askese⁶², sollten wir uns verabschieden. So sehr auch das leidenschaftliche Plädoyer von *Simitis* beeindruckt, Datenschutz als Utopie zu erhalten, „die immer wieder zu neuen Anstrengungen anspornt“ – seine Behauptung, an der „Bereitschaft zu einer konsequent abgesicherten und durchgehaltenen Verarbeitungsaskese“ entscheide sich auch die „Demokratiefähigkeit einer Gesellschaft“⁶³, ist überzogen. Demokratie lebt gerade von Kommunikation, und dazu gehört

auch gespeichertes und verarbeitetes Wissen über Individuen. Anders ausgedrückt: Datenverarbeitung ist Alltag, Normalität; sie bedarf rechtlicher Regeln wie jedes soziale Geschehen. Aber nicht Verbote sind gefragt, sondern Beiträge zu angemessener Entfaltung. ■

62 So aber *Simitis*, in: Festschr. f. Simon (o. Fußn. 11), S. 527.
63 S. *Simitis*, in: Festschr. f. Simon (o. Fußn. 11), S. 527.

Professor Dr. Georgios Gounalakis und Dr. Georgios Zagouras, Marburg

Konglomerate Medienkonzerne und die Wettbewerbsaufsicht – Eine Nachlese zum Fall Springer/ProSiebenSat.1*

Selten erregte ein Unternehmenszusammenschluss so viel öffentliches Interesse wie die jüngst gescheiterte Übernahme von ProSiebenSat.1 durch Springer. Nach langem Hin und Her steht nun fest, dass es vorerst keinen zweiten, crossmedial positionierten und damit konglomeraten Multi-Mediakonzern neben Bertelsmann geben wird: Die Fusion scheiterte gleichermaßen an den wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamts (BKartA) wie an den rundfunkkonzentrationsrechtlichen Auflagen der Kommission zur Ermittlung von Konzentration im Medienbereich (KEK).

I. Hintergründe konglomerater Medienzusammenschlüsse

Wenn sich Medienunternehmen zusammenschließen, geht es um Synergieeffekte¹. Im Zeitalter der fortschreitenden Konvergenz der Medien versucht man sich auf verschiedenen Plattformen zu positionieren, um auf diese Weise die Wertschöpfungskette vom Erlangen einer Information bis zu ihrer Vermarktung zu optimieren: Ist eine Reportage erst einmal recherchiert, so kann sie bei geringen Mehrkosten gleichermaßen in der Tageszeitung, im Fernsehen ebenso wie im Internet an den Leser bzw. Zuschauer gebracht werden². Man kann gegenseitig auf Konzernprodukte Bezug nehmen. Gleichzeitig steigt die Attraktivität der Produkte gegenüber Werbekunden: Werbefläche bzw. -zeit können im Rahmen so genannter Kombinationstarife angeboten werden³. Sofern diese Ziele allerdings durch externes Unternehmenswachstum verfolgt werden, kann dies zu Konflikten mit dem Kartellrecht führen. § 36 I GWB schreibt insoweit vor, dass ein Zusammenschluss zu untersagen ist, wenn zu befürchten ist, dass eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Ausnahmen von diesem Grundsatz gelten nach § 36 I 1 GWB allenfalls dann, wenn durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.

Noch komplexer ist die wettbewerbliche Beurteilung im Falle crossmedialer Unternehmenszusammenschlüsse. Sofern Unternehmensanteile an Veranstaltern von bundesweit empfangbarem Fernsehen erworben werden sollen, müssen nicht nur die wirtschaftlichen Auswirkungen der Fusion untersucht werden, sondern ebenso ihre publizistischen. Neben dem BKartA wird hier die KEK tätig, die das Vorhaben im Hinblick auf eine Gefährdung der Meinungsvielfalt im Fernsehen überprüft. Sie darf die nach Maßgabe der §§ 25 ff. RStV erforderliche Unbedenklichkeitserklärung nur dann abgeben, wenn der Zusammenschluss nicht zum Entstehen oder Verstärken vorherrschender Meinungsmacht führt. Eben diese Unbedenklichkeitserklärung wurde im Falle der Übernahme von ProSiebenSat.1 durch Springer aber verweigert⁴.

II. Kartellrechtliche Begründung der Untersagungsverfügung

Selten polarisierte eine Entscheidung des BKartA derart wie im Fall *Springer/ProSiebenSat.1*⁵. Stimmen aus Politik und Fachkreisen kritisierten sie als Fehlentscheidung⁶. Manch einer hätte lieber einen zweiten, konglomeraten Medienkonzern neben Bertelsmann in deutschen Händen gesehen als eine (erneute) Übernahme von ProSiebenSat.1 durch ausländische Investoren⁷. Andere warfen dem BKartA vor, es habe sich weniger von wirtschaftlichen Erwägungen leiten lassen als von publizistischen⁸. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass sich die Wettbewerbsaufsicht von durchaus wettbewerbsbezogenen Erwägungen leiten ließ. Dabei stellte das BKartA grundlegende Kriterien für die Bestimmung und Beurteilung crossmedialer Marktmacht auf. Konglomerate Zusammenschlüsse im Medienbereich können gerade wegen ihrer märkteübergreifenden Effekte Bedenken hervorrufen. Konkret ging das BKartA im Falle *Springer/ProSiebenSat.1* von einer Stärkung der kollektiven Marktbeherrschung auf dem Fernsehwerbemarkt, dem bundesweiten Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen und dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Tageszeitungen aus.

1. Verstärkung des Oligopols auf dem Fernsehwerbe-markt

Negative Auswirkungen prognostizierte das BKartA zunächst für den Wettbewerb auf dem Fernsehmarkt, genauer auf dem Fernsehwerbemarkt. Ohne bei der Bestimmung der sachlich relevanten Fernsehmärkte zu überraschen⁹, wird

* Der Autor Gounalakis ist Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Medienrecht, Direktor des Instituts für Rechtsvergleichung sowie der Forschungsstelle für Medienrecht und Medienwirtschaft an der Philipps-Universität Marburg, der Autor Zagouras ist Habilitand an der Philipps-Universität Marburg.
1 Zu den Synergievorteilen Bender, Cross-Media-Ownership, 1999, S. 69 ff., sowie Zagouras, Konvergenz und KartellR, 2002, S. 14.
2 Vgl. Gounalakis, Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?, Gutachten C zum 64. Deutschen Juristentag, 2002, S. 134; Kübler, Media Perspektiven (MP) 2004, 131 (132).
3 Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Kombinationstarifen BGH, GRUR 1977, 668 (670) – WAZ Anzeiger.
4 Die Entscheidung der KEK kann im Internet abgerufen werden unter <http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf>. Hierzu Lange, MP 2005, 546; Säcker, K&R 2006, 49; Hain, K&R 2006, 150; Bornemann, ZUM 2006, 200.
5 Die Untersagungsverfügung vom 19. 1. 2006 ist abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion06/B6-103-05.pdf>.
6 Vgl. Handelsblatt v. 25. 1. 2006, S. 2; FAZ v. 13. 1. 2006, S. 11.
7 S. Handelsblatt v. 25. 1. 2006, S. 2, sowie jüngst Säcker, K&R 2006, 49 (53); a. A. Lange, MP 2005, 546 (552).
8 So wohl Müller, MMR 2006, 125 (126).
9 Zur Abgrenzung der Pay- und Free-TV-Märkten bereits BKartA, WuW/E DE-V 53, 58 f. – Premiere.

zwischen dem Markt für Free- und Pay-TV unterschieden¹⁰, da der Leistungsaustausch beim Pay-TV unmittelbar zwischen Rezipienten und Veranstalter, beim Free-TV aber zwischen den Werbekunden und dem Veranstalter stattfindet¹¹. Dieser bundesweite Markt für Fernsehwerbung erweist sich schon ohne die Fusion als hochkonzentriert, da es bereits an einem Binnenwettbewerb zwischen den Sendergruppen *ProSiebenSat.1* und *Bertelsmann* fehlt¹². Beide gemeinsam verfügen zu etwa gleich großen Teilen über einen Marktanteil von circa 80%¹³. Da sie nach Einschätzung der Wettbewerbsaufsicht bei der Vermarktung der Werbezeiten weitestgehend parallele Interessen verfolgen, wurde das Fehlen eines wesentlichen Wettbewerbs zwischen den Sendergruppen auch als Duopol i.S. von § 19 II 2 GWB eingestuft. Begründet wurde dies nicht zuletzt mit annähernd gleichen Preis- und Rabattstrukturen der beiden Sendergruppen, aus denen ein starkes Interesse an wettbewerbsbeschränkendem Parallelverhalten mit dem gemeinsamen Ziel einer Gewinnmaximierung geschlossen wurde¹⁴. So geht das BKartA davon aus, dass ein Zusammenschluss von *ProSiebenSat.1* und *Springer* zu weiteren Interessenskongruenzen zwischen dem neuen Multimediakonzern und *Bertelsmann* führen würde, beispielsweise im Hinblick auf überregionale Tageszeitungen¹⁵. Dies wird unter anderem aus der Möglichkeit der medienübergreifenden Vermarktung von Werbezeit bzw. -fläche abgeleitet¹⁶, zumal die *Bild-Zeitung* nach einer Fusion von *Springer* und *ProSiebenSat.1* als derzeit einzig denkbare Randsubstitution für bundesweite Fernsehwerbung keine hinreichende Ausweichmöglichkeit für Werbekunden mehr bieten würde¹⁷. Zu guter Letzt sah das BKartA eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung in der Verflechtung der beiden Multimediaunternehmen durch Gemeinschaftsunternehmen¹⁸, etwa in Bezug auf private Hörfunksender oder Tiefdruckunternehmen¹⁹.

2. Verstärkung der Monopolstellung auf dem bundesweiten Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen

Das BKartA beschränkte seine wettbewerblichen Zweifel im Falle *Springer/ProSiebenSat.1* allerdings nicht nur auf die Auswirkungen auf den Fernsehmarkt. Stattdessen wird gerade die wettbewerbliche Wechselwirkung von Printmedien und Fernsehen in den Vordergrund gerückt²⁰. Bedenken wurden im Hinblick auf eine Konsolidierung der Beherrschung des bundesweiten Lesermarktes für Straßenverkaufszeitungen durch *Springer* geäußert, auf dem der Konzern über einen Marktanteil von circa 81% verfügt²¹. Obwohl man fast schon annehmen möchte, diese Marktmacht ließe sich kaum noch ausbauen, sieht das BKartA die Ursachen für eine weitere Verstärkung dieser Marktstellung in erster Linie in den strukturellen Auswirkungen konglomerater Medienzusammenschlüsse. Unter Berufung auf die einschlägige Rechtsprechung des BGH²² wird eine Verstärkung der Vormachtstellung der *Bild-Zeitung* darin erblickt, dass potenzielle Wettbewerber noch stärker von einem Markteintritt abgehalten werden²³. Schon eine Konsolidierung des Status quo wird wegen der verstärkten Möglichkeiten von publizistischer Cross-Promotion einerseits und crossmedialer Werbung für konzerneigene Medienprodukte andererseits als wettbewerbsbedrohend angesehen²⁴.

a) *Publizistische Cross-Promotion*. Das Schlagwort Cross-Promotion wird immer wieder in den verschiedensten Zusammenhängen verwendet²⁵. Im hiesigen Kontext lässt es sich am besten als Werbung für konzerneigene Produkte durch publizistische Bezugnahme umschreiben. Ohne dass es sich hierbei um einen feststehenden Rechtsbegriff handelt, ist

für diese Form der wettbewerblichen Einflussnahme charakteristisch, dass contentimmanent und damit inhaltebezogen auf bestimmte Konzernprodukte im Rahmen der Berichterstattung bzw. Unterhaltung aufmerksam gemacht wird. Sie wird typischerweise dazu eingesetzt, mit dem eigenen Medium nur schwer zu erreichende Kundenkreise anzusprechen²⁶. Als Beispiel lassen sich redaktionelle Beiträge anführen, die mit dem – zumindest mittelbar verfolgten – Ziel verfasst werden, auf ein bestimmtes Medienprodukt, etwa ein bestimmtes Fernsehformat, hinzuweisen²⁷. Aus dieser Möglichkeit der gegenseitigen Bezugnahme schließt das BKartA vor allem eine Verstärkung der Marktmacht der *Bild-Zeitung*. Gestützt wird diese Einschätzung auf dem betriebswirtschaftlichen Interesse an der Steigerung der Verkaufszahlen von *Bild* und *BamS*, welches nach einer Fusion durch die zahlreichen Informations- und Infotainment-Formate der Sendergruppe *ProSiebenSat.1* gefördert werden könnte²⁸.

Interessant ist dabei, dass die Wettbewerbsaufsicht publizistische Inhalte zum Maßstab für wettbewerbliches Verhalten erklärt: Das BKartA greift damit letzten Endes denselben Gedanken auf, der auch der Unterscheidung zwischen Leser- und Anzeigenmärkten zu Grunde liegt²⁹, nämlich den Umstand, dass Medien nicht nur für die öffentliche Meinungsbildung relevante Inhalte verbreiten, sondern in gleichem Umfang Werbung transportieren. Diese Wechselwirkung beschränkt sich allerdings nicht nur auf die Bestimmung von Zielgruppen. Hier vermischt sich die publizistische mit der wirtschaftlichen Wirkungsweise der Medien. Konglomerate Medienkonzerne können im Rahmen ihrer Inhalte auf Produkte von Konzernschwestern werbend hinweisen, ohne dies

- 10 BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 23 – *Springer/ProSiebenSat.1*.
- 11 Gounalakis (o. Fußn. 2), S. 106; Möschel, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl. (2001), § 19 Rdnr. 30; Lange, MP 2005, 546 (552).
- 12 S. hierzu auch Lange, MP 2005, 546 (549).
- 13 BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 30 – *Springer/ProSiebenSat.1*.
- 14 Dies wird auch daraus gefolgert, dass ARD und ZDF als Rundfunkanstalten des öffentlichen Rechts nach § 16 I RStV nur bis max. 20 Uhr Werbung verbreiten dürfen, was zu einer Divergenz von Marktanteil und Zuschaueranteil führt. Vgl. BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 36 – *Springer/ProSiebenSat.1*.
- 15 Hervorgehoben werden in diesem Zusammenhang etwa die Tageszeitungen *Financial Times Deutschland* und *die Welt*, BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 38 – *Springer/ProSiebenSat.1*.
- 16 BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 52 – *Springer/ProSiebenSat.1*.
- 17 BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 39 – *Springer/ProSiebenSat.1*.
- 18 Grdl. zu den damit einhergehenden Strukturproblemen Kübler, Medienverflechtung, 1982, S. 74 ff.; a.A. Lerche, Presse und privater Rundfunk, 1984, S. 19 ff.
- 19 Lange, MP 2005, 546 (549).
- 20 Hierzu auch Bender, Cross-Media-Ownership, 1999, S. 77 ff. S. auch Lange, MP 2005, 546 (550).
- 21 BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 42 – *Springer/ProSiebenSat.1*.
- 22 BGH, WuW/E BGH 2276 (2283) – Süddeutscher Verlag/Donau Kurier.
- 23 BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 44 – *Springer/ProSiebenSat.1*.
- 24 Ähnlich schon OLG Düsseldorf, ZUM-RD 2005, 488 (492) – National Geographic.
- 25 Zur medienrechtlichen Problematik der Cross-Promotion bei Senderfamilien etwa Bornemann, K&R 2001, 302, sowie Platho, MMR 2002, 21. Speziell in Bezug auf Public-Private-Partnerships auch OLG Koblenz, MMR 2001, 512 (515) – ZDF-Medienpark.
- 26 Vgl. BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 57 – *Springer/ProSiebenSat.1*.
- 27 Dazu schon BKartA, WuW/E BKartA 2497 (2501) – *Springer/Lezinski*.
- 28 BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 50 – *Springer/ProSiebenSat.1*.
- 29 Zu den Besonderheiten des Pressewettbewerbs *Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker* (o. Fußn. 11), § 35 Rdnrn. 22 ff.

explizit als Werbung zu kennzeichnen³⁰. Gerade weil diese moderne Form von Werbung nicht während des konventionellen Werbeblocks dargeboten wird, steigt ihre Suggestivkraft und damit die Gefahr der Konsolidierung einer bereits bestehenden Marktbeherrschung³¹. Im Falle *Springer/ProSiebenSat.1* wurde jedenfalls eine Intensivierung der Marktzutrittsschranken für eine zweite nationale Kaufzeitung gesehen³².

b) *Crossmediale Werbung zu Gunsten von Konzernprodukten*. Negative Auswirkungen der Fusion befürchtete das BKartA darüber hinaus im Hinblick auf den Ausbau crossmedialer Werbung für eigene Konzernprodukte. Ausgangspunkt für diese Überlegung ist die unter Konzerngesellschaften häufig anzutreffende Gewährung von Rabatten. Dies ist nicht nur einer höheren Präsenz konzerneigener Produkte in der Öffentlichkeit dienlich; es schafft auch die Möglichkeit, durch Kombinationsstrategien und Markentransfers zu sonst nur schwer erreichbaren Kundengruppen vorzudringen³³. Darüber hinaus können nicht gebuchte Werbezeiten durch kurzfristige Belegung mit konzerninterner Werbung wirtschaftlich genutzt werden, was nach Ansicht des BKartA für eine Verstärkung der Vormachtstellung der Bild-Zeitung auf dem bundesweiten Markt für Straßenverkaufszeitungen spricht. Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang das Vorgehen auf die seitens der EU-Kommission geplante Novellierung der Fernsehrichtlinie, die eine weitestgehende Liberalisierung des Product-Placements vorsieht³⁴. Gerade in der damit einhergehenden – medienrechtlich motivierten – Auflockerung der Grenzen redaktioneller Beiträge sieht das BKartA die Gefahr einer aus crossmedialer Produktplatzierung resultierenden Verstärkung der Beherrschung der Lesermärkte für Straßenverkaufszeitungen.

3. Verstärkung der Monopolstellung auf dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Zeitungen

Zu guter Letzt wurde der Zusammenschluss von *Springer* und *ProSiebenSat.1* wegen der befürchteten Auswirkungen für den nationalen Anzeigenmarkt für Zeitungen untersagt. Bei der – in Anbetracht des breiten Spektrums an Presseprodukten – durchaus schwierigen Bestimmung des Anzeigenmarkts ging das BKartA einmal mehr von einem gemeinsamen Markt für Abonnement- und Straßenverkaufszeitungen sowie für Anzeigenblätter aus³⁵. Trotz des insgesamt rückläufigen Geschäfts im Gesamtanzeigenmarkt vermochte speziell die Bild-Zeitung ihre Erlöse noch deutlich zu steigern, was dem *Springer*-Konzern das beachtliche Anwachsen des Marktanteils von unter 30% auf über 40% innerhalb weniger Monate einbrachte³⁶. Auch im Hinblick auf diesen Markt geht das BKartA davon aus, dass eine Fusion zu einer Verstärkung dieser Marktbeherrschung führen würde. Konkret wird dies aus der Möglichkeit des Anbietens crossmedialer Werbekampagnen geschlossen, innerhalb derer den Kunden Werbekonzepte angeboten werden, die auf mehrere Medien gleichzeitig abgestimmt sind³⁷. Der daraus entstehende „Multiplifying-Effekt“ wirkt sich nach Ansicht des BKartA aber nicht nur negativ auf die Anzeigenmärkte bei Printmedien, sondern ebenso auf die Fernsehwerbemärkte aus, da ein Zusammenschluss mit *ProSiebenSat.1* den noch verbleibenden Wettbewerbsdruck der Bild-Zeitung – als einzige in ihrer Breitenwirkung vergleichbare Werbemöglichkeit außerhalb des Fernsehens – entfallen ließe. Dies wiederum hätte eine Stärkung des Duopols *Bertelsmann/ProSiebenSat.1* auf dem Fernsehwerbemarkt zur Folge³⁸.

III. Medienrechtliche Dimension des Zusammenschlusses

Nur ganz am Rande kann an dieser Stelle auf die medienrechtliche Dimension der Problematik eingegangen wer-

den³⁹. In rundfunkrechtlicher Hinsicht scheiterte die Fusion von *Springer* und *ProSiebenSat.1* wegen der befürchteten Auswirkungen auf die Meinungsvielfalt. Genauer gesagt ging es im parallelen Verfahren vor der KEK um die Frage, ob ein Zusammenschluss der Medienkonzerne zum Entstehen vorherrschender Meinungsmacht im bundesweiten Fernsehen führen würde. Im Unterschied zur Presse fordert das *BVerfG* für das Medium Fernsehen besondere, über das allgemeine Kartellrecht hinausgehende Mechanismen zur Sicherung des publizistischen Wettbewerbs⁴⁰. Da die Verfassung in Art. 5 I 2 GG für dieses Suggestivmedium besonders hohe Schutzvorkehrungen gegen vorherrschende Meinungsmacht im Rahmen einer positiven Rundfunkordnung abverlangt, muss die effiziente Sicherung der Meinungsvielfalt sichergestellt sein. Diese Aufgabe wird seit der 3. Änderung des Rundfunkstaatsvertrags 1997 von der KEK wahrgenommen⁴¹. Ihr Ziel ist die Sicherung von Meinungsvielfalt und damit bereits das Entstehen vorherrschender Meinungsmacht zu verhindern, da einmal eingetretene Fehlentwicklungen kaum mehr zu korrigieren sind⁴². Im Lichte dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben kam die KEK im Falle *Springer/ProSiebenSat.1* zu dem Schluss, dass sich die überragende Meinungsmacht von *Springer* im Bereich der Straßenverkaufszeitungen⁴³ auch auf die Beurteilung der Meinungsmacht im Fernsehen auswirkt. Obwohl der Konzern aller Voraussicht nach lediglich einen zurechenbaren Zuschaueranteil von circa 22% erreichen und damit die in den Vermutungsregelungen des § 26 II RStV enthaltenen Schwellenwerte von 30% bzw. 25% unterschreiten würde, kam die KEK zu dem Ergebnis, dass die Meinungsdominanz von *Springer/ProSiebenSat.1* unter Einbeziehung der Printmedien einem Zuschaueranteil von 42% entsprechen würde⁴⁴. Dogmatisch wurde diese Vorgehensweise folglich nicht auf die Vermutungsregelungen des § 26 II RStV gestützt, sondern auf den Grundtatbestand des Absatzes 1, womit sich die

30 Als Beispiele für konzerninterne Cross-Promotion wird insofern die Zusammenarbeit des Regionalsenders *Hamburg 1* und des *Hamburger Abendblattes* bei der Sendung „WM-Countdown“ angeführt, innerhalb derer die Sport-Experten der Zeitung als Moderatoren und Gesprächspartner eingebunden werden. Vgl. BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 57 – *Springer/ProSiebenSat.1*.

31 Insofern spiegelt sich hierin die besondere Suggestivkraft des Mediums Fernsehen wieder, wie sie seitens des *BVerfG* immer wieder für die wettbewerbliche Sonderbehandlung des Rundfunks angeführt wird. Vgl. *BVerfGE* 12, 205 (260 f.) = NJW 1961, 547 – Deutschland Fernsehen GmbH; *BVerfGE* 57, 295 (323) = NJW 1981, 1774 – FRAG, sowie Gounalakis, ZUM 2003, 180 (185).

32 BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 58 – *Springer/ProSiebenSat.1*.

33 Vgl. BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 52 – *Springer/ProSiebenSat.1*.

34 Hierzu Gounalakis, WRP 2005, 1476, sowie ders./Wege, K&R 2006, 97.

35 Vgl. BKartA, WuW/E 2425 (2428) – Niederrheinische Anzeigenblätter.

36 BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 62 – *Springer/ProSiebenSat.1*.

37 Vgl. BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 62 f. – *Springer/ProSiebenSat.1*.

38 BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 64 – *Springer/ProSiebenSat.1*.

39 Dazu jüngst Bornemann, ZUM 2006, 200; Säcker, K&R 2006, 49; Holzmagel/Krone, MMR 2005, 666; Peifer, Vielfaltssicherung im bundesweiten Fernsehen, 2005, S. 31 ff.; Engel, ZUM 2005, 776.

40 Vgl. *BVerfGE* 12, 205 (261) = NJW 1961, 547 – Deutschland Fernsehen GmbH.

41 Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass immer wieder Streit über Rechtsnatur und Kompetenzen der KEK ausbricht. Vgl. etwa Bornemann/Kraus/Lörz, Bayerisches Mediengesetz, 1996, Art. 27 Rdnrn. 123 f., sowie Hepach, ZUM 1999, 603 (606).

42 *BVerfGE* 57, 295 (323) = NJW 1981, 1774 – FRAG.

43 Hier erlangt die Bild-Zeitung einen Marktanteil von nahezu 80%. BKartA, Beschl. v. 19. 1. 2006 (o. Fußn. 5), S. 30 – *Springer/ProSiebenSat.1*.

44 Krit. zu dieser nicht unbedingt transparenten Berechnungsmethode Bornemann, ZUM 2006, 200 (203).

KEK schließlich über im Vorfeld der Entscheidung geäußerte Bedenken hinwegsetzte⁴⁵.

IV. Fazit

Der letztlich gescheiterte Zusammenschluss von *Springer* und *ProSiebenSat.1* hat gezeigt, dass die Fundamente eines konglomeraten Medienkonzerns dieser Größenordnung auf Grund der kartellrechtlichen Vorgaben kaum auf externem Unternehmenswachstum gestützt werden können. Die Auswirkungen des konkreten Zusammenschlussvorhabens auf den wirtschaftlichen wie publizistischen Wettbewerb werden von der Wettbewerbsaufsicht als derart gravierend eingestuft, dass die erforderlichen Zustimmungen verweigert wurden. Von der Möglichkeit, den Zusammenschluss kartellrechtlich doch noch auf politischem Wege mittels eines Antrags auf Ministererlaubnis nach § 42 GWB durchzusetzen, hat *Springer* keinen Gebrauch gemacht. Ebenso wenig wurde eine nach § 37 II RStV mögliche Überstimmung der Entscheidung der KEK durch eine Drei-Viertel-Mehrheit der Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) angestrebt⁴⁶. Medienberichten zufolge wurde allerdings mittlerweile beim OLG Düsseldorf Beschwerde gegen die Untersagungsverfügung des BKartA eingelegt⁴⁷. Obwohl der *Springer*-Konzern von einer Übernahme von *ProSiebenSat.1* Abstand genommen hat, dürfte eine Überprüfung der Untersagungsgründe wenigstens Klarheit darüber verschaffen, inwieweit gerade crossmediale Verflechtung zu einer Gefährdung des Wettbewerbs auf den medialen Märkten

führt. Je nach Ausgang des Verfahrens werden die Betroffenen dann zumindest Gewissheit haben, ob sie sich überhaupt noch im Inland neue Märkte durch externes Wachstum erschließen oder ob sie dieses Ziel nur noch im Ausland verfolgen können. Wer wachsen will und dies zuhause nicht darf, der wird sich im Ausland umschaun. Früher oder später dürfte er dabei fündig werden. Durch eine solche Entwicklung rücken freilich Fragen multimedialer Wirtschafts- und Meinungsmacht automatisch stärker in einen europäischen Kontext. Langfristig muss sich daher wohl Europa der Problematik annehmen, zumal ökonomische und publizistische Macht in einer interdependenten Beziehung stehen und sich ihre Auswirkungen schon längst nicht mehr auf nationale Ebenen beschränken. Im Hinblick auf die medienpezifische Regulierung des Wettbewerbs hat der Fall jedenfalls in mancher Hinsicht die Schwächen des gegenwärtigen Systems aufgezeigt. Die Forderung nach einer schlankeren Regulierung und der Regulierung unter einem Dach dürfte nach der gescheiterten *Springer/ProSiebenSat.1*-Fusion jedenfalls noch mehr Anhänger gefunden haben⁴⁸. ■

45 *Holznapel/Krone*, MMR 2005, 666 (673); *Engel*, ZUM 2005, 776 (780); *Peifer* (o. Fußn. 39), S. 63 ff.

46 Zum Verhältnis von KEK und KDLM auch *Zagouras* (o. Fußn. 1), S. 280 ff.

47 Vgl. auch die Pressemitteilung des Konzerns v. 26. 2. 2006, im Internet abrufbar unter <http://www.axelspringer.de/inhalte/pressese/inhalte/pressese/5318.html>.

48 Hierzu *Gounalakis*, Konvergenz der Medien (o. Fußn. 2), S. 132 ff.; *ders.*, AfP 2004, 394; *ders.*, ZUM 2003, 180 (187).

Zur Rechtsprechung

Richter am AG Georg Dodegge, Essen

Zwangsbehandlung und Betreuungsrecht*

I. Einleitung

Bereits seit längerem ist umstritten, ob eine mit Zwang verbundene psychiatrische Behandlung einer unter Betreuung stehenden Person erlaubt ist. Der BGH hat nun auf eine in der Sache unzulässige Vorlage des OLG Celle die Gelegenheit genutzt, eine Zwangsbehandlung im stationären Bereich als grundsätzlich zulässig zu qualifizieren, zugleich aber Voraussetzungen für eine solche Zwangsbehandlung aufgestellt, die ihrerseits neue Fragen aufwerfen.

II. Definition und gesetzliche Grundlagen der Zwangsbehandlung

1. Definition

Zum Teil wird von Zwang erst gesprochen, wenn ärztliche Behandlungen ohne rechtswirksame Einwilligung der Betroffenen selbst und/oder ihrer gesetzlichen Vertreter durchgeführt werden¹. Dieser Ansatz hilft im Rahmen der Zwangsbehandlung und -medikation eines Betreuten indes nicht weiter, wäre doch die vom Betreuer bestimmte ärztliche Behandlung des einwilligungsunfähigen Betreuten trotz verbaler oder körperlicher Abwehr des Betreuten nicht als Zwangsbehandlung zu klassifizieren. Zutreffender sollte man darauf abstellen, ob die Behandlung ohne bzw. gegen den natürlichen Willen des Betroffenen erfolgt und von ei-

nem Arzt bzw. einer Pflegekraft Handlungen entfaltet werden, die über das bloße Zu- oder Überreden hinausgehen.

2. Gesetzliche Grundlagen

a) *Bundesrecht*. Der Bundesgesetzgeber hatte 1992 bewusst von einer gesetzlichen Regelung der Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht abgesehen. Gleichzeitig gab er aber zu erkennen, dass eine Zwangsbehandlung nicht generell als unzulässig zu qualifizieren ist². Einzig mit § 70 g V 1 FGG fand eine Vorschrift in das Gesetz Eingang, die einem Betreuer bei der Zuführung des Betreuten zu einer Unterbringung nach § 70 I Nr. 2 FGG einen Anspruch gegen die Betreuungsbehörde auf tatsächliche Unterstützung zubilligt und dabei der Betreuungsbehörde in Satz 2 auf Grund besonderer gerichtlicher Entscheidung die Ausübung von Gewalt gestattet.

Überlegungen, einem Betreuer ähnliche Befugnisse im Rahmen der Zuführung eines Betreuten zur ambulanten Zwangsbehandlung einzuräumen³, ließen sich im Gesetz-

* Besprechung von BGH, Beschl. v. 1. 2. 2006 – XII ZB 236/05, NJW 2006, 1277. – Der Autor ist als Vormundschaftsrichter am AG Essen tätig.

1 *Von Eicken/Ernst/Zenz*, Fürsorglicher Zwang – Freiheitsbeschränkung und Heilbehandlung in Einrichtungen für psychisch kranke, für geistig behinderte und alte Menschen, 1990, S. 15 f.

2 BT-Dr 11/4528, S. 141 f.

3 § 1906 a BGB-E in BT-Dr 15/2494, S. 7, sowie zu den Bedenken S. 47.