzusammenschlüssen”. Was ein Medienzusammenschluss ist, ist anhand von § 8 KartG zu ermitteln. Dieser erfasst neben den Medienunternehmen i.S.d. § 1 Abs. 1 Ziff. 6 MedienG eben auch Mediendienste und Medienhilfsunternehmen bzw. solche i.w.S. Versteht man § 8 KartG als kanalisierende Norm für § 9 Abs. 3 KartG und § 13 KartG vermag nicht einzuleuchten, warum bei § 13 KartG z.B. Medienhilfsunternehmen herausgenommen werden sollen. Dabei kann es sich nur um ein Redaktionsversehen handeln. Dieses Verständnis lässt sich durch folgendes Beispiel stützen und illustrieren. Als Medienhilfsunternehmen werden nach § 8 Abs. 2 Ziff. 4 KartG auch Presse-Grossisten erfasst. Der Grossovertrieb ist auch in Österreich der wichtigste Kanal im Presseve-rtrieb, wenngleich auch hier der elektronische Direktvertrieb zunimmt. Ihm kommt eine entscheidende Rolle bei der Gewährleistung der Informationsvielfalt zu, die erst Voraussetzung für eine Meinungsbildung ist. Wenngleich die Erfassung unterhalb der binnenpluralen Voraussetzung der Berichterstattung unter Berücksichtigung unterschiedlicher Meinungen Schwierigkeiten bereitet, so sind die Grossisten unter am Normzweck des Schutzes der Medienviefalt orientierter Auslegung jedenfalls zunächst miteinzubeziehen.

d) Berichterstattung und unterschiedliche Meinungen

[868] *Görg*, ÖBl 2004, 108, 109.
[869] So auch *Hoffer*, Kommentar zum Kartellgesetz, S. 189; *Görg*, ÖBl 2004, 108, 109.
[870] *Görg*, ÖBl 2004, 108, 109.

Ferner ist erforderlich, ob eine Berichterstattung möglich ist, die eine gewisse, näher zu bestimmende Bandbreite an unterschiedlichen Meinungen abzubilden in der Lage ist. Der Begriff der Berichterstattung wird im KartG oder den Materialien nicht näher erläutert. In anderen Gesetzen wird er in unterschiedlichen Zusammenhängen gebraucht. Unterscheiden lässt sich ein formeller und ein materieller Wortsinn der "Berichterstattung". Während der formelle Wortsinn beispielsweise die Pflicht zur Berichterstellung, wie sie z.B. in § 19 KOG vorgesehen ist, erfasst, bezieht sich der materielle Wortsinn auf die Erstattung inhaltsbezogener Informationen. In diesem Sinne wird er in § 41 AMD-G verwendet. Dort tritt der Begriff bei der Beschreibung der Programmgrundsätze neben den Informationssendung. Beide, so sieht es § 41 Abs. 5 AMD-G vor, haben anerkannten journalisitischen Grundsätzen zu entsprechen. Gewiss wird der Begriff in verschiedenen Gesetzen durchaus unterschiedlich verwendet; der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung gebietet aber eine kohärente Auslegung. Aus einem Beschluss lässt sich im Ansatz ermitteln, dass bei der Begriffsbestimmung eine Abstufung nach dem jeweils betroffenen Medium vorzunehmen ist.[871]

e) Beeinträchtigung

Für die Beurteilung der Beeinträchtigung kommt es grundsätzlich nicht auf die Marktabgrenzung an, da insoweit eben gerade nicht auf die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung abgestellt wird.[872] Gerade im Lichte des Art. 21 Abs. 4 FKVO verbietet sich auch eine Anknüpfung an die im Rahmen der ökonomisch geprägten Marktabgrenzung ermittelten Märkte, da die klare Trennlinie zwischen der Kommissionszuständigkeit und derjenigen der Mitgliedstaaten andernfalls verwischt und die Reichweite des Vorbehalts des Art. 21 Abs. 4 FKVO verlassen werden würde. Denkbar ist nur eine Anknüpfung an den publizistischen Markt, auf dem z.B. wie in § 26 RStV an Zuschauermarktanteile angeknüpft wird.

f) Spürbarkeit der Beeinträchtigung

Die Beeinträchtigung muss nach der Rechtsprechung zudem spürbar sein.[873] Im Rahmen der Spürbarkeit wird von den Gerichten jedoch nicht ausdrücklich, wohl aber indirekt, wieder auf die betroffenen Märkte abgestellt. Deutlich wird das z.B. am Fall *Gratismedien,* indem das KOG bei der Prüfung der Spürbarkeit auf die nationale, regionale und lokale "Ebene" abstellt, nachdem es zuvor die Anzeigenmärkte national,

[871] KOG, Beschl. vom 17.12.2001, 16 Ok 9/01, Rn. 3.c.
[872] KOG, Beschl. vom 17.12.2008, 16 Ok 15/08, Rn. 4.6.6.; KG, Beschl. vom 05.08.2004, 26 Kt 132/04 – *Morawa Grosso*. Dennoch hat das KG „der Vollständigkeit halber auch die Marktanteile angegeben"; a.A. insoweit *Grübl*, Zusammenschlusskontrolle am österreichischen Tageszeitungsmarkt, S. 70 der von der Notwendigkeit einer Marktabgrenzung ausgeht; ebenso noch *Görg*, ÖBl 2004, 108, 109.
[873] KOG, Urt. vom 17.12.2008, 16 Ok 15/08, Rn. 4.6.6; KG, Beschl. vom 05.08.2004, 26 Kt 132/04 – *Morawa Grosso*.

regional und lokal abgegrenzt hat. Nicht überzeugend ist es daher, wenn stets behauptet wird, dass es bei der Prüfung der Beeinträchtigung der Medienvielfalt nicht auf die Marktabgrenzung ankäme.[874] Als Kriterien verwendet das KOG die Wahrscheinlichkeit eines Marktaustritts des Medienunternehmens als solches und die Erwartbarkeit der Einstellung einzelner Titel.

E. Medienkonzentrationskontrolle im privaten Rundfunk

In Österreich finden sich in den Spezialgesetzen einige sektorspezifische Regelungen, die insbesondere auf die Vorgaben von Art. I Abs. 2 B-VG Rundfunk und die diesbezügliche Rechtsprechung des VfGH zurückzuführen sind.

I. Verhältnis zur kartellrechtlichen Medienvielfaltskontrolle

Alle sektorspezifischen Regelungen stellen klar, dass das KartG unberührt bleibt. Für das PrR-G ergibt sich das aus § 29 Abs. 1 PrR-G, für das AMD-G[875] aus § 11 Abs. 7 AMD-G. Wohl bisher nicht beachtet wurde, dass § 29 PrR-G immer noch auf das KartG 1988 verweist. Das KartG 1988 ist indes vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen, mit dem KartG 2005 außer Kraft getreten. Eine dynamische Grundverweisungsnorm wie die des § 94 KartG findet sich im PrR-G nicht. Dennoch ist davon auszugehen, dass die Nichtänderung nur ein Redaktionsversehen darstellt und mit dem Inkrafttreten des KartG keine materielle Änderung des Verhältnisses zwischen dem PrR-G und dem KartG einhergehen sollte.

II. System des Medienkonzentrationsrechts im privaten Fernsehen

Gemäß § 11 Abs. 1 AMD-G kann eine Person grundsätzlich Inhaber mehrerer Zulassungen für digitales terrestrisches Fernsehen sein, solange sich nicht *mehr als drei* der von den Zulassungen erfassten Versorgungsgebiete überschneiden. Handelt es sich um einen Medienverbund iSd § 11 Abs. 5 AMD-G, darf dieser (in Abhängigkeit davon ob zu dem Verbund auch ein Zulassungsinhaber nach dem PrR-G gehört), in demselben Ort des Bundesgebietes bis zu einem bzw. nicht mehr als ein Drittel der Versorgung an dem betreffenden Ort übernehmen. Das gilt allerdings nicht für *spill-overs*. Diese höchst komplexe Vorschrift ist im Zuge der Novellierung des PrTV-G in Anlehnung an § 9 Abs. 3 PrR-G aus den Vorgängerregelungen des § 11 Abs. 4 bzw.

[874] KOG, Urt. vom17.12.2008, 16 Ok 15/08, Rn. 4.6.6.

[875] Das PrTV-G ist gemäß Artikel 6 des Bundesgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz, das Komm-Austria Gesetz, das Telekommunikationsgesetz 2003, das Verwertungsgesellschaftsgesetz 2006, das ORF-Gesetz, das Privatfernseh-Gesetz, das Privatradiogesetz und das Fernseh-Exklusivrechtegesetz geändert werden, BGBl I Nr. 50/2010, in das AMD-G „umgetauft“ worden. Vgl. ausführlich zu den Änderungen *Kassai/Kogler/ Truppe*, MR 2010, 295 ff.

§ 11 Abs. 5 PrTV-G neu gefasst worden.[876] Unzulässig werde demnach eine Versorgung mit drei Fernseh- bzw. zwei Fernseh- und zwei Hörfunkprogrammen.[877]

Welche Gebiete versorgt werden, ergibt sich aus der Zulassung. Erhält der Antragsteller z.B. eine Zulassung für die MUX-D Bedeckung (bundesweites DVB-T2), dann kommt es insoweit auf das Bundesgebiet an.[878] Gemäß § 25a Abs. 7 Ziff. 1 AMD-G ist es einem Betreiber einer Multiplex-Plattform für Mobile-TV zudem untersagt, selbst Rundfunk zu veranstalten. Diese Beschränkung ist vor allem auf Empfehlung der BWB in das AMD-G eingefügt worden, um die im Fall *Medicur/ORS*[879] abgegebene Zusage, keinen Rundfunk zu veranstalten, nicht zu unterlaufen.[880] Im Interesse der Aufrechterhaltung der Meinungs- und Angebotsvielfalt[881] werden diese Grenzen durch eine Reihe von cross-ownership Regelungen in den § 11 Abs. 2 bzw. § 11 Abs. 3 AMD-G ergänzt.[882]

1. Beteiligungsbegrenzungen und Zulassung

Gemäß § 3 Abs. 1 AMD-G bedarf die Veranstaltung von digitalem terrestrischem Fernsehen, des mobilen terrestrischen Fernsehens (Mobile-TV), sowie des Satellitenfernsehens, der Zulassung durch die KOMMAustria als Regulierungsbehörde (§ 66 AMD-G).[883] Sonstige in Österreich niedergelassene Mediendiensteanbieter (§ 2 Nr. 20 AMD-G) unterliegen nur der Anzeigepflicht i.S.d. § 9 PrR-G. Um eine Umgehung bei der Weiterverbreitung von terrestrischen Rundfunk oder Satellit über Multiplex-Plattformen zu verhindern, sieht § 4 Abs. 1 S. 2 AMD-G vor, dass auch die Weiterverbreitung zulassungspflichtig ist.[884] Nicht der Zulassungspflicht unterliegt das Kabelfernsehen sowie andere Anbieter von linearen Mediendiensten, wie z.B. Web-TV-Anbieter sowie Mediendienste auf Abruf, worunter insbesondere das VoD zu erfassen ist.[885] In beiden Fällen sind jedoch die Beteiligungsbeschränkungen des § 11 Abs. 2 AMD-G zu beachten. Für das der Zulassungspflicht unterfallende terrestrische Fernsehen und das

[876] Vgl. dazu ErlRV 635 Blg. NR XXI GP, S. 71.
[877] Vgl. dazu ErlRV 635 Blg. NR XXI GP, S. 71.
[878] Für viele KOMMAustria vom 29.05.2008, KOA 4.300/08-13.
[879] KG, Beschl. vom 19.12.2005, 26 Kt 391/05 – *ORS/Medicur Sendeanlagen GmbH*; vgl. *Wittmann*, MR 2006, 3 ff.
[880] Vgl. dazu die Stellungnahme der BWB, 5/SN-64/ME, S. 7-9. Die BWB hatte seinerzeit eine 30%-Schwelle für den Multiplex-Betreiber gefordert.
[881] Vgl. dazu ErlRV 635 Blg NR XXI GP, S. 40 ff.
[882] Vgl. zur Vorgängerregelung des § 6 KSRG *Aicher*, JRP 2000, 177, 180.
[883] Die Zulassungspflicht für analoges terrestrisches Fernsehen ist wegen der Umstellung auf das digitale Fern-sehen im Zuge der Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 aus dem Gesetz gestrichen worden. Vgl. *Kassai/Kogler/Truppe*, MR 2010, 295, 309.
[884] Vgl. dazu 611 dB XXIV GP, S. 70.
[885] Vgl. dazu 611 dB XXIV GP, S. 65 und S. 70. So auch *Kassai/Kogler/Truppe*, MR 2010, 295, 309. Dem Kommunikationsbericht 2012 zufolge waren Ende 2012 135 Kabelfernsehprogramme, 16 Web-TV Angebote sowie 85 Abrufdienste bei der KOMMAustria angezeigt worden. Vgl. Kommunikationsbericht 2012, S. 46.

Satellitenfernsehen ergibt sich das aus § 4 Abs. 2 AMD-G, für die bloß anzeigepflichtigen Dienste aus § 9 Abs. 2 AMD-G.

2. Cross-ownership Beteiligungsgrenzen

In Ergänzung des § 11 Abs. 1 AMD-G sind in § 11 Abs. 2 bzw. Abs. 3 AMD-G eine Reihe von cross-ownership Beschränkungen für Medieninhaber iSd § 2 Nr. 21 AMD-G vorgesehen. Als Medieninhaber werden in- oder ausländischer Inhaber einer Tages- oder Wochenzeitung oder in- oder ausländische Fernseh- oder Hörfunkveranstalter erfasst. Sinn und Zweck der Regelungen ist es im Sinne der Aufrechterhaltung der Meinungs- und Angebotsvielfalt auszuschließen, dass Medieninhaber mit einer sehr starken Marktposition auf einem der in den Ziff. 1 bis 4 genannten Märkte zusätzlich auf dem Rundfunkmarkt tätig wird.[886] Dabei sind Abs. 2 und Abs. 3 strikt voneinander zu trennen.[887] Während § 11 Abs. 2 AMD-G Grenzen für das bundesweite terrestrische, Satelliten- und Kabelfernsehen enthält, sieht § 11 Abs. 3 AMD-G Grenzen vor, die sich nach den verba legalia ausschließlich auf das terrestrische Fernsehen und das jeweilige Verbreitungsgebiet beziehen.

a) Cross-ownership Grenzen bei bundesweitem Rundfunk

Gemäß § 11 Abs. 2 AMD-G ist ein Medieninhaber dann vom Anbieten von Fernsehprogrammen iSd B-VG Rundfunk ausgeschlossen, wenn auf *einem* der nachfolgenden Märkte, die dort genannten Reichweiten bzw Versorgungsgrade *überschritten* werden. Unter den Begriff des Rundfunks i.S.d. B-VG Rundfunk fallen das terrestrische Fernsehen, Kabel- und Satellitenfernsehen.[888] Entscheidend ist demnach, dass

- nicht mehr als 30% bundesweite Reichweite auf dem terrestrischen Hörfunkmarkt,
- nicht mehr als 30% bundesweite Reichweite auf dem Markt der Tagespresse,
- nicht mehr als 30% bundesweite Reichweite auf dem Markt für Wochenpresse,
- nicht mehr als 30% Versorgungsgrad der Bevölkerung mittels Kabelnetzen im Bundesgebiet,

überschritten werden. Die Reichweiten und Versorgungsgrade werden gemäß § 11 Abs. 6 AMD-G von der KOMMAustria anhand anerkannter Reichweitenstudien ermittelt. Im Bereich des Hörfunk wird auf die Reichweiten des Radiotests, im Bereich

[886] Vgl. dazu ErlRV 635 Blg. NR XXI GP, S. 40 ff.
[887] So auch für die Vorgängerregelung des § 11 PrTV-G *Bauer/Reidlinger*, MR 2004, 357, 358.
[888] Vgl. dazu ErlRV 635 Blg NR XXI GP, S. 71.

der Tages- und Wochenpresse auf die Reichweiten der Media Analyse zurückgegriffen.[889] Hinsichtlich des Versorgungsgrads der Kabelnetze setzt die KOMM Austria die angeschlossenen Haushalte ins Verhältnis zu der Gesamtzahl der von Statistik Austria ermittelten Privathaushalte.[890]

Die von der KOMMAustria veröffentlichten Reichweitendaten entfalten keine Rechtswirkung, sondern dienen primär der Information.[891] Die in § 11 Abs. 2 AMD-G enthaltene Aufzählung ist abschließend. Es kommt demnach immer darauf an, ob der Medieninhaber einschließlich der ihm zugerechneten Märkte, insgesamt die Schwellen überschreitet. Wenngleich in den Ziff. 1 bis 4 nicht von einem Markt die Rede ist, bezieht sich die KOMMAustria jedoch in ihren Entscheidungen auf den "relevanten Markt" und entlehnt damit den für das Kartellrecht zentralen Begriff.[892] Zum Bereich der Tagespresse gehören auch Magazine.[893] Die Begriffsbildung weicht damit von der im KartG ab. Bei § 11 Abs. 2 Ziff. 4 AMD-G kommt es auf das Überschreiten der 30% Schwelle durch den Kabelnetzbetreiber an.[894] Es kommt darauf an, dass derjenige entweder selbst Netzbetreiber ist, oder ein Netzbetreiber i.S.d. § 11 Abs. 5 AMD-G mit diesem verbunden ist.[895]

Sieht man sich die aktuellen Zahlen an zeigt sich, dass die Reichweiten lediglich im Hörfunkmarkt beim *ORF* mit 36,8% für Ö3 und 32,4% bei Ö2, sowie im Markt für Tagespresse bei der Kronen Zeitung mit 37,4% sowie der *Verlagsgruppe News* mit 32,9% überschritten werden.[896] Vergleicht man diese Zahlen mit den Vorjahren zeigt sich, dass die Kronen Zeitung und der *ORF* stets die 30% überschritten haben; neu ist allerdings das Überschreiten der Schwelle durch die *Verlagsgruppe News*. Die Bedeutung der Vorschrift einzuschätzen ist schwierig. Zum einen gibt es erst seit 2003 und somit seit nunmehr rund zehn Jahren, privaten terrestrischen Rundfunk; zum anderen entfaltet § 11 AMD-G seine präventive Wirkung bereits regelmäßig bei der Überlegung, ob sich Unternehmen zusammenschließen wollen. Will man die Wirkung der Vorschrift beurteilen, ist ein Blick auf die tatsächlichen Beteiligungsverhältnisse im österreichischen Medienmarkt hilfreich. Betrachtet man die Medienkonzerne fällt auf,

[889] Vgl. für die aktuellen Ergebnisse der Erhebung KOMMAustria vom 11.04.2013, KOA 3.001/13-001, S. 6.
[890] Vgl. für die aktuellen Ergebnisse der Erhebung KOMMAustria vom 11.04.2013, KOA 3.001/13-001, S. 6.
[891] So KOMMAustria vom 31.01.2002, KOA 3.005/02-24, S. 53.
[892] So KOMMAustria vom 31.01.2002, KOA 3.005/02-24, S. 54.
[893] Vgl. KOMMAustria vom 11.04.2013, KOA 3.001/13-001, S. 1.
[894] Vgl. KOMMAustria vom 31.01.2002, KOA 3.005/02-24, S. 54; nachfolgend bestätigt vom BKS vom 22.04. 2002, 611.181/007-BKS/2002, S. 14.
[895] So KOMMAustria vom 31.01.2002, KOA 3.005/02-24, S. 54; nachfolgend bestätigt vom BKS vom 22.04. 2002, 611.181/007-BKS/2002, S. 14.
[896] Vgl. KOMMAustria vom 11.04.2013, KOA 3.001/13-001, S. 1.

dass der erste und größte österreichische Privattsender *ATV* nach wie vor eigenständig ist. Andererseits bestehen bereits einige cross-media Beteiligungen von *Mediaprint* (über Kurier) und *Styria* von jeweils 24,5% an *Sat.1 Österreich* und von *Mediaprint* am Werbezeitenvermarkter von *RTL*, *IP Austria*. Die Beteiligung von unter 25% führt nicht nur dazu, dass die kritische Schwelle iSd AMG-G nicht überschritten wird, sondern zugleich – wenn nicht aufgrund atypischer Gestaltung § 7 Abs 1 Ziff 5 KartG vorliegt – ein kontrollfreier Erwerb möglich ist.[897]

b) Cross-ownership Grenzen bei terrestrischem Fernsehen

Gemäß § 11 Abs. 3 AMD-G ist ein Medieninhaber von der Veranstaltung nicht-bundesweiten terrestrischen Fernsehens ausgeschlossen, wenn er auf *mehr als einem* der folgenden Märk-te die dort genannten Grenzen überschreitet:

- mehr als 30% Reichweite im Verbreitungsgebiet auf dem terrestrischen Hörfunkmarkt
- mehr als 30% Reichweite im Verbreitungsgebiet auf dem Markt der Tagespresse
- mehr als 30% Reichweite im Verbreitungsgebiet auf dem Markt für Wochenpresse
- mehr als 30% Versorgungsgrad der Bevölkerung mittels Kabelnetzen im im Verbreitungsgebiet

3. Bewertung und Zwischenergebnis

Die in § 11 Abs. 2 und Abs. 3 AMD-G enthaltenen Grenzen lassen zwar eine eindeutige Einordnung zu, sind aber starr in ihrem Anwendungsbereich. Insbesondere der abschließende Charakter führt dazu, dass weitere Reichweiten auf Märkten wie z.B. dem bzw den Online-Märkten, die aus der Perspektive der Sicherung der Meinungsvielfalt möglicherweise auch von Bedeutung sind bzw sein müssten, nicht einbezogen werden können. Die eine Frage ist, ob Dienste in den Anwendungsbereich des AMD-G fallen, die andere ob deren Einfluss auf die Meinungsbildung nicht auch innerhalb der antikonzentrativen Regelungen zu berücksichtigen sein müsste.

F. Medienkonzentrationskontrolle im privaten Hörfunk

I. System des Medienkonzentrationsrechts im privaten Hörfunk

In Umsetzung des Art. I Abs. 2 B-VG Rundfunk hat der Bundesgesetzgeber auch das PrR-G erlassen.[898] Gemäß § 3 PrR-G bedarf die Veranstaltung von terrestrischem

[897] Vgl. für eine Darstellung der Beteiligungsverhältnisse innerhalb der Medienunternehmen Anlage 1.
[898] Vgl. *Holoubek/Kassai/Traimer*, Das Recht der Massenmedien, S. 81.

(analogen und digitalen) und Satellitenhörfunk der Zulassung.[899] Nicht vom Anwendungsbereich des Gesetzes sind hingegen "neue Dienste" wie z.B. das Web-Radio oder sonstige Abrufdienste erfasst.[900] Im Rahmen der Zulassung wird gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 2 PrR-G u.a. geprüft, ob die in § 9 PrR-G genannten Beteiligungsbeschränkungen eingehalten sind.[901] Gemäß § 9 Abs. 1 PrR-G ist es möglich, dass jemand Inha-ber unbeschränkt vieler Zulassungen ist, solange sich die Versorgungsgebiete nicht überschneiden.[902] Eine Überschneidung ist unschädlich, wenn es sich um eine technisch unvermeidbare Überschneidung (*spill-over*) handelt.[903] Ferner dürfen sich die einer Person zuzurechnenden Versorgungsgebiete nicht überschneiden. Wann ein Gebiet zuzurechnen ist, ergibt sich aus § 9 Abs. 4 PrR-G.[904] Gemäß § 9 Abs. 1 PrR-G wird allerdings eine zahlenmäßige Begrenzung für die Versorgungsgebiete eingezogen, derzufolge höchstens acht Millionen Einwohner im Gebiet versorgt werden können.[905] Laut Statistik Austria leben derzeit 8.426.311 Menschen in Österreich;[906] die Regelung hat somit nur einen beschränkten antikonzentrativen Effekt.

Von großer Bedeutung ist, dass im PrR-G entgegen § 11 Abs. 2 bzw. Abs. 3 AMD-G keine cross-medialen Beschränkungen (mehr) vorgesehen sind. Die zuvor in § 10 RRG enthaltenen Regelungen, v.a. zur Beschränkung der Beteiligung von Presse- an Rundfunkunternehmen, sind mit Inkrafttreten des PrR-G entfallen.[907] Zuvor war eine Begrenzung von maximal 26% vorgesehen. *Oberndorfer* sieht in dem Wegfall der Begren-

[899] Nicht zulassungspflichtig ist hingegen der Kabelhörfunk. Für diesen besteht gemäß § 6a PrR-G lediglich eine Anzeigepflicht.
[900] Vgl. dazu *Kassai/Kogler/Truppe*, MR 2010, 295, 310.
[901] Auch nach der Zulassung findet eine Kontrolle der Einhaltung der Beteiligungsgrenzen statt. Abgesichert wird die Kontrolle über eine in § 22 Abs. 4 bzw. Abs. 5 PrR-G vorgesehene Mitteilungspflicht bei bestimmten Änderungen in den Beteiligungsverhältnissen. Liegen die Voraussetzungen nicht mehr vor, ist gemäß § 28 PrR-G ein Verfahren zum Entzug der Zulassung einzuleiten.
[902] Vgl. dazu ausführlich auch *Oberndorfer*, JRP 2001, 103, 110. Zum Begriff des Versorgungsgebietes vgl. § 2 Abs. 1 Ziff. 3 PrR-G.
[903] Vgl. dazu KOMMAustria vom 18.11.2004, KOA 1.532/04-02. Grundsätzlich ist die Ausnahme für technisch unvermeidbare Überschneidungen nur innerhalb der Grenzen des § 9 Abs. 3 PrR-G vorgesehen und nicht in § 9 Abs. 1 PrR-G genannt. Mit dem nachvollziehbaren Argument, dass es ohne die spill-over Ausnahme nicht möglich wäre, Zulassungen in angrenzenden Gebieten zu vergeben, wird die Ausnahme übertragen (vgl. S. 7). Vgl. zur Zulässigkeit bloßer Überlappungen *Kogler/Krammler/Traimer*, Österreichische Rundfunkgesetze, S. 276. Zur Prüfung des technisch bedingten *spill-overs* § 9 Abs. 3 vgl. BKS vom 02.09.2010, 611.056/0003-BKS/2009.
[904] Gemäß § 9 Abs. 4 PrR-G kann eine Verbundenheit v.a. über eine 25%-Beteiligung oder die Ausübung beherrschenden Einflusses hergestellt werden.
[905] Für den Medienverbund gilt eine Grenze von 12 Mio Einwohnern.
[906] Vgl. http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung (Letzter Abruf am: 08.09.2013).
[907] Vgl. dazu ausführlich *Oberndorfer*, JRP 2001, 103, 111 der auf den „Etikettenschwindel" der Überschrift des § 9 PrR-G hinweist, da Beteiligungen von Medieninhabern, zu denen gemäß § 2 Ziff. 6 PrR-G auch Inhaber einer Tages- und Wochenzeitung gehören, von § 9 PrR-G nicht verhindert werden. Siehe auch *Holoubek/Kassai/ Traimer*, Recht der elektronischen Massenmedien, S. 115.

zung einen “Kniefall vor den großen österreichischen Tageszeitungen”, die diese Begrenzung für künftige Expansionsvorhaben kippen wollten.[908]

II. Medienkonzentrationsrechtliche Prüfung der Meinungsvielfalt

Da bei der nach § 3 PrR-G erforderlichen Zulassung wie beschrieben gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 2 PrR-G auch geprüft wird, ob die in § 9 PrR-G genannten Beteiligungsbeschränkungen eingehalten sind, hat die KOMMAustria bestätigt durch den BKS einen Ansatz entwickelt, mit trotz nicht vorhander vertikaler bzw. crossmedialer Beschränkungen, diese trotzdem über den Prüfungsmaßstab der Meinungsvielfalt in § 6 PrR-G in die Prüfung einbezogen werden.[909]

1. Die Meinungsvielfalt als Teil des Kriterienrasters im beweglichen System

Bewerben sich mehrere Antragsteller um eine Zulassung, findet eine vergleichende Auswahlentscheidung zwischen den Bewerbern statt, der von der KOMMAustria auch als “*beauty contest*” bezeichnet wird, statt.[910] Gemäß § 6 Abs. 1 Ziff. 1 PrR-G wird demjenigen der Vorrang gewährt, bei dem die Zielsetzungen des Gesetzes am besten gewährleistet erscheinen, insbesondere der eine bessere Gewähr für eine *größere Meinungsvielfalt* bietet, ein eigenständiges Programm hat und auf im Programm auf die Interessen im Versorgungsgebiet (lokaler Bezug) Bedacht nimmt. Nach der vom BKS sowie vom VwGH[911] als auch vom VfGH[912] bestätigten Praxis der KOMMAustria handelt es sich dabei um ein “Kritrienraster mit Ziel- und Beurteilungsvorgaben, den die Behörde im Sinne eines beweglichen Systems ihrer Entscheidung zugrundezulegen hat”.[913] Es besteht keine Rangfolge zwischen den Kriterien.[914]

Der Meinungsvielfalt kommt eine zentrale Bedeutung zu da anerkannt ist, dass eines der wesentliche Ziele, welches dem gesamten PrR-G und somit auch § 6 PrR-G zu-

[908] Vgl. *Oberndorfer*, JRP 2001, 103, 111 mit Hinweisen auf die damalige Stellungnahme des VÖZ.
[909] Auch nach der Zulassung findet eine Kontrolle der Einhaltung der Beteiligungsgrenzen statt. Abgesichert wird die Kontrolle über eine in § 22 Abs. 4 bzw. Abs. 5 PrR-G vorgesehene Mitteilungspflicht bei bestimmten Änderungen in den Beteiligungsverhältnissen. Liegen die Voraussetzungen nicht mehr vor, ist gemäß § 28 PrR-G ein Verfahren zum Entzug der Zulassung einzuleiten.
[910] Vgl. für viele KOMMAustria vom 31.08.2007, KOA 1.379/07-001, S. 104; *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze, S. 607; *Kopf*, Effizienz staatlicher Steuerung durch Regulierung am Beispiel des privaten Hörfunks in Österreich, S. 38.
[911] Vgl. z.B. VwGH, Erk. vom 25.01.2012, GS 2011/03/0057. Siehe auch VwGH, Erk. vom 15.09.2004, GS 2002/04/ 0142=ZfV 2006, 722.
[912] VfSlg. 16.625/2002. In diesem Erk. hat der VfGH die Verfassungsmäßigkeit der Zulassungspflicht bestätigt.
[913] Vgl. BKS vom 05.11.2012, 611.092/0003-BKS/2012, Rn. 8. Ausführlich zur Fallpraxis der KOMM Austria vgl. *Kopf*, Effizienz staatlicher Steuerung durch Regulierung am Beispiel des privaten Hörfunks in Österreich, S. 42 ff. allerdings nur für die Falldarstellung. Das vorliegende Problem wird dort allerdings nicht behandelt.
[914] Vgl. BKS vom 05.11.2012, 611.092/0003-BKS/2012, Rn. 8; BKS vom 14.10.2005, 611.059/0001-BKS/2005; BKS vom 25.04.2004, 611.079/0001-BKS/2004.

grundeliegt, die Gewährleistung größtmöglicher Meinungsvielfalt ist.[915] Dem Auftrag an den Gesetzgeber zufolge, sei eine vielfältige Hörfunklandschaft herzustellen. Zur Verstärkung der Begründung wird häufig auch auf das BVG-Rundfunk und/oder Art. 10 EMRK abgestellt.[916] Die Prüfung erfolgt nach ständiger Praxis v.a. in einem außenpluralistischen Ansatz, da § 6 PrR-G entgegen der Vorgängerregelung nicht mehr auf eine Vielfalt *im* Programm abstellt.[917] Demnach ist Meinungsvielfalt nicht (nur) bezogen auf das Programm, sondern v.a. hinsichtlich des gesamten Vesorgungsgebiets herzustellen, indem in die Prüfung auch die bereits im Versorgungsgebiet bereits vorhandenen Programme einbezogen werden.[918] Auf Marktanteile kommt es bei der Prüfung nicht an.

§ 9 PrR-G kommt als Konzentrationsvorschrift innerhalb des § 6 PrR-G eine doppelte Rolle zu. Neben der formellen Bedeutung, erlangt er seine für die vorliegende Untersuchung zentrale Rolle vor allem bei der Heranziehung der sich aus § 9 PrR-G ergebenden Wertungen. Diese werden bipolar herangezogen. Zum einen hat der BKS klargestellt, dass sich aus § 9 PrR-G ergäbe, dass eine gewisse Verschränkung der Medieninhaber vom Gesetz toleriert werde, da sie dem "Aufbau eines wirtschaftlich lebensfähigen privaten Hörfunkmarktes" diene.[919] Anderseits ergibt sich bei Erfüllung der Grenzen des § 9 PrR-G kein "safe-harbour", wenn es z.B. um die Beteiligung eines Printunternehmens an einem Hörfunkveranstalter geht.

2. Berücksichtigung von anderen Märkten

a) Beurteilung durch die KOMMAustria bzw den BKS

Von besonderer Relevanz ist vorliegend, *ob* und wenn ja, *wie* andere Märkte in die Zulassungsprüfung einbezogen werden, v.a. wenn die Grenzen des § 9 PrR-G eingehalten werden. Ist das der Fall könnte man dahingehend argumentieren, dass andere Märkte im Rahmen der Prüfung der Meinungsvielfalt nicht mehr einbezogen werden dürfen, da die Wertung des § 9 PrR-G entgegensteht, der diese Beteiligungen nunmal nach den verba legalia erlaube. Wie bereits auch vom BKS betont wurde, dient § 9 PrR-G auch dem Aufbau eines wirtschaftlich leistungsfähigen Hörfunks. Erkennt man das an, muss es nach der Wertung des § 9 PrR-G auch möglich sein, Beteiligungen (auch crossmedialer Art) zu erwerben, da Größenvorteile eben nicht nur mit Gefahren für die Vielfalt einhergehn, sondern wie in ökonomischen Studien bewiesen wurde, sich

[915] BKS vom 01.09.2008, 611.011/0005-BKS/2008 mit dem Hinweis darauf, dass die Meinungsvielfalt innerhalb der (beweglichen) Kriterien als erstes genannt wird. So auch VfSlg. 16.625/2002.
[916] So BKS vom 01.09.2008, 611.011/0005-BKS/2008; BKS vom 25.02.2008, 611.032/0002-BKS/2008.
[917] So BKS vom 01.09.2008, 611.011/0005-BKS/2008; BKS vom 25.02.2008, 611.032/0002-BKS/2008.
[918] Vgl. 401 BlgNR XXI GP; BKS vom 22.04.2001, 611.071/002-BKS/2001, S. 13.
[919] Vgl. BKS vom 01.09.2008, 611.011/0005-BKS/2008; BKS vom 31.03.2008, 611.115/0002-BKS/2008; BKS vom 25.02.2008, 611.032/0002-BKS/2008; BKS vom 30.01.2001, 611.135/003-BKS/2001.

auch eine Vielfaltssteigerung ergeben kann. Zu dieser Wertung setzt man sich in Widerspruch, wenn man Beteiligungen auch innerhalb des Rahmens des § 9 PrR-G über § 6 PrR-G wider "über die Hintertür" in die Prüfung einbezieht.

Die KOMMAustria ist beginnend mit der Auswahlentscheidung im Versorgungsgebiet *Hollabrunn* (Niederösterreich) allerdings dazu übergegangen, im Rahmen der Prüfung der Meinungsvielfalt auch wenn die Grenzen des § 9 PrR-G gewahrt sind, Verflechtungen mit anderen Märkten in die Prüfung der Meinungsvielfalt einzubeziehen.[920] Im betreffenden Fall erkannte die KOMMAustria zwar die Liberalisierung der Beteiligungsgrenzen des § 9 PrR-G an, bezog aber dennoch in die Betrachtung mit ein, dass bei der Vergabe an einen Antragsteller dieser auch noch über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Tageszeitungsmarkt (74,2%) verfüge. Zur Begründung stellte sie auf vor allem auf die ökonomischen Hebelwirkungen ab. Vor dem Hintergrund, dass der beauty contest des § 6 PrR-G es mit sich bringt zu prüfen, wer eine bessere Gewähr für eine größere Meinungsvielfalt bietet, verwendete die KOMMAustria die Stellung auf dem Markt für Tageszeitungen als Argument gegen den Bewerber. Die Entscheidung wurde vom BKS,[921] später vor allem auch vom VwGH[922] bestätigt. Der VwGH stellte klar, dass auch innerhalb der Grenzen des § 9 PrR-G die Verflechtungen der Eigentümerstrukturen berücksichtigt werden müssen. Eine rein redaktionelle Trennung sei nicht geeignet, eine Beeinträchtigung der Medienvielfalt auszuschließen. Nach dem VwGH folge dies aus § 9 PrR-G, der Beteiligungen unabhängig davon verbietet, ob die Redaktionen getrennt sind. Mittlerweile entspricht dieses Vorgehen der ständigen Praxis.[923] Beteiligungen sind demnach nicht bereits schon deshalb außer Acht zu lassen, weil sie gemäß § 9 PrR-G zulässig sind. Ob neben Printmärkten auch (starke) Marktstellungen auf anderen vor- bzw. nachgelagerten Märkten (Programmrechte, zugangsrelevante Dienste, Nachrichtenagenturen, Druckereien) oder auf Online-Märkten zu berücksichtigen sind, war bisher noch nicht Gegenstand der Prüfung. Die Notwendigkeit die Online-Meinungsmacht zu berücksichtigen besteht indes ohne Zweifel. Das Internet wird mittlerweile von ¾ der Nutzer zur Meinungsbildung verwendet. Diese Nutzung erfolgt in vielen Fällen additiv zur Zeitung oder zur Zeitschrift, substituiert die Nutzung jedoch auch zum Teil. Eine Nichteinbeziehung erweist sich somit als Schutzdefizit. Auf der anderen Seite kommt es zT nicht so stark zum Tragen, da Beteiligungen österreichischer Medienunternehmen im Bereich der "neuen Medien"

[920] Vgl. KOMMAustria vom 11.12.2002, KOA 1.305/02-24, S. 26 ff.
[921] BKS vom 06.05.2003, 611.058/001-BKS/2003.
[922] VwGH, Erk. vom 17.12.2003, 2003/04/0136.
[923] Vgl. z.B. BKS vom 26.01.2011, 611.032/0004-BKS/2010; BKS vom 25.02.2008, 611.032/0002-BKS/2008, S. 5.

bisher eher die Ausnahme darstellen.[924] Zu nennen wäre hier z.B. die Beteiligung von *Styria* an Marktplatzportalen “willhaben.at” oder “njuskalo.hr”.[925] Insbesondere "willhaben.at" erzielte nach der letzten ÖWA Reichweitenstudie mit 28,2% Reichweite die dritthöchste Einzelreichweite aller Internetangebote.[926]

b) Eigene Bewertung

Zwar ist die Intention, andere Märkte im Rahmen der Prüfung der Meinungsvielfalt mit in die Prüfung des § 6 PrR-G einzubeziehen verständlich, v.a. wenn es um vertikal oder crossmedial integrierte Unternehmen geht. Allerdings hat eine Berücksichtigung dort zu unterbleiben, wo der Wortlaut der Norm überschritten wird. § 9 PrR-G regelt seit Inkrafttreten des PrR-G nicht mehr, ob sich ein Printunternehmen an einem Hörfunkveranstalter beteiligen kann. Dem steht jedoch der Schutzzweck des Gesetzes entgegen. Das PrR-G ist vom Schutz der Meinungsvielfalt “durchzogen”, weswegen eine am Schutzzweck orientierte Auslegung auch zur Berücksichtigung anderer Märkte führen muss. Im konkreten Fall vermag insbesondere der flexible, nicht auf einen bzw. mehrere Märkte bezogene Ansatz zu überzeugen.

[924] In Deutschland gibt es hingegen eine Reihe von “Online-Beteiligungen”, wie z.B. im Social Media Bereich bei ProSiebenSat 1 (lokalisten.de), RTL (wer-kennt-wen.de) und Georg von Holtzbrinck (schueler.vz.de, studi-vz.de und meinvz.de).
[925] Vgl. dazu Standard vom 22.07.2013, Digital „falsche Erwartungshaltung“ und Standard vom 12.08. 2013, Ein Raifeisenmann für Styria.
[926] Vgl. dazu www.oewaa.at.

Viertes Kapitel: Rechtsvergleich

A. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Die Analyse der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen hat aufgezeigt, dass in beiden Ländern durchaus vergleichbare Anforderungen an die Ausgestaltung der Medienordnung gestellt werden. Bezogen auf die Presse lassen sich der Rechtsprechung des BVerfG im Vergleich vom VfGH jedoch klarere Aussagen entnehmen, worauf bei der Ausgestaltung Bedacht zu nehmen ist. Das BVerfG hat im *Spiegel*- Urteil klargestellt, dass im Lichte der Institutsgarantie der Presse auch die Pflicht bestehen kann, Meinungsmonopole zu verhindern.[927] Der VfGH hat zwar ebenfalls die Bedeutung der Medienvielfalt hervorgehoben, berücksichtigt diese aber vordergründig auf Schrankenebene.[928] Eine objektiv-rechtliche Überlagerung wird in beiden Ländern jedoch im Rundfunk anerkannt. Während sich in Österreich die Ausgestaltungsregeln für die einfachgesetzliche Rechtsordnung im Wesentlichen aus dem B-VG Rundfunk bereits selbst ergeben, hat das BVerfG in einer langen Rechtsprechungslinie von nunmehr dreizehn Entscheidungen eine eigene "Sonderdogmatik" entwickelt, die in letzter Zeit jedoch brüchig geworden ist und möglicherweise auch in Teilen aufgebrochen werden könnte. Unabhängig davon wird in beiden Ländern der Aspekt der Meinungsvielfalt als Schutzgut hervorgehoben. Die Umsetzung im KartG bzw. PrRG und AMD-G sowie im GWB und RStV weicht aber doch stark voneinander ab. In verfassungsrechtlicher Hin-sicht ist dies vor allem auch auf die kompetenzrechtlichen Rahmenbedingungen zurückzuführen. In Deutschland steht den Ländern die Kompetenz für das Pressewesen und für den nicht-sendetechnischen Bereich des Rundfunks zu. In Österreich hingegen verfügt der Bund sowohl über die Komptenz im Rundfunk als auch im Pressewesen.

B. Medienfusionskontrolle

Die Medienfusionskontrolle weist eine Reihe von Übereinstimmungen, aber auch Abweichungen auf. In formeller Hinsicht sind zunächst die abweichenden Schwellenwerte zu nennen, die jedoch auf die Größe des Wirtschaftsraumes zurückzuführen sind. In beiden Ländern werden die Schwellen für Medienunternehmen abgesenkt. Die konkrete Methodik weist allerdings einige Unterschiede auf. Während § 38 Abs 3 GWB seit der 8 GWB Novelle eine "gespaltene Schwelle" für Rundfunk- und Presseunternehmen

[927] Vgl. BVerfGE 20, 162, 175 – *Spiegel*. Dafür auch *Bullinger*, HdbStR, Bd VI, § 142, Rn. 689 ff; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg), Vorb. § 35 GWB, Rn. 56; *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 104. Siehe dazu mit konkreten Vorschlägen für den Gesetzgeber *Rudolph*, Vielfalt im Pressewesen, S. 294 ff.

[928] Vgl. dazu VfSlg. 16.911/2003 (Rundfunk- und Printmedien); VfSlg. 13.725/1994 (Printmedien).

enthält[929], sieht § 9 Abs. 3 KartG i.V.m. § 8 KartG ebenfalls eine gespaltene Schwelle für Medien- und Medienhilfsunternehmen vor. Allerdings ist der Faktor sowohl absolut als auch relativ höher, insbesondere für Medienunternehmen i.e.S.[930] Interessant ist die Differenzierung zwischen Medien- und Medienhilfsunternehmen. Angesichts der Tatsache, dass das BKartA auch Nachrichtenagenturen in § 38 Abs. 3 GWB einbezieht, die in Österreich als Medienhilfsunternehmen zu qualifizieren sind, könnte sich auch für die deutsche Rechtspraxis eine am normativen Leitprinzip der Vielfalt ausgerichtete Differenzierung bei der Medienrechenklausel anbieten. Es wäre dann die Frage zu stellen, ob und wenn ja, wie die Meinungsvielfalt weniger beeinträchtigt wird[931], wenn ein nicht direkt für die Meinungsbildung relevantes Unternehmen betroffen ist. Unterschiede bestehen z.B. bei der Anschlussklausel, die im KartG nicht vorgesehen ist. Eine Bagatellregelung finden sich in beiden Rechtsordnungen, wenngleich sie im KartG nur auf Umsatzzahlen, in Deutschland (was nicht zuletzt der Hintergrund für die Verschiebung in § 36 GWB im Zuge der 8. GWB Novelle war, aber auch auf den Markt Bezug nimmt. In materieller Hinsicht hat Deutschland mit der 8. GWB Novelle den SIEC-Test eingeführt und damit auch die Berücksichtigung von Vielfaltsaspekten erweitert, da das Kriterium auswirkungs- und nicht markt-strukturorientiert ausgestaltet ist. Österreich hat trotz der ebenfalls 2013 durchgeführten Novelle mit dem KaWeRÄG zunächst nicht den SIEC-Test eingeführt. Der größte materielle Unterschied liegt in § 13 KartG. Eine vergleichbare Regelung zur Berücksichtigung außerwettbewerblicher Aspekte ist in Deutschland nicht vorhanden. Allenfalls die Ministererlaubnis könnte als im Grundsatz vergleichbar angesehen werden, allerdings sind deren Berücksichtigung enge Grenzen gesetzt. Zudem erfolgt die Prüfung nicht durch die sachnäheren Wettbewerbsbehörden bzw. Kartellgerichte, sondern durch den Bundeswirtschaftsminister. Dadurch weist die Entscheidung eine politische Prädisposition auf. Insbesondere die fehlende Notwendigkeit an einen Markt anzuknüpfen ist dem GWB insoweit fremd. In materieller Hinsicht ergeben sich auch einige Unterschiede bei der Marktabgrenzung. Diese weist aufgrund der Mehrzahl von Fällen, des weitaus längeren Bestehens der präventiven Kontrolle und des BKartA selbst im Vergleich zur BWB bzw. den Gerichten eine höhere Detailtiefe auf. Zwar betonen beide zu Recht die Zweiseitigkeit der Märkte, doch finden sich nur schwer ermittelbare und belastbare Aussagen für eine Abgrenzung der Märkte abseits der Hauptentscheidungslinien. Zudem erweist sich der Maßstab der Prüfung beim BKartA

[929] Im Rundfunk findet weiterhin der Faktor 20, im Pressewesen wegen der Liberalisierung im Zuge der 8. GWB Novelle nunmehr der Faktor acht Anwendung.
[930] Für diese gilt ein Faktor von 200.
[931] Vergleicht man die österreichischen Faktoren für Medienunternehmen und Medienhilfsunternehmen miteinander ergibt sich, dass der Gesetzgeber z.B. bei Nachrichtenagenturen davon auszugehen scheint, dass diesen ein zehnmal geringerer Einfluss (200 zu 20) auf die Meinungsbildung zukommt.

als viel weitgehender, konsistenter und transparenter. Durch die Fallberichterstattung und den Ende 2012 veröffentlichten Leitfaden zur Marktbeherrschung können in der Praxis mittlerweile sehr genaue Analysen im Vorfeld von den Unternehmen durchgeführt werden.

Hinzu kommen auch eine Reihe institutioneller Unterschiede. Während das BKartA als Vollbehörde mit Entscheidungskompetenzen ist, zeigt sich in Österreich ein gespaltener Kartellrechtsvollzug zwischen Ermittlungs- und Entscheidungsbehörde. Das führt zu "knierschenden Balken" im System. Nicht besprochen im Rahmen der Untersuchung wurde ein weiterer (gravierender) Unterschied in der Praxis beim Drittrechtsschutz. Während in Deutschland die Möglichkeit der Beschwerdeeinlegung besteht, können in Österreich aufgrund des in § 36 Abs. 2 KartG niedergelegten Antragsmonopols nur die Amtsparteien, also die BWB und der BKartAnw, einen Antrag stellen. Dritten steht gemäß § 10 Abs. 4 KartG lediglich ein Äußerungsrecht zu. Eine "Lücke" im System, die Dritten einen Rechtsschutz gewährte,[932] wurde mit dem KaWeRÄG kürzlich geschlossen. Diese Beschränkung wird wegen Verstoßes gegen das unionsrechtliche Effektivitätsgebot als unionsrechtswidrig eingestuft werden müssen.[933]

C. Medienkonzentrationskontrolle

Hinsichtlich der Medienkonzentrationskontrolle lässt sich ebenfalls von einem Systemunterschied im privaten Rundfunk sprechen. Während § 26 RStV eine fernsehzentrierte, am Zuschauermarktanteil orientierte Prüfung enthält, findet sich im privaten Fernsehen keine vergleichbare präventive marktbezogene Kontrolle. Dort ist vielmehr ein abgestuftes System von Cross-ownership Beschränkungen vorgesehen, die in ihrer Anwendung aller recht starr sind. Gemeinsam ist beiden Systemen, dass sie präventiv im Rahmen der Zulassung oder bei Veränderungen zur Anwendung gelangen. § 26 RStV enthält jedoch ein durch die Praxis der KEK ausdifferenziertes, nicht an Unterkomplexität gekennzeichnetes System, welches diverse Märkte anhand der Relevanz für die Meinungsbildung einbezieht. Die Beschränkungen in § 11 AMD-G enthalten mit de Hörfunk, Wochen- und Tageszeitungen ebenfalls Märkte, die von der KEK als medienrelevante verwandte Märkte behandelt werden. Unterschiede ergeben sich jedoch vor allem bei den Online-Aktivitäten. Diese können über § 11 AMD-G nicht einbezogen werden. Möglich wäre dies jedoch über § 6 PrR-G i.V.m. § 9 PrR-G. Die KEK hat in

[932] KOG, Beschl. vom 11.10.2012, 16 Ok 3/12=ecolex 2013, 49 m. Anm. *Kühnert*. Zuvor KG, Beschl. vom 21.03.2012, 24 Kt 73/11-8 (unveröffentlicht).

[933] Vgl. dazu *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829 ff. Hinzu kommt, dass keine Akteneinsicht gewährt wird. Das ist zwar mangels Rechtsschutzmöglichkeit eine logische Folge, steht aber dennoch im Widerspruch mit der Entscheidung mit der Rs. Donau Chemie (EuGH, Urt. v. 06.06.2013, C-536/11= WuW/E EU-R 2746 – *Donau Chemie*). Vgl. ausführlich dazu *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829 ff. und *Maritzen/Pauer*, WRP 2013, 1151, 1160. Siehe ausführlich zum Drittschutz in der Fusionskontrolle *Bien*, Fusionskontrolle und subjektiver Drittschutz.

ihrer Praxis trotz aller Widrigkeiten bei der Datengrundlage ein nachvollziehbares System entwickelt, welches nachvollziehbar auch hinsichtlich des Gewichts der Medien im Internet differenziert. Dem ist mit Ausnahme der zuvor dargestellten Ausnahmen zuzustimmen.

Literaturverzeichnis

Ablasser, Astrid	Medienmarkt und Fusionskontrolle – Die Anwendung der Europäischen Fusionskontrollverordnung auf den Mediensektor, 1998, (Kölner Schriften zum Europarecht, Bd. 42).
Ablasser-Neuhuber, Astrid/ *Flener*, Lukas	Reform des österreichischen Kartellrechts, Begutachtungsentwurf der Kartellgesetznovelle 2005, WuW 2004, 254- 265.
Aicher, Josef	Wettbewerbsregulierungen im Lichte der Konvergenz, JRP 2000, 177-182.
Albert, Carsten	Patente in der Fusionskontrolle, Tübingen, 2011.
Alexander, Christian	Die Neuordnung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, WuW 2012, 1025-1035.
Ders.	Pressevertrieb im Umbruch – Die Grossistenkündigungs-Entscheidung des BGH, ZWeR 2012, 215-229.
Artmann, Eveline	Das österreichische Zugabenverbot auf dem Prüfstand, RdW 2009, 67-69.
Babey, Fabio	Kartellrechtliche Anforderungen an Suchmaschinen, Zürich, 2010.
Barbist, Johannes	Über Wirkungen und mögliche unerwünschte Wirkungen, WuW 2006, 760-766.
Barbist, Johannes/Hoffer, Raoul	Neues aus Österreich – Schwerpunkte des Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetzes, WuW 2013, 726 737.
Bardong, Andreas	Die deutsche Fusionskontrolle nach der 8. GWB Novelle, NZKart 2013, 303-311.

Barfuß, Walter — Nochmals: Fusionskontrolle-Berechnung der Aufgriffschwellen; ecolex 1995, 191-192.

Ders. — „Österreichbezug“ bei der Fusionskontrolle, ecolex 1995, 186- 187.

Ders. — Kartellgesetznovelle 1992, ecolex 1993, 97- 98.

Ders. — Zur Reform des Zusammenschluss-begriffs, ecolex 1992, 344-346.

Ders. — Kartellgesetznovelle 1992 in Begutachtung, ecolex 1992, 180- 183.

Barth, Christoph/*Budde*, Stefanie — Die Implementierung des SIEC-Tests im GWB und ihre Folgen für die nationale Fusionskontrolle, BB 2011, 1859-1866 (Teil 1), BB 2011, 1923-1930.

Bauer, Günter/*Reidlinger*, Axel — Medienfusionskontrolle und Gemeinschaftsrecht, MR 2004, 357-363.

BDZV — Stellungnahme zum Fragenkatalog der KEK zur Gesamtbeurteilung nach § 26 Abs. 2 2. Alt. RStV, Berlin, 2005, Stellungnahme zur öffentlichen Befragung der KEK.

Beater, Axel — Medienrecht, Tübingen, 2007.

Bechtold, Rainer — Die 8. GWB Novelle, NZKart 2013, 263-269.

Ders. — Der Referentenentwurf der 8. GWB Novelle im Überblick, BB 2011, 3075-3079.

Ders. — Kommentar zum GWB, 6. Auflage, München, 2010.

Bechtold, Rainer/*Bosch*, Wolfgang/*Brinker* Ingo/*Hirsbrunner*, Simon — Kommentar zum EG-Kartellrecht, 2. Auflage, München, 2009

Bender, Gunnar — Cross-media ownership – eine rechtsvergleichende Untersuchung der Kontrolle multimedialer Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik und den Vereinigten

Staaten von Amerika, Heidelberg, 1999.

Berka, Walter — Lehrbuch Grundrechte, Wien, 2000.

Ders. — Kommunikationsfreiheit und Persönlichkeitsschutz: Medienfreiheit und Medienverantwortung als Grundrechtsproblem, Salzburg, 1981.

Berka, Walter/*Heindl*, Lucie/*Höhne*, Thomas *Noll*, Alfred — Kommentar zum Mediengesetz, 3. Auflage, Wien, 2012.

Bethge, Herbert — Die Freiheit des privaten Rundfunks, DÖV 2002, 673-681.

Bien, Florian — Fusionskontrolle und subjektiver Drittschutz, Baden-Baden, 2007.

Blaue, Andreas — Meinungsrelevanz und Mediennutzung- zur Konvergenz und Regulierung elektronischer Medien, ZUM 2005, 30-41.

Böge, Ulf — Reform der Pressefusionskontrolle: Forderungen, Vorschläge und Konsequenzen, MMR 2004, 227-231.

Bohl, Christoph — Konzentrationskontrolle in den elektronischen Medien, Baden- Baden, 2000.

Bohne, Michael — Cross-mediale Effekte in der Fusionskontrolle, WRP 2006, 540- 548.

Bornemann, Roland — Wie die KEK gefühlte Meinungsmacht in eine Eingriffskompetenz umrechnet, MMR 2006, 275- 279.

Ders. — Die Bedeutung der starken Stellung in der Medienkonzentrationskontrolle, ZUM 2006, 200-205.

Ders. — Cross-Promotion in Fernsehprogrammen von Senderfamilien, K&R 2001, 302-310.

Bosch, Wolfgang — Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts, NJW 2013, 1857-1862.

Bosch, Wolfgang/*Fritzsche*, Alexander — Die 8. GWB Novelle – Konvergenz und eigene wettbewerbspolitische Akzente, NJW 2013, 2225-2230.

Bremer, Eckhard/*Grünwald*, Andreas — Konzentrationskontrolle in „virtuellen Meinungsmärkten“, MMR 2009, 80-84.

Bremer, Eckard/*Martini*, Karin — Kartellrechtsreform und Sicherung der Pressevielfalt- wäre eine Lex-Holtzbrinck im Rahmen der 7. GWB-Novelle verfassungsgemäß, ZUM 2003, 942-948.

Bretschneider, Harald — Britisches Medienkonzentrationsrecht als Vorbild, ZUM 2010, 418-424.

Ders. — Bewertungen crossmedialer Verflechtungen im Medienkonzentrationsrecht, Frankfurt am Main, 2009.

Brosius, Hans-Bernd/*Zubayr*, Camille — Meinung, Meinungsvielfalt, Meinungsrelevanz. Interdisziplinäre Perspektiven, München, 2006.

Bullinger, Martin — Freiheit von Rundfunk, Presse und Film, in: HbStR VII, § 163, S 909-976.

Ders. — Private Rundfunkfreiheit auf dem Weg zur Pressefreiheit, ZUM 2007, 337-343.

Ders. — Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste, AfP 1996, 1-8.

Calliess, Christian — Schutzpflichten, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte (Band II), Heidelberg, 2006.

Clausen-Muradian, Elisabeth — Konzentrationskontrolle im privaten Rundfunk- Der neue Rundfunkstaatsvertrag (RStV), ZUM 1996, 934-937.

Clement, Wolfgang — Meinungsvielfalt und Wettbewerb, WuW 2004, 720- 726.

Coelln, Christian von — Die Rundfunkordnung Deutschlands – eine entwicklungsoffene Ordnung, AfP 2008, 433-445.

Cole, Mark D. — Die traditionellen Medien in der Krise: Bedeutungsverlust und rechtlicher Handlungsbedarf, AfP 2009, 541-552.

Dachs, Herbert/*Hanisch*, Ernst/*Kriechbaumer,* — Der Bund und die Länder: Über

Robert	Dominanz,Kooperation und Konflikte im österreichischen Bundesstaat, Wien/ Köln/Weimar, 2003.
Damjanovic, Dragana	Schwerpunkte des Entwurfs für ein neues Kommunikationsgesetz, wbl 2003, 101-108.
Danckert, Burkhard/*Mayer*, Frank-Joachim	Die vorherrschende Meinungsmacht von Google, Bedrohung durch den Informationsmonopolisten, MMR 2010, 219-222.
Degenhart, Christoph	Die Entwicklung des Rundfunkrechts im Jahr 2008,K&R 2009, 289-299.
Ders.	Medienbeteiligungen von Finanzinvestoren, AfP 2008, 521-529.
Ders.	Duale Rundfunkordnung im Wandel, AfP Sonderheft 2007, 24-33.
Dewenter, Ralf	Der Mediensektor zwischen Wettbewerb und Regulierung: Aktueller und zukünftiger (De)-regulierungsbedarf, Düsseldorf, 2011.
Ders.	Crossmediale Fusionen und Meinungsvielfalt, in: Fechner, Frank (Hrsg.), Crossmediale Fusionen und Meinungsvielfalt, Ilmenau, 2007, S. 49-89.
Dörr, Dieter	Die Macht der Medien- Medienrechtliches Kolloquium zum 75. Geburtstag von Hartmut Schiedermair, Frankfurt am Main, 2011.
Ders.	Die Regulierung der Vielfaltssicherung vor neuen Herausforderungen, in: EMR (Hrsg.), Festschrift für Fritz Raff, Baden-Baden, 2008, S. 205-215.
Ders.	Die Konzentration im Medienbereich: NationalesVielfaltssicherungsrecht im Spannungsfeld zum europäischen Wettbewerbsrecht, in Dörr/ Müller-Graff (Hrsg.), Medien in der

	Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden, 2007, S 95-113.
Ders.	Vielfaltssicherung im bundesweiten Fernsehen, AfP Sonderheft 2007, 33-40.
Ders.	Die Vorschriften im Rundfunkstaatsvertrag zur Sicherung der Meinungsvielfalt, ZWeR 2004, 159- 175.
Ders.	Medienfreiheit im Binnenmarkt, AfP 2003, 202- 209.
Dörr, Dieter/*Kreile*, Johannes/*Cole,* Mark D. (Hrsg.)	Handbuch Medienrecht, Frankfurt am Main, 2008.
Dörr, Dieter/*Janik*, Viktor*Zorn*, Nicole	Der Zugang zu den Kabelnetzen und die Regelungen des europäischen Rechts, in: Dörr/Gersdorf (Hrsg.), Der Zugang zum digitalen Kabelmarkt, Berlin, 2002.
Dohrn, Daniel/*Meyer*, Matti	Zukünftiger potentieller Wettbewerb, WuW 2012, 355-366.
Dolzer, Rudolf/*Vogel*, Klaus	Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Heidelberg, 2007.
Dornbirn, Victor Thurnher	Kartellgesetznovelle in Österreich-Aufbruch zu neuen Märkten, WuW 2002, 845-853.
Drack, Clara	Die rechtliche Entwicklung des Rundfunks in Österreich von seiner Entstehung bis zum ersten Rundfunkgesetz, Wien, 2003.
Drechsler, Carola	Europäische Förderung audiovisueller Medien zwischen Welthandel und Anspruch auf kulturelle Vielfalt, Frankfurt am Main, 2009.
Dreier, Horst (Hrsg.)	Kommentar zum Grundgesetz Band I, Art. 1 bis 19, 3. Auflage, Tübingen, 2013.
Dubberstein, Holger	TV-Märkte im Wandel, NZKart 2013, 143-146.

Eder, Julia — „Nützliche Hilfestellung“ oder „Gutachten zu hypothetischen Fragen“, JBl 2013, 403-406.

Eimeren, Birgit van/*Frees*, Beate — Rasanter Anstieg des Internetkonsums – Onliner fast drei Stunden täglich im Netz, MP 2013, 358-372.

Dies. — 76 Prozent der Deutschen online – neue Nutzungssituationen durch mobile Endgeräte, MP 2012, 362-379.

Dies. — Der Internetnutzer 2009 – multimedial und total vernetzt? MP 2009, 334-348.

Ellinghaus, Ulrich — Rundfunkregulierung im Umbruch, CR 2008, 216- 220.

Engel, Christoph — Zuschaueranteile in der publizistischen Konzentrationskontrolle, ZUM 2005, 776-782.

Epping, Volker/*Hillgruber*, Christian (Hrsg.) — Beckscher OK- Grundgesetz, Edition 18 (Stand: Mai 2013).

Fässler, Hans-Roland — Konzentrationskontrolle im privaten Fernsehen, AfP 1995, 542-545.

Farnleitner, Johann — Die österreichische Kartellgesetznovelle 1993, WuW 2004,114-117.

Fink, Udo/*Cole*, Mark D./*Keber*, Tobias — Europäisches- und internationales Medienrecht, Heidelberg, 2008.

Flatau, Kai — Neue Verbreitungsformen für Fernsehen und ihre rechtliche Einordnung: IPTV aus technischer Sicht, ZUM 2007, 1-7.

Flener, Lukas — Fusionskontrolle- die Zusammenschlusstatbestände, Wien, 2001.

Fliessbach, Sarah — Grenzen der Medienmacht: Die geplante Fusion der Axel Springer AG und der ProSiebenSat.1 Media AG in der öffentlichen Diskussion, Saarbrücken, 2008.

Frankfurter Kommentar — Frankfurter Kommentar zum GWB, Loseblatt, Köln.

Funk, Bernd-Christian — Neue Doktrin des VfGH zur Anwendung europäischen Unionsrechts, ecolex 2012, 827-830.

Gamper, Anna — Wie viel Kosmopolitismus verträgt eine Verfassung, JBl 2012, 763-773.

Gerhardt, Nina — Presseähnliche Angebote nach dem 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, AfP 2010, 16-20.

Gerhards, Maria/*Mende,* Annette — Ein Drittel der Deutschen bleibt weiterhin offline, MP 2008, 365-376.

Gersdorf, Hubertus — Öffentlich-rechtlicher Rundfunk 2.0 – Von der Voll- zur Qualitätsversorgung, K&R 2012, 94-98.

Ders. — Netzneutralität: Juristische Analyse eines „heißen Eisens“, AfP 2011, 209-217.

Ders. — Rundfunkfrequenzpolitik zwischen Ökonomisierung und Vielfaltssicherung: Zur Reichweite des Rundfunkprivilegs, ZUM 2007, 104-108.

Ders. — Grundzüge des Rundfunkrechts, München, 2003.

Ders. — Chancengleicher Zugang zum digitalen Fernsehen, Berlin, 1997.

Gläser, Martin — Medienmanagement, 2. Auflage, München, 2010.

Görg, Mathias — Der Begriff der Medienvielfalt im neuen KartG, ÖBl 2004, 108-112.

Ders. — Nochmals zum Begriff der Medienvielfalt, MR 2004, 427-428.

Ders. — Kartellrecht 2002- Kartellgesetznovelle und Wettbewerbsgesetz, RdW 2001, 450-454.

Gounalkis, Georgios — Regulierung von Presse, Rundfunk und elektronischen Diensten in der zukünftigen Medienordnung, ZUM 2003, 180-192.

Ders. Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden? in: Verhandlungen zum 64. DJT, Band I, 2002, Gutachten C.

Gounalakis, Georgios/*Zagouras*, Georgios Medienkonzentrationsrecht, München, 2008.

Dies. Publizistische Vielfaltssicherung- Eine Aufgabe für Europa?, JZ 2008, 652-661.

Dies. Konglomerate Medienkonzerne und die Wettbewerbsaufsicht- Eine Nachlese zum Fall Springer/ProSiebenSat1, NJW 2006, 1624-1627.

Dies. Crossmedia, Konzentration und multimediale Meinungsmacht, AfP 2006, 93-103.

Gounalkis, Georgios/*Wege*, Christoph Öffentlicher Rundfunk hat seinen Preis, NJW 2008, 800-805.

Gounalkis, Georgios Medienkonzentrationskontrolle versus allgemeines Kartellrecht, AfP 2004, 394-397.

Grabner, Georg Die Rolle des Privatfernsehens im politischen System Österreichs, Wien, 2012.

Grabenwarter, Christoph Inhaltliche und zeitliche Beschränkungen der Rundfunkwerbung, in: Berka/Grabenwarter/Holoubek, Medienfreiheit vs. Inhaltsregulierung, Wien, 2006.

Ders. Zur Bedeutung der Entscheidungen des EGMR in der Praxis des VfGH, RZ 2007, 154-160.

Ders. Die Rundfunkfreiheit des Art 10 EMRK. Bedeutung und Konsequenzen des Rundfunkmonopol-Urteils des EGMR für Österreich, MR 1994, 6-12.

Grave, Carsten/*Klauß*, Ingo 8. GWB-Novelle: Fortentwicklung der

	Fusionskontrolle und Bußgeldverfahren, GRUR-Prax 2012, 524-528.
Grewening, Claus	Rechtliche Rahmenbedingungen für Plattformanbieter- Perspektiven des privaten Rundfunks, ZUM 2009, 15-21.
Grisold, Andrea	Regulierungsformen am Mediensektor (Der Fall Österreich), Frankfurt am Main,1996.
Gröpl, Christoph	Die Reform der Medienkontrolle durch den Zehnten Rundfunkände-rungsstaatsvertrag, ZUM 2009, 21-29.
Gruber, Johannes	Österreichisches Kartellrecht, Wien, 2008.
Ders.	Letzte Änderungen im österreichischen Kartellgesetz, WuW 2005, 1134- 1137.
Ders.	Fusionskontrolle und Marktabgrenzung, wbl 2005, 205-211.
Grübl, Gerald	Zusammenschlusskontrolle am österrei-chischen Tageszeitungsmarkt, Wien, 1995.
Gugerbauer, Norbert	Handbuch Fusionskontrolle, Wien, 1995.
Ders.	Unternehmenszusammenschlüsse mit Auswirkungen auf Österreich, WuW 1994, 897-901.
Hahn, Werner/*Vesting*, Thomas	Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Auflage, München, 2012.
Hain, Karl-Eberhard	Medienmarkt im Wandel: Technische Konvergenz und Anbieterkonkurrenz als Herausforderung an Verfassungsrecht und Regulierung, AfP 2012, 313-328.
Ders.	Zum ersten Akt des verwaltungs-gerichtlichen Nachspiels der gescheiterten Fusion von Springer und Pro7Sat1, K&R 2008, 160-165.
Ders.	Sicherung des publizistischen Pluralismus auf europäischer Ebene?, AfP 2007, 527-534.

Ders. Springer, ProSiebenSat1 und die KEK- eine Nachlese, K&R 2006, 150-155.

Ders. Vorherrschende Meinungsmacht i.S.d. § 26 Abs. 1, 2. RStV- die Kontroverse um „quantitative“ oder „qualitative“ Bestimmung, MMR 2000, 537-544.

Hain, Karl-Eberhard/*Poth*, Hans-Christian Ausgestaltung und Beschränkung der dienenden Rundfunkfreiheit, JA 2010, 572-575.

Handstanger, Meinrad Zur Bedeutung der Entscheidungen des EGMR in der Praxis des VwGH, RZ 2007, 160-166.

Hartung, Isabella KG: Bestandsverträge und Fusionskontrolle- Geldbußenanträge wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot abgewiesen, ÖZK 2009, 112-118.

Hasebrink, Uwe/*Schmidt*, Jan-Hendrik Medienübergreifende Informationsrepertoires, MP 2013, 2-12.

Hauck, Dieter/ *Resch*, Peter Zusammenschlusskontrolle 2005, ecolex 2005, 511-514.

Heinrich, Jürgen Medienökonomie
Band 2: Hörfunk und Fernsehen, 2 Auflage, Wiesbaden, 2010.

Helwig, Richard Die Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft zur Schaffung eines europäischen Medienkonzentrationsrechts, Frankfurt am Main, 2009.

Henschen, Horst/*Koch*, Stefan Absolutheitsanspruch in der Fusionskontrolle, WuW 2009, 1127-1138.

Hepach, Stefan Der Kompetenzrahmen der KEK nach dem Sechsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, ZUM 2003, 112-121.

Herbst, Christian/ *Thurnher*, Victor Österreichische Fusionskontrolle- Auslandsumsätze für Aufgriffschwellen irrelevant, WuW 1997, 692- 698.

Hess, Thomas/*Schulze*, Bernd Mehrfachnutzung von Inhalten der Medienindustrie, in: Altme-

ppen/Karmasin (Hrsg), Medien und Ökonomie (Band 2: Problemfelder der Ökonomie), Wiesbaden, 2004, S 41-63.

Hess, Wolfgang — Medienkartellrecht, AfP 2000, 61-68.

Höppner, Thomas — Das Verhältnis von Suchmaschinen zu Inhalteanbietern an der Schnittstelle von Urheber- und Kartellrecht, WRP 2012, 625-637.

Hoffer, Raoul/*Barbist*, Johannes — Das neue Kartellrecht, Wien, 2005.

Hoffmann-Riem, Wolfgang — Kommunikationsfreiheiten, Baden-Baden, 2002.

Ders. — Medienregulierung als objektiv-rechtlicher Grundrechtsauftrag, M&K 2002, 175- 194.

Ders. — Regulierung der deutschen Rundfunkordnung: Grundfragen, Baden-Baden, 2000.

Ders. — Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, Baden-Baden 1991.

Hoffmann-Riem, Wolfgang/*Schulz*, Wolfgang — Konvergenz und Regulierung, Baden Baden, 2000.

Held, Thorsten

Hofmann, Nina — Medienkonzentration und Meinungsvielfalt- eine Analyse der Funktionsgrenzen der Fusionskontrolle auf dem Pressemarkt, Berlin, 2010.

Hofsümmer, Karl-Heinz/*Engel*, Bernhard — Das AGF-Fernsehforschungssystem in Deutschland, MP 2013, 258-272.

Holoubek, Michael — Gegenstand, Verfahren und Organisation der Regulierung der elektronischen Massenmedien- Antworten auf den kleinen Paradigmenwechsel, in: Berka/ Grabenwarter/Holoubek (Hrsg), Medienfreiheit vs Inhaltsregulierung, Wien, 2006.

Ders. — Grundrechte zwischen Freiheitsverbürgung und staatlicher

	Verantwortung- Antworten und Perspektiven der österreichischen Grundrechtsdogmatik, in: Dimensionen des modernen Verfassungsstaates, Festschrift zum 60. Geburtstag von Karl Korinek.
Ders.	Rundfunkfreiheit und Rundfunkmonopol, Wien, 1990.
Ders.	Medienfreiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention, AfP 2003, 193-201.
Ders.	Programmträgerschaft nach dem Regionalradiogesetz, MR 1993, 86-90.
Holoubek, Michael/*Kassai*, Klaus/*Traimer,* Matthias	Grundzüge des Rechts der Massenmedien, Wien, 2006.
Holoubek, Michael/*Lang*, Michael	Verfahren der Zusammenarbeit von Verwaltungsbehörden in Europa, Wien, 2012.
Holtz-Bacha, Christina	Berücksichtigung medienrelevanter verwandter Märkte im Rahmen der medienkonzentrationsrechtlichen Prüfung, Stellungnahme zur öffentlichen Befragung der KEK, Nürnberg, 2005.
Holznagel, Bernd	Anreize für eine vertikale Verflechtung zwischen Presse und Rundfunk oder wirksame Konzen-trationsbegrenzung, ZUM 2009, 620-629.
Ders.	Konvergenz der Medien-Herausforderungen an das Recht, NJW 2002, 2351-2356.
Holznagel, Bernd/*Dörr*, Dieter/*Hildebrand* Doris, *Holznagel*, Bernd/*Ricke*, Thorsten	Elektronische Medien- Entwicklung und Regulierungsbedarf, München, 2008.
	Schluss mit dem Forum Shopping: Ein Plädoyer für eine Landesmedienanstalt, epd medien Nr. 19/2012, 6-9.
Holznagel, Bernd/*Krone*, Daniel	Wie frei ist die KEK? Ein Beitrag zur Auslegung des § 26 Abs. 2 S. 2 RStV,

	MMR 2005, 666-673.
Hoppmann, Erich	Meinungswettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Mestmäcker (Hrsg.), Offene Rundfunkordnung, Berlin, 1988.
Immenga, Ulrich/ *Mestmäcker*, Ernst-Joachim (Hrsg.)	Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 4. Auflage, München, 2007.
Immenga, Ulrich	Pressemärkte in der Wettbewerbs- und Medienpolitik, ZWeR 2004, 329-354.
Jarass, Hans*/Pieroth,* Bodo	Kommentar zum Grundgesetz, 6. Auflage, München, 2011.
Jungheim, Stephanie	Medienordnung und Wettbewerbsrecht im Zeitalter der Digitalisierung und Globalisierung, Tübingen, 2012.
Jungheim, Stephanie	Die kartellrechtliche Bewertung von Kooperationen im Medienbereich, WRP 2011-519-526.
Kahl, Wolfgang/*Waldhoff*, Christian/*Walter*, Christian	Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Karlsruhe, Stand: Juli 2013.
Kaltenbrunner, Andy/Karmasin, Matthias/ *Kraus*, Daniela (Hrsg.)	Politikjournalismus in Österreich, Wien, 2010.
Kassai, Klaus	Evolution in der Television, MR 2008, 42-56.
Kassai, Klaus/*Kogler*, Michael/*Truppe*, Michael	Rundfunkrechtsreform 2010- 85 Seiten in 41 Minuten-Überblick über Änderungen durch das Rundfunkrechtsreformpaket 2010/50, MR 2010, 295-310.
KEK	15. Jahresbericht, Potsdam, 2013.
KEK	14. Jahresbericht, Potsdam, 2012.
KEK	Vierter Medienkonzentrationsbericht der KEK:Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung, Potsdam 2010.
Kellermüller, Hanspeter	Staatliche Maßnahmen gegen Medienkonzentration, Zürich, 2007.
Kersting, Christian/*Dworschak*, Sebastian	Leistungsschutzrecht für Presseverlage:

	Müsste Google wirklich zahlen – eine kartellrechtliche Analyse, NZKart 2013, 46-53.
Kiefer, Marie-Luise	Medienökonomik, 2. Auflage, München, 2005.
Klaes, Roland L.	Verfassungsrechtlicher Rundfunkbegriff und Internet, ZUM 2009, 135-141.
Kleinsteuber, Hans /*Thomaß*, Barbara	Medienökonomie, Medienkonzerne und Konzentrationskontrolle, in: Altmeppen/ Karmasin (Hrsg), Medien und Ökonomie (Band 2: Problemfelder der Medienökonomie), Wiesbaden, 2004, S. 123-159.
Kloepfer, Michael	Vielfaltssicherung durch Ebenentrennung in der Massenkommunikation, Baden-Baden, 2010.
Ders.	Netzneutralität und Presse-Grosso in der Informationsgesellschaft, AfP 2010, 120-127.
Klumpp, Ulrich	Neues in der Pressefusionskontrolle, WuW 2013, 344-357.
Knauder, Christian/*Schirk*, Andreas	Kartellrechtliche Fragen in der Unternehmenskrise -Sanierungsinstrumente im Spannungsfeld von Wettbewerbssicherung und Unternehmenserhalt, ZUS 2011, 15-22.
Koch, Ulrich	Medienkonzentrationsrecht in Deutschland- sind wir auf dem richtigen Weg, AfP 2007, 305-313.
Köck, Stefan	Kartellgesetznovelle 1993: Die neue Zusammenschlusskontrolle, 607- 610.
König, Michael/*Trafkowski*, Armin	Zum Anwendungsbereich der Rundfunkklausel des § 38 Abs. 3 GWB, ZUM 2003, 513-516.
Körber, Thorsten	Sektorspezifische Rundfunkregulierung oder Wettbewerb 2.0, ZWeR 2009, 314-342.

Ders. Wettbewerb in dynamischen Märkten zwischen Innovationsschutz und Machtmissbrauch, WuW 2007, 1209-1218.

Koger, Arnold Die konzernbezogenen Ausnahmen im österreichischen und europäischen Kartellrecht, Wien, 2010.

Kogler, Michael R TV (on demand): europäische Content-Regelungen für audiovisuelle Mediendienste, Wien, 2010

Kopf, Matthias Effizienz staatlicher Steuerung durch Regulierung am Beispiel des privaten Hörfunks in Österreich Rahmenbedingungen staatlicher Eingriffe in liberalisierte Sektoren und Maßnahmen gegen Medienkonzentration, Wien,2012.

Koppensteiner, Hans- Georg Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Wien, 1997.

Ders. Gesellschafts- und Kartellrecht, wbl 2011, 285- 294.

Ders. Schwerpunkte der Kartellgesetznovelle 1993, wbl 1993, 341- 347.

Koreng, Ansgar Meinungsmacht und Netzneutralität- Kommunikationsgrundrechtliche Aspekte des diskriminierungsfreien Netzzugangs, CR 2009, 758-760.

Kreile, Johannes/*Stumpf*, Christoph „Das neue Medienkartellrecht"- Die Sicherung der Meinungsvielfalt im novellierten Rundfunkstaatsvertrag, MMR 1998, 192-195.

Kruse, Jörn Publizistische Vielfalt und Effizienz durch den Markt oder durch staatliche Regulierung?, in: Friedrichsen/Seufert (Hrsg), Effiziente Medienregulierung: Marktdefizite und Regulierungsdefizite, Baden-Baden, 2004, 111-139.

Ders. Publizistische Vielfalt und Medienkon-

zentration unter dem Einfluß von Marktkräften und politischen Entscheidungen, in: Altmeppen (Hrsg), Ökonomie der Medien und des Mediensystems, Opladen, S. 25-52.

Kuchinke, Björn A./*Schubert*, Jens M. Der Beschluss des Bundeskartellamts in Sachen Springer/ProSiebenSat.1, WuW 2006, 477-485.

Kübler, Friedrich Medien, Menschenrechte und Demokratie, Heidelberg, 2008.

Ders. Rundfunkgebühr, Meinungswettbewerb und Medienkonzentration, MP 2004, 131-132.

Kühling, Jürgen Sektorspezifische Regulierung in Netzwirtschaften, München, 2004.

Kühling, Jürgen Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, (Schriftenreihe zum Europarecht, Band 60), Berlin, 1999.

Kühling, Jürgen Suchmaschinen- eine Gefahr für den Informationszugang und die Informationsvielfalt, ZUM 2007, 881-889.

Kühling, Jürgen/*Gauß*, Nicolaus Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, MMR 2007, 751-757.

Kühnen, Jürgen Der SIEC-Test in der deutschen Fusionskontrolle, WuW 2012, 458-467.

Ders. Wohin führt uns die 8.GWB Novelle in der Fusionskontrolle, KsZW 2011, 3-9.

Kühnert, Heinrich/*Xeniadis*, Anastasios Die wettbewerbsrechtliche Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen, ÖZK 2011, 123-131.

Lange, Bernd- Peter Die Übernahme von ProSieben/Sat1 durch den Axel Springer Konzern- zu den Prüfverfahren beim Bundeskartellamt und der KEK, MP 2005, 546-557.

Lange, Knut-Werner (Hrsg.) — Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2. Auflage, Frankfurt, 2006.

Langen, Eugen/*Bunte*, Hermann-Josef — Kommentar zum deutschen- und europäischen Kartellrecht, 2 Bände Band 1: Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage, Köln, 2010.

Lehofer, Hans-Peter — VfGH: EU-Grundrechte Charta als Prüfungsmaßstab, ÖJZ (aktuell) 2012, 433.

Leisner-Engensperger, Anna — Vielfalt – ein Begriff des öffentlichen Rechts, Berlin, 2004.

Leitl-Staudinger, Barbara — Die Regulierungsbehörden im österreichischen Recht, Wien, 2006.

Lettl, Tobias — Fusionskontrolle im GWB nach der 8. GWB Novelle, WuW 2013, 707-715.

Ders. — Wettbewerbsbehinderung und Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, WRP 2012, 274-280.

Lindinger, Christoph — Österreich und EU-Fusionskontrolle, ecolex 1995, 105-112.

Lissel, Patrick — Wettbewerbsgesetz und Kartellrechtsnovelle in Österreich, RIW 2002, 823-824.

Loewenheim, Ulrich/*Meessen*, Karl M./ *Riesenkampff*, Alexander — Kommentar zum Kartellrecht, 2. Auflage, München, 2009.

Löffler, Martin — Das Pressefusions-Kontrollgesetz, AfP 1972, 155-158.

Luch, Anika/*Schulz*, Sönke — Die digitale Dimension der Grundrechte, MMR 2013, 88-93.

Ludwig, Johannes — Mediale Vielfalt: Ein (Nicht-)Ergebnis von Anbieter-,und/oder Nachfrageinteressen, Marktdefiziten und/oder Regulierungsdefiziten, in: Friedrichsen /Seufert, Effiziente Medienregulierung, S. 11-29.

Machacek, Rudolf / *Pahr*, Willibald / Stadler — Grund- und Menschenrechte in

Gerhard	Österreich, Band 2;40 Jahre EMRK-Wesen und Werte.
Mailänder, Peter	Crossmediale Zusammenschlüsse- eine Herausforderung für die medienrechtliche Konzentrationskontrolle, AfP 2007, 297- 305.
Maritzen, Lars/*Pauer,* Nada Ina	Der Kronzeuge in Österreich im Spannungsfeld von Public und Private Enforcement, WRP 2013, 1151-1161.
Maritzen, Lars/*Dworschak*, Sebastian	Einsicht- der erste Schritt zur Besserung ? Zur Akteneinsicht in Kronzeugendokumente nach dem Donau-Chemie Urteil des EuGH, WuW 2013, 829-845.
Matousek, Peter	Die Kartellrechtsreform 2005 im Überblick, ecolex 2005, 501- 504.
Mayer, Heinz	Das österreichische Bundesverfassungsrecht (B-VG), 4. Auflage, Wien, 2007.
Mayer-Schönberger, Viktor	Paradoxe Intervention. Grundsätzliche Grenzen und Möglichkeiten der Regulierung von Online-Anbietern, in: Klumpp/Kubicek/Roßnagel/Schulz, Netzwelt, Wege, Werte, Wandel, Berlin/Heidelberg, 2010.
Meckel, Miriam	Vielfalt im digitalen Medienensemble- Medienpolitische Herausforderungen und Ansätze (Gutachten im Auftrag der ICOMP), 2012- abrufbar unter www.i-comp.org
Melischek, Gabriele/*Seethaler*, Josef/ *Skodacsek, Katja*	Der österreichische Zeitungsmarkt 2004 hoch konzentriert, MP 2005, 243-252.
Mestmäcker, Ernst- Joachim	Meinungsfreiheit und Medienwettbewerb, ZUM 1986, 63-68.
Ders.	Die Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf Rundfunkunternehmen, GRURInt 1983, 553-560.

Ders. Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, Baden-Baden, 1978.

Möhring, Wiebke/*Stürzebecher*, Dieter Lokale Tagespresse: Publizistischer Wettbewerb stärkt Tageszeitungen, MP 2008, 91-101.

Möllers, Christoph Pressefreiheit im Internet, AfP 2008, 241-251.

Möstl, Markus Politische Parteien als Medienunternehmer, DÖV 2003, 106-113.

Monopolkommission Sondergutachten 63: Die 8. GWB Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden, 2013.

Dies. Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Baden-Baden, 2010.

Dies. Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle, Baden-Baden, 2004.

Dies. Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co KG, Baden-Baden, 2003.

Müller, Michael Konzentrationskontrolle zur Sicherung der Informationsfreiheit, München, 2004.

Ders. Partei-TV- zur Vergewisserung der Dogmatik der Rundfunkfreiheit, AfP 2009, 433-441.

Müller, Rudolf Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäische Grundrechtecharta, ÖJZ 2012, 159-167.

Müller-Terpitz, Ralf Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und Neue Medien- Eine gemeinschafts- und verfassungsrechtliche Betrachtung, AfP 2008, 335-341.

Neuberger, Christoph/*Lobigs*, Frank — Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung (Gutachten im Auftrag der KEK), Potsdam, 2010.

Niebler, Julia — Die Stärkung der Regionalfensterprogramme im Privaten Rundfunk als Mittel der Sicherung der Meinungsvielfalt durch den Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, Frankfurt am Main, 2008.

Nothelfer, Wolfgang — Wann behindern konglomerate Fusionen den Wettbewerb, EuZW 2007, 332-336.

Oberndorfer, Paul — Medienkonzentrationskontrolle im Privatrundfunk- von § 10 RRG zu § 9 PrR-G, JRP 103- 112.

Obradovic, Vedran — Krise und Übernahme von Unternehmen im Lichte des Kartellrechts, RdW 2010, 495-499.

Öhlinger, Theo — Verfassungsrecht, 8. Auflage, Wien, 2009.

Ory, Stephan — Herausforderungen der Medienfreiheit- oder: Eckpunkt der Konvergenz, AfP 2011, 19-21.

Ders. — Rundfunk und Presse im Internet, AfP 2010, 20-25.

Ossyra, Markus — Konzentrationskontrolle über private Rundfunkveranstalter, Frankfurt am Main, 1999.

Ott, Stephan — Ich will hier rein – Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, 195-202.

Paal, Boris — Immaterialgüter, Internetmonopole und Kartellrecht, GRUR 2013, 873-881.

Ders. — Suchmaschine, Marktmacht und Meinungsbildung, (Gutachten im Auftrag von ICOMP), Baden-Baden, 2012.

Ders.	Crossmedial Zusammenschlüsse, Marktabgrenzung und Medienmacht, ZWeR 2012, 380-400.
Ders.	Netz- und Suchmaschinenneutralität im Wettbewerbsrecht, AfP 2011, 521-532.
Ders.	Presse-Grosso auf dem Prüfstand, AfP 2011, 1-9.
Ders.	Medienvielfalt durch Wettbewerbsrecht, Tübingen, 2010.
Paschke, Marian/*Berlit*, Wolfgang/*Meyer*, Claus (Hrsg.)	Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 2. Auflage, Hamburg, 2012.
Paschke, Marian	Bestandsschutz für das Presse-Grosso als Eingriff in die Pressevertriebsfreiheit, AfP 2012, 431-441.
Ders.	Vielfaltssicherung im bundesweiten Fernsehen – Voraussetzungen und Grenzen einer Prüfung der medienrelevanten verwandten Märkte, Rechtsgutachten im Auftrag der BLM, München, 2005.
Petersen, Jens	Medienrecht, 3. Auflage, München 2006.
Petsche, Alexander/ *Urlesberger*, Franz Christof *Vartian*, Claudine	Kommentar zum Kartellgesetz 2005 Wien, 2007.
Podszun, Rupprecht	Fernsehkartellrecht- Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts, MMR 2007, 761-765.
Polster, Stephan	Sektorspezifische Wettbewerbsregulierung und Kartellrecht im Telekommunikationssektor, ecolex 2005, 627-631.
Preuss-Neudorf, Friedrich Christian	Grundversorgung und Wettbewerb im dualen System, Frankfurt am Main, 1993.
Rath, Michael	Suchmaschinen sind auch nicht mehr das, was sie mal waren, WRP 2005, 826-831.

Reich-Rohrwig, Johannes/ *Zehetner*, Jörg — Kartellrecht I, Wien, 2000.

Reidlinger, Axel — Das neue österreichische Kartellrecht, Wien, 2006.

Reinlein, Laura Johanna — Medienfreiheit und Medienvielfalt, Frankfurt am Main, 2011.

Reinlein, Laura Johanna/*Wagner*, Eva Ellen — Die Ermittlungsbefugnisse der KEK nach dem 10.Rundfunkänderungsstaatsvertrag, K&R 2008, 518-523.

Ritlewski, Kristoff — Pluralismus als Strukturprinzip im Rundfunk, Frankfurt am Main, 2009.

Ritter, Jan-Stephan/*Käseberg*, Thomas — Der Regierungsentwurf zur 8. GWB Novelle, WuW 2012, 661-670.

Röper, Burkhardt — Wettbewerb im Medienbereich, Berlin 1987.

Röper, Horst — Zeitungsmarkt 2012: Konzentration erreicht Höchstwert, MP 2012, 268-285.

Rösler, Hannes — Kartellrecht im Mediensektor- Strukturen und Perspektiven, WuW 2009, 1014-1023.

Ders. — Medienwirtschaftsrecht: Wettbewerb auf privaten Medienmärkten und die Funktion des öffentlichen Rundfunks, JZ 2009, 438-448.

Roninger, Rainer/ *Punz*, Wolfgang — Das österreichische Kartellrecht, Wien 1996.

Rudolph, Daniel — Erhalt von Vielfalt im Pressewesen, Frankfurt, 2009.

Sachs, Michael — Kommentar zum Grundgesetz, 6. Auflage, München, 2011.

Säcker, Franz Jürgen — Zur Ablehnung des Zusammenschlussvorhabens Axel Springer AG/Pro SiebenSat1 Media AG durch KEK und Bundeskartellamt, K&R 2006, 49-54.

Schaarschmidt, Ulrich — Cross- Promotion durch Medienkonglomerate- Schranken des

	Medien- und Kartellrechts, Münster, 2005.
Schmelz, Christian/*Schwartz*, Walter	Neue Behörden für Rundfunk- und Telekomregulierung verfassungswidrig? ecolex 2001, 594-XX.
Schmidt, Tobias	Medienpolitischer Zwischenruf, AfP 2011, 23-24.
Schmidtmann, Karin	Die neue >heute>-App des ZDF – ein presseähnliches Angebot, ZUM 2013, 536-541.
Schnabel, Christoph	Informationsfreiheitsgesetze und öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, ZUM 2010, 412-418.
Schröcksnadl, Thomas	Die Entstehung des österreichischen Kartellgesetzes von 1972- Die Entwicklung seit 1937, München, 1972.
Schuhmacher, Wolfgang	Das Wettbewerbsrecht nach den Novellen 1988: Kritische Anmerkungen zu einer problematischen Reform: Aicher/Koppensteiner (Hrsg), Beiträge zum Zivil- und Handelsrecht, FS für Rolf Ostheim (1990), 495-517.
Schütz, Raimund	Kommunikationsrecht- Regulierung von Telekommunikation und elektronischen Medien, München, 2005.
Ders.	Rundfunkbegriff: Neutralität der Inhalte oder Übertragung, MMR 2009, 228-232.
Schütz, Walter	Deutsche Tagespresse 2012, MP 2012, 570- 593.
Ders.	Redaktionelle und verlegerische Struktur der deutschen Tagespresse, MP 2012, 594-603.
Schwarze, Jürgen/*Becker,* Ulrich/*Hatje*, Armin/*Schoo*, Johann	Kommentar zum EU-Recht, 3. Auflage, Baden-Baden, 2012.
Schwarze, Jürgen/*Hesse*, Albrecht	Rundfunk und Fernsehen im digitalen Zeitalter, Baden-Baden, 2000.

Schwarze, Jürgen — Zur Zulässigkeit der neuen Regelung über das Presse-Grosso in § 30 Abs. 2a GWB, NZKart 2013, 270-278.

Ders. — Medienfreiheit und Medienvielfalt im Europäischen

Schweizer, Robert — Schutz der Leistungen von Presse und Journalisten, ZUM 2010, 7-17.

Schwithal, Tim Torsten — Vielfaltssicherung im öffentlichen Rundfunk in Deutschland und den Niederlanden, Oldenburg, 2012.

Sjurts, Inga — Der Markt wird´s schon richten!?, Medienprodukte, Medienunternehmen und die Effizienz des Marktprozesses, in: Altmeppen/Karmasin (Hrsg), Medien und Ökonomie (Band 2: Problemfelder der Medienökonomie), Wiesbaden, 2004, S 159- 183.

Spindler, Gerald/*Schuster*, Fabian — Recht der elektronischen Medien, 2. Auflage, München, 2011.

Sporn, Stefan — Auf dem Weg zur Ländermedienanstalt, K&R 2009, 237-244.

Steger, Jens — Konglomerate Medienzusammenschlüsse in der deutschen Fusionskontrolle, WuW 2010, 282-291.

Steinmaurer, Thomas — Medienangebot in Österreich, in: Pürer/Rahofer/Reitan (Hrsg.), Praktischer Journalismus, 5. Auflage, Konstanz 2004, S. 29- 39.

Ders. — „Dienende Freiheit“. Die Verantwortung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für die Gesellschaft und die Verantwortung der Gesellschaft für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, in: *Kops* (Hrsg.): Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in gesellschaftlicher Verantwortung, S. 29-72.

Szekalla, Peter — Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Baden-Baden, 2002.

Trafkowski, Armin — Medienkartellrecht, München, 2001.

Traimer, Matthias — Informationsverein Lentia und die Folgen, JRP2012, 410-429.

Turecek, Oliver/*Roters*, Gunnar — Home-Entertainment Branche wächst, MP 2013, 273-280.

Dies. — Wirtschaftlich positive Bilanz für die Videobranche, MP 2012, 308-316.

Urlesberger, Franz — Die Kartellgesetz-Novelle 2002, RWZ 2002, 55-62.

Uwer, Dirk — Medienkonzentration und Pluralismussicherung im Lichte des europäischen Menschenrechts der Pressefreiheit, Berlin 1998.

Vogel, Andreas — Publikumszeitschriften 2012: Kaum Anteilsverschiebungen in einem rückläufigen Markt, MP 2012, 317-338.

Wagner, Raoul — Umsatzschwellen für Zusammenschlussanmeldungen „und“ oder „oder“, RdW 2007, 527-528.

Weberling, Johannes/*Nieschalk*, Malte — Kein Bedarf für eine übereilte Reform der Pressefusionskontrolle, AfP 2009, 221-224.

Weil, Christof — Interventions- und haftungsrechtliche Aspekte grenzüberschreitender Rundfunksendungen, Berlin, 1981.

Wessely, Karin — Gemeinsame Kontrolle und Markt – Sonderfragen der Gemeinschaftsunternehmen, RdW 2001, 665-660.

Dies. — Medienkonzentrationskontrolle in Österreich, Medien Journal 1997, 26-37.

Dies. — Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch

einen Medien-zusammenschluss, MR 1994, 88-95.

Dies. Fusionskontrolle: Berechnung der Aufgriffschwellen, ecolex 1994, 475-480.

Dies. Die Abgrenzung des relevanten Marktes bei der Medienfusionskontrolle, MR 1993, 206-210.

Westphal, Dietrich Förderale Priatrundfunkaufsicht im demokratischen Verfassungsstaat – Verwaltungs- und verfassungs-rechtliche Analyse der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), Berlin, 2007.

Ders. Abschied vom Original. Zur Deformation der KEK durch den 10. Rundfunkände-rungsstaatsvertrag, ZUM 2008, 854-861.

Wiedemann, Gerhard Handbuch des Kartellrechts, München, 2008.

Wiedemann, Verena Der Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der digitalen Ära in Deutschland und Europa, ZUM 2007, 800-806.

Wiesinger, Bernhard Medienkartellrecht in Europa: restriktive rechtliche Maßnahmen gegen Medienkonzentration im europäischen Vergleich, Wien, 1995.

Wiring, Roland Pressefusionskontrolle im Rechtsvergleich, Baden- Baden, 2008.

Wittmann, Heinz Kartellgericht genehmigt Medicur-Beteiligung an ORS unter Auflagen, MR 2006, 3-6.

Ders. Die EU diskutiert über die Richtlinie zur Kontrolle von Medienkonzentration, MR 1996, 139-142.

Ders. Die kartellrechtliche Kontrolle von Medien-zusammenschlüssen, MR 1993, 126-129.

Wollmann, Hanno/*Urlesberger*, Franz Das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012, ecolex 2013, 252-256.

Zagouras, Georgios Pluralismus in Europa. Zur Sicherung der Meinungsvielfalt durch die Europäische Gemeinschaft, Baden-Baden, 2009.

Ders. Konvergenz und Kartellrecht, München, 2002.

Ders. Die Ministererlaubnis nach § 42 GWB und überragende Interessen der Allgemeinheit bei Zusammenschlüssen von Medienunternehmen, WRP 2007, 1429-1436.

Zehetner, Jörg Die österreichische Zusammen-schlusskontrolle nach dem KartG 2005, Ges 2006, 199 ff.

Zehetner, Jörg Das neue Kartellrecht, Ges 2002, 20 ff.

Zellenberg, Ulrich Öffentlichkeit, Staat und Medientrans-parenz, JBl 2012, 686-704.

Zohm, Ann-Kathrin Der verfassungsrechtliche Rahmen der Pressefusionskontrolle, Berlin, 2010.

Zubayr, Camille/*Gerhard*, Heinz Tendenzen im Zuschauerverhalten, MP 2013, 130-142.

Anlage A

Bedeutung des Kartellrechts für die Entwicklung des österreichischen Printmarktes

1987: Erwerb von 50% an der Kronen Zeitung durch die WAZ von Kurt Falk

1988: Erwerb von 49,44% am Kurier durch die WAZ und Gründung der Mediaprint GmbH & Co KG (***Mediaprint***) als von Kurier und Krone gemeinsam beherrschten JV

1993: *Einführung einer präventiven Zusammenschlusskontrolle im KartG*

2001: **Nichtuntersagung** des Erwerbs von 25,33% an der Verlagsgruppe News (***Verlags-gruppe News***) durch die Kurier-Zeitschriftenholding Kurier Magazine Verlags GmbH, an der die Zeitschriften Verlagsbeteiligungs AG (***ZVB***) wiederrum beteiligt ist, gegen **Auflagen**.[934]

Dezember 2003: **Nichtuntersagung** der Beteiligung der Athesia Druck GmbH (***Athesia***) mit 50% an Moser Holding AG (***Moser Holding***) **gegen Auflagen**.[935]

- Athesia war ua an der Südtiroler Zeitung "Dolomiten" und am Radio Arabella Innsbruck beteiligt, Moser Holding gab in Tirol insbesondere die "Tiroler Tageszeitung" heraus und war an Antenne Tirol beteiligt

- Die Auflagen bezogen sich insbesondere auf (i) gesellschaftsrechtliche Trennung der Redaktionen von Athesia und Moser Holding und (ii) einen getrennten Chefredakteur. Zudem wurde die Anzahl der jährlichen Kooperationen, zB bei Beilagen, der Anzahl nach beschränkt (maximal sechs Kooperation).

August 2004: **Nichtuntersagung** der Gründung des JV **Morawa Grosso** durch Morawa Pressevertrieb GmbH (***MPV***) und Mediaprint **gegen Auflagen**.[936] An dem JV wurde MPV mit 75,1% und Mediaprint mit 24,9% beteiligt.

Mai 2005: **Nichtuntersagung** des Erwerbs der Styria Medien AG (***Styria***) von 50% an der ET Multimedia AG (***ETM***) **gegen Auflagen**.

- Styria war Herausgeber der "Kleinen Zeitung" und der "Presse" und ETM ua von den Magazinen "New Business", "Skip", "Die Wienerin". Zudem war ETM mit 50% am "Wirtschaftsblatt" beteiligt.

- Die Auflagen bezogen sich auf die Selbständigkeit der Redaktionen und einem Kopplungsverbot von Stellenanzeigen und Werbeinseraten im "Wirtschaftsblatt" und der "Presse"

Juli 2006: Übernahme der von Bonnier Business Press AB (***Bonnier***) gehaltenen Anteile am "Wirtschaftsblatt" durch Styria.[937]

[934] Kartellgericht, Beschl. vom 26.01.2001, 26 Kt 342, 369, 381, 382, 383/00.
[935] Kartellgericht, Beschl. vom 17.12.2003, 26 Kt 478/03.
[936] Kartellgericht, Beschl. vom 05.08.2004, 26 Kt 132/04.
[937] BWB/Z-117: Anmeldung am 09.06.2006, Wegfall Durchführungsverbot am 08.07.2006.

April 2007: Rückerwerb der 2003 von Athesia an Moser Holding erworbenen 50%-Beteiligung durch die JS Moser Medientreuhand GmbH (***JS Moser Medientreuhand***).

Mai 2007: **Nichtuntersagung** der gestaffelten Beteiligung der Moser Holding AG (***Moser Holding***) und Lancelot Media Holding GmbH (***Lancelot***) an der Oberösterreichischen Rundschau GmbH (***OÖ Rundschau***) unter **Abgabe von Verpflichtungserklärungen**.

Dezember 2008: **Nichtuntersagung** der Gründung der Regionalmedien Austria GmbH (***RMA***) durch Styria und Moser Holding im Bereich der Gratiswochenzeitungen. An RMA wurden Styria und Moser Holding mit jeweils 50% beteiligt (paritätisches Gemeinschaftsunternehmen).

Februar 2009: Nichtstellung eines Prüfungsantrages nach Abgabe einer Verpflichtungser-klärung beim Erwerb von 74,9% an Mader Zeitschriftenverlags GmbH (***Mader***) durch den Print Zeitungsverlag GmbH.[938] Mader ist ua Herausgeber der Gratiswochenzeitung „Wiener Bezirkszeitung".

2009: **Aufgabe der Gründung** eines JV zwischen **Styria** und **Moser Medienholding**, in die Styria seine regionalen Aktivitäten und JS Moser Medienholding seine gesamten Tätigkeiten einbringen wollte, nachdem eine Nichtuntersagung unwahrscheinlich war. Die BWB und der BKartAnW haben daraufhin ihren Prüfungsantrag zurückgezogen.

Mai 2011: Nichtstellung eines Prüfungsantrages bei Erwerb von 25,1% durch RMA an Mader.[939]

2012: Nichtuntersagung der Gründung der Lifestyle Magazin GmbH (***Lifestyle Magazin***) durch Styria und Moser durch das Kartellgericht, an der Moser mit 74,9% und Styria mit 25,1% beteiligt worden sind. Styria und Moser haben in Lifestyle Magazin ihr Magazingeschäft von insgesamt vier Tochtergesellschaften überwiegend eingebracht:

- Steirer Monat Zeitungs GmbH (***Steirer Monat***)
- Kärntner Monat Zeitungs GmbH (***Kärntner Monat***)
- Tirolerin Verlags GmbH (***Tirolerin***)
- Neu-Media GmbH (***Neu Media***)

Lifestyle Magazin gibt durch die Zusammenlegung ua die „Tirolerin", den „Kärntner Monat", die „Steirerin", die „Burgenländerin" und die „Oberösterreicherin" heraus.

Juli 2013: **Nichtuntersagung** des Erwerb alleiniger Kontrolle durch JS Moser Medienholding an OÖ Nachrichten durch Nichtstellung eines Prüfungsantrages.[940]

April 2014: **Nichtuntersagung** des Erwerbs ua einiger Programmzeitschriften durch die Funke Mediengruppe GmbH & Co KGaA (Funke) von Axel Springer (Springer) **gegen Auflagen**.[941]

[938] BWB/Z-893. Anmeldung am 13.01.2009, Wegfall Durchführungsverbot am 11.02.2009 nach Abgabe einer Verpflichtungserklärung.
[939] BWB/Z-1413: Anmeldung am 15.04.2011, Wegfall Durchführungsverbot am 15.04.2011.
[940] BWB/Z-2050: Anmeldung am 06.06.2013, Wegfall Durchführungsverbot am 05.07.2013.
[941] Kartellgericht, Beschl. vom 16.04.2014, 27 Kt 164/ bzw 165/13 und 29 Kt 1,2/14.