

Aufsätze

Medienkonzentrationskontrolle versus allgemeines Kartellrecht

Professor Dr. Georgios Gounalakis, Marburg

I. Einleitung

Thema der medienrechtlichen Abteilung des 64. Deutschen Juristentages in Berlin war die Konvergenz der Medien. In diesem Zusammenhang wurde auch der in jüngster Zeit häufiger gestellten Frage nachgegangen, inwieweit es sinnvoll ist, auf eine gesonderte publizistische Medienkonzentrationskontrolle zu Gunsten einer reinen kartellrechtlichen Kontrolle zu verzichten. Der Beitrag greift diese Frage im Anschluss an das Gutachten¹ und die gefassten Beschlüsse² nochmals auf und plädiert für eine Beibehaltung der publizistischen Regulierung von Marktmacht.

II. Zur Bedeutung der Medienkonzentrationskontrolle

Je mehr die künftige Entwicklung der Medien den Eigengesetzlichkeiten des ökonomischen Wettbewerbs anvertraut und auf zusätzliche publizistische Regelungen zur Sicherung von Meinungsvielfalt verzichtet wird, desto wichtiger ist es, wettbewerbsbeschränkenden Tendenzen entgegenzuwirken. Diesem Zweck dient in erster Linie die kartellrechtliche Fusions- und Missbrauchskontrolle. Beide sehen sich im Bereich der Medien besonderen Anforderungen ausgesetzt. Infolge technischer Entwicklungen, insbesondere der Überwindung der Frequenzknappheit, bleibt zwar an sich Raum für mehr und vielfältigere Medien-Angebote und Vermarktungsmöglichkeiten. Gleichwohl sorgt die Konvergenz der Medien, die dazu führt, dass Rundfunk, Mediendienste, Teledienste und die ihrer Verbreitung dienenden Telekommunikationsdienstleistungen sich einander annähern und teilweise miteinander verschmelzen, nicht für eine größere Zahl von Wettbewerbern, sondern im Gegenteil schon im Vorfeld zu einer massiven Konzentration der privaten Anbieter.

Die Ursachen hierfür sind vielschichtig. Konzentrationsfördernd wirkt vor allem der globale Wettbewerb auf konvergenten Vertriebswegen. Diesem Wettbewerb sind lokale, regionale und selbst nationale Anbieter kaum gewachsen. Der Medienmarkt wird daher zunehmend von „Global Players“ beherrscht, die aus horizontalen Unternehmensverbindungen hervorgehen. Sie besitzen den entscheidenden Vorteil, die zum Teil erheblichen Risiken auf den Medienmärkten besser streuen und beherrschen zu können³. Ferner sind sie besser in der Lage, verschiedene Stufen der sich verlängernden Wertschöpfungskette zu besetzen und damit an dem Prozess der Ausdifferenzierung der Medienangebote wirtschaftlich besonders stark zu partizipieren⁴.

Hinzu kommt, dass sich Größenvorteile im Bereich des Fernsehens und generell der digitalisierten Medien besonders stark auszahlen. Die Kosten für die Produktion bzw. den Erwerb von Inhalten sind unabhängig von der Zahl der Empfänger. Gleiches gilt im Wesentlichen für die Distribution. Für via Telekommunikation übertragene Mediendienstleistungen gilt deshalb – im Gegensatz zur Presse – die extreme, d. h. theoretisch maximale Kostendegression⁵: Je mehr Rezipienten ein Dienst hat, desto größer sind die Stückkostenvorteile. Dies gilt unabhängig davon, ob der Dienst selbst entgeltlich vertrieben oder werbefinanziert ist⁶.

Vor diesem Hintergrund wird verständlich, dass insbesondere im Bereich privater Rundfunkanbieter in den letzten Jahren verstärkt Konzentrationstendenzen zu beobachten sind. So genehmigte die EU-Kommission den Zusammenschluss von Vivendi und seiner Tochter Canal+ mit der kanadischen Seagram unter Auflagen⁷. Genehmigt wurden zudem der Anteilserwerb von CLT-UFA am Fernsehsender VOX⁸ und die Beteiligung von BSKyB an KirchPayTV⁹.

Neben dem Drang zu horizontaler und vor allem vertikaler Konzentration drohen weitere Gefahren für den Wettbewerb. Die Digitalisierung erzeugt neue Marktstufen, die nicht nur die Wertschöpfungskette verlängern. Die für die Verbreitung der neuen Technik notwendigen Dienstleistungen schaffen auch neue „Flaschenhälse“, die an die Stelle der früher bestehenden Frequenzknappheit treten. So sind die zu versendenden Signale für die Verbreitung aufzubereiten¹⁰. Sie müssen digitalisiert, komprimiert und in „Datencontainern“ zusammengefasst werden (sog. multiplexing). Beim Empfang müssen alle Vorgänge mittels einer sog. Set-Top-Box rückgängig gemacht werden, um vom Rezipienten genutzt werden zu können. Üblicherweise werden mehrere Fernsehprogramme und Mediendienste gleichzeitig in einem Multiplex versendet. Dies setzt eine Entscheidung voraus, welche Programme in einem „Bündel“ zusammen verschickt und vermarktet werden (sog. bundeling). Um sich in der Masse der angebotenen Inholdedienste orientieren zu können, ist der Nutzer schließlich auf Applikatoren in Form von Navigatoren oder Electronic Program Guides (EPG) angewiesen. Sämtliche dieser Stationen können genutzt werden, um Wettbewerber zu behindern und einen Zugang der Rezipienten zu den vielfältigen Angeboten einzuschränken.

Um diesen Gefahren zu begegnen, sind wirksame wettbewerbsrechtliche Regelungen und Aufsichtsinstanzen erforderlich. Sie müssen in

1. Gounalakis, Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?, Gutachten C zum 64. Deutschen Juristentag, 2002, S. C 73 ff. u. C 100 ff.
2. Beschlüsse III 14 bis 16 der medienrechtlichen Abteilung, vgl. NJW 2002 S. 3073 (3075).
3. Paradigmatisch hierfür steht die Absatzpraxis der Hollywood-Filmstudios. Da im Durchschnitt nur einer von vier Filmen ein Publikumserfolg wird, sind die Studios kaum bereit, nur einzelne Filmrechte an besonders erfolgreichen Filmen zu vergeben. Vielmehr hat ein Rundfunkanbieter häufig nur die Wahl, entweder das Ausstrahlungsrecht am gesamten Filmbestand der Studios zu erwerben oder aber für einen häufig relativ langen Zeitraum sämtliche Neuproduktionen abzunehmen (sog. Output-Deal). Sowohl auf Seiten der Filmstudios als auch auf Seiten der Abnehmer spielt die Größe der Unternehmen folglich eine entscheidende Rolle.

4. Vgl. Kübler, MP 1999 S. 379.
5. Kruse, in: Kohl (Hrsg.), Vielfalt im Rundfunk, 1997, S. 104 (106); Kiefer, MP 1995 S. 58 (61); Kübler, MP 1999 S. 379 (379).
6. Im Falle der Werbefinanzierung steigen die Preise für die Werbung mit der Zahl der erreichten Haushalte überproportional an, vgl. etwa Kiefer, MP 1995 S. 58 (60).
7. Fall IV/M. 2050 – Vivendi/Canal+/Seagram v. 13.10. 2000, ABLEG Nr. C 311 v. 31. 10. 2000, S. 3.
8. Fall IV/M. 1889 – CLT-UFA/Canal+/Vox v. 21. 3. 2000; ABLEG Nr. C 134 v. 13. 5. 2000, S. 13.
9. Fall IV/M. 0037 – BSKyB/Kirch Pay TV v. 21. 3. 2000; ABLEG Nr. C 110 v. 15. 4. 2000, S. 145.
10. Ausführlich Gersdorf, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Licht der Digitalisierung der Telekommunikation, 1995, S. 21 f.

der Lage sein, auch länderübergreifenden Konzentrationsprozessen zu begegnen und die wechselseitigen Auswirkungen von Wettbewerbshandlungen auf den jeweils vor- und nachgelagerten Märkten zu erfassen. Die hierbei entstehenden Schwierigkeiten sind erheblich, wie die Diskussion um den Entwurf einer Richtlinie der EU-Kommission über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste zeigt¹¹.

III. Zur Kritik an der Rundfunkkonzentrationskontrolle

In jüngster Zeit freilich werden die Bestimmungen über die Wettbewerbssicherung im Bereich der Medien kritisiert. Der Zugang zu wichtigen technischen Verbreitungstechnologien könne mit Hilfe des Kartellrechts gewährleistet, eine wettbewerbsbeschränkende Konzentration der Anbieter wirksam bekämpft werden. Weitergehende Regelungen unter publizistischen Gesichtspunkten seien deshalb auch im Rundfunk nicht erforderlich. Das spezifische Rundfunkkonzentrationsrecht führe lediglich zu einer anachronistischen Überregulierung des Rundfunks. Es sei Ausdruck der insgesamt hypertrophen Regulierung des Mediensystems und beschwöre schwierige Abgrenzungsfragen und Kompetenzkollisionen herauf.

Es fragt sich daher, ob die publizistische Regulierung des Medienwettbewerbs nicht zugunsten einer reinen Kartellrechtskontrolle abgeschafft werden kann.

Soweit publizistische Zugangs- und Konzentrationsregeln neben dem allgemeinen Kartellrecht weiter erforderlich sind, ist nach Möglichkeiten zu suchen, die Kompetenzkollisionen und Abgrenzungsschwierigkeiten zu minimieren und Kartell- und Medienrecht besser aufeinander abzustimmen.

1. Allgemeine kartellrechtliche Kontrolle statt gesondertem Rundfunkkonzentrationsrecht ?

Neben den Zugangsregeln des § 53 RStV bildet das Medienkonzentrationsrecht der §§ 26 ff. RStV den Eckpfeiler der positiven Ordnung des Rundfunks. Die Bestimmungen wurden im dritten Rundfunkänderungsstaatsvertrag neu gefasst. An die Stelle des Anbietergemeinschafts- ist das Zuschauermodell getreten. Verfahrensrechtlich weisen die Vorschriften den Aufsichtsinstanzen, insbesondere den neu geschaffenen Gremien der KEK und KIDL, eigene Ermittlungsbefugnisse zu. Damit hat der Rundfunkgesetzgeber einer negativen Steuerung der Rundfunkmärkte allein durch den ökonomischen Wettbewerb eine Absage erteilt und sich stattdessen für eine Beibehaltung der eigenständigen, am Maßstab kommunikativer Vielfalt und Chancengerechtigkeit orientierten Kontrolle ausgesprochen.

Sowohl in der Wissenschaft als auch in der Praxis mehren sich freilich die Stimmen, die auf publizistische Regeln im wettbewerbs-sichernden Recht komplett verzichten wollen. Besonders nachdrücklich haben sich insbesondere die privaten Rundfunkunternehmen¹² und deren Verbände¹³ sowie die britische Regulierungsbehörde OFTEL¹⁴ dafür ausgesprochen, bei der Ausgestaltung der Medienordnung ausschließlich auf das allgemeine und sektorspezifische Kartellrecht zurückzugreifen. Diese Ansätze hat der wissenschaftliche Beirat des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie aufgegriffen und besonders „akzentuiert“ in Thesenform formuliert¹⁵.

Für den Vorschlag spricht, dass damit sämtliche Kompetenzkonflikte zwischen Medien- und Kartellrecht beseitigt werden können. Im wettbewerbssichernden Recht müssten die Kompetenzen für Rundfunk, Medien- und Teledienste nicht mehr abgegrenzt werden. Langwierige Verfahren beim Abschluss neuer Rundfunkstaatsverträge durch die Länder infolge des Einstimmigkeitserfordernisses entfielen. Die Umsetzung wäre sehr einfach: Die Länder müssen schlicht die einschlägigen Zugangs- und Konzentrationsregeln im RStV und den Landesmediengesetzen zugunsten einer Steuerung durch das – gegebenenfalls um besondere sektorspezifische Regeln ergänzte – Kartellrecht aufheben.

2. Sicherung der Meinungsvielfalt als Rechtfertigungsgrund für ein Medienkonzentrationsrecht

Gleichwohl ist diese Forderung zurückzuweisen. Eine Abschaffung der publizistischen Zugangs- und Konzentrationskontrolle ist weder sinnvoll noch verfassungsrechtlich zulässig¹⁶. Das BVerfG hat in seiner früheren Rechtsprechung festgestellt, dass ein dem Pressewesen vergleichbares, den Eigengesetzlichkeiten des Wettbewerbs vertrauenswürdiges Marktmodell nicht den Vielfaltsanforderungen der Rundfunkfreiheit genügt¹⁷.

Diese These ist zwar immer wieder kritisiert¹⁸, jedoch nicht überzeugend widerlegt worden. Entgegen der von den Kritikern vertretenen Auffassung, führt eine Vielzahl von privaten Rundfunkanbietern aufgrund der vielfaltsverengenden Tendenzen der kommerziellen Finanzierung aus Werbung¹⁹ nicht notwendig zu einem Zuwachs an Meinungsvielfalt, sondern eher zu einem negativen Qualitätswettbewerb um größtmögliche Zuschauerzahlen und Werbeanteile, dem sich auch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf Dauer kaum werden entziehen können²⁰. Dies wird durch die Medienforschung²¹ und die Erfahrungen im Ausland, insbesondere in den USA, belegt²².

Auch die technische Entwicklung ändert an diesem Befund nichts. Zwar entfällt die durch die Frequenzknappheit und hohen Marktzutrittsschranken bedingte historische Sondersituation des Rundfunks im Zuge der Digitalisierung zunehmend²³. Zudem zeichnet sich eine Tendenz zur Internationalisierung der Medienmärkte ab, die die Regulierungshoheit der Nationalstaaten schon wegen der eröffneten Umgehungsmöglichkeiten teilweise in Frage stellt²⁴. Das BVerfG hat aber schon frühzeitig darauf hingewiesen, dass das Erfordernis einer positiven Ordnung des Rundfunks nicht an die Bedingungen der Frequenzknappheit und hoher Marktzutrittschranken geknüpft ist, sondern unmittelbar aus der dienenden Funktion der Rundfunkfreiheit folgt²⁵. Die Rundfunkfreiheit verpflichtet den Gesetzgeber, sämtliche Gefahren abzuwehren, die der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung durch den Rundfunk drohen. Diese Gefahren werden durch die Erweiterung der Übertragungskapazitäten und den Trend zur Internationalisierung nicht beseitigt. An die Stelle der früheren

11. Dazu und zu den Auslegungsschwierigkeiten der insoweit relevanten Bestimmung des Art. 13 Abs. 3 des Rahmenrichtlinien-Entwurfs s. *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001 S. 745 ff.
12. Vgl. das Diskussionspapier der Bertelsmann Stiftung „Kommunikationsordnung 2000“ und die Stellungnahme „Kommunikationsordnung 2010“.
13. Diskussionspapier des VPRT-Vorstandes zum Rahmenkonzept einer Medienordnung 2000 plus, vgl. insbes. Punkt III. 1.12. 2.
14. *Ofitel*, Response to the European Commission on the Green paper on the convergence of the telecommunications, media and information technology sectors and the implications for regulation, Punkt 6.3 und 9.1 - 2.

15. Wissenschaftlicher Beirat beim BMWt, Offene Medienordnung, 1999. Vgl. zu den eklatanten Schwächen dieses Gutachtens *Kühler*, ZRP 2000 S. 131 ff.
16. So auch *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 92 ff.; *Badura*, in: FS Knöpple, 1996, S. 1 (3 f.).
17. BVerfGE 57 S. 295 (320, 322) = AfP 1981 S. 398 – FRAG.
18. Zuletzt Wissenschaftlicher Beirat beim BMWt, Offene Medienordnung, 1999, Nr. 22 ff.
19. BVerfGE 73 S. 118 (155 f.) = AfP 1986 S. 314; BVerfGE 83 S. 238 (297) = AfP 1983 S. 238. Vgl. auch *Jarass*, Gutachten G für den 56. DJT, 1986, S. 110 f.; *Badura*, in: FS Knöpple, 1996, S. 1 (8).
20. Der mögliche Verlust von Zuschauerzahlen zugunsten massenattraktiver privater Programme lässt die Werbeeinnahmen sinken und erhöht den politischen Widerstand gegen notwendige Erhöhungen der Rundfunkgebühren.
21. Vgl. insbes. *Hecker*, Medienmacht und Rezipientenfreiheit, S. 107 f., 262 ff., 327.
22. Zu den Defiziten des US-amerikanischen Rechts bereits *Rahn*, Programmauftrag und Kartellrecht, 1991, S. 106.
23. Hierauf verweisend *Bullinger*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, 2001, S. 193 (198 f., 206 ff.); Wissenschaftlicher Beirat beim BMWt, Offene Medienordnung, 1999, Nr. 18 ff.
24. Wissenschaftlicher Beirat beim BMWt, Offene Medienordnung, 1999, Nr. 21.
25. BVerfGE 57 S. 295 (320, 322) = AfP 1981 S. 398 – FRAG.

frequenztechnischen und finanziellen Hürden beim Marktzutritt sind vielmehr andere Gefahren getreten:

Hingewiesen wurde bereits auf die Flaschenhalsproblematik bei wichtigen technischen Schnittstellen des Vertriebs digitaler Programme, etwa den Set-Top-Boxen, Navigatoren, beim Multiplexing und Bundeling. Zusätzlich zeichnen sich Engpässe auf den Content-Märkten aufgrund der deutlich steigenden Nachfrage vor allem nach massenattraktiven Programmrechten ab²⁶. Darüber hinaus verschärft gerade der Konvergenzprozess die Konzentrationstendenzen erheblich. Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG in jüngster Zeit ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Forderung nach einer positiven Absicherung der Meinungsvielfalt im Rundfunk auch durch neuere Entwicklungen nicht in Frage gestellt wird²⁷. Besonders nachdrücklich verlangt das Gericht insbesondere eine präventive Konzentrationskontrolle, denn Fehlentwicklungen gegenüber konzentrierter Meinungsmacht ließen sich nachträglich kaum korrigieren²⁸.

Damit erweist sich die Forderung, die rundfunkspezifischen Sonderregeln für die publizistische Konzentrationskontrolle abzuschaffen, derzeit als verfassungsrechtlich undurchführbar. Allenfalls wäre ein derartiges Ansinnen nach einer grundlegenden Reform des Kartellrechts, die eine Reihe rundfunkspezifischer Sondertatbestände neu einführt, diskussionswürdig. Entgegen den nicht näher begründeten Behauptungen des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWT²⁹, können Vermachtungsgefahren im Rundfunk mit den derzeitigen Eingriffsbefugnissen im GWB nur unzureichend abgewehrt werden. Es fehlt bereits an einer ex-ante wirkenden Kontrolle bei der Zulassung. Das GWB erfasst internes Wachstum der Unternehmen, das zu vorherrschender Meinungsmacht führen kann, nicht. Außerdem ist nach geltendem Recht der für die publizistische Betrachtung entscheidende Zuschauermarkt beim werbefinanzierten Rundfunk³⁰ mangels entgeltlicher Austauschbeziehungen zwischen Rezipienten und Veranstaltern kein relevanter Markt i. S. des GWB³¹. Schließlich kann mit Hilfe der derzeitigen kartellrechtlichen Eingriffsbefugnisse nicht verhindert werden, dass mehrere Medien – Presse, Hörfunk, Fernsehen – in einer Hand gebündelt werden, da es sich aus Sicht des GWB insoweit um unterschiedliche Märkte handelt³². Die Rundfunkfreiheit verlangt jedoch „Vorkehrungen gegen die Entstehung vorherrschender medialer Meinungsmacht“³³.

Diese Defizite müssten also beseitigt werden, bevor über eine weitergehende kartellrechtliche Regulierung des Medienwettbewerbs nachgedacht werden kann. Dazu wären umfangreiche kartellrechtliche Sonderregeln notwendig. Auch sie erweisen sich aber als nicht unproblematisch. Eine Zugangskontrolle ließe sich zwar noch vergleichsweise einfach dadurch einführen, dass Zugang und Zusammenschluss

im Bereich des Rundfunks gleich gestellt werden³⁴. Unklar bleibt indes, wie das Kartellrecht das Problem der „Cross-Media-Ownership“ lösen kann.

Selbst wenn dies theoretisch gelingen sollte, blieben gewichtige Einwände bestehen. Das Kartellrecht bezweckt, Märkte offen zu halten, soweit dies wirtschaftlich sinnvoll ist. Es lässt wettbewerbsbeschränkende Alleinstellungen – etwa durch Patente – folgerichtig zu, wenn damit Effizienzvorteile verbunden sind. Hierin zeigt sich seine grundsätzlich marktwirtschaftliche, liberale Haltung.

Demgegenüber schützt das Medienrecht und speziell das Medienkonzentrationsrecht die Meinungsvielfalt. Der politische Prozess soll nicht verengt und die sozio-kulturellen Fundamente der demokratischen Ordnung bewahrt werden. Eine Vielzahl von Anbietern ist dafür weder notwendig (alternativ kommen binnenplurale Ordnungssysteme in Betracht) noch hinreichend.

Zu Recht wird deshalb auf eine prinzipielle Zieldivergenz zwischen Kartell- und Medienkonzentrationsrecht hingewiesen³⁵. Der Versuch, diese Zieldivergenz durch zahlreiche rundfunkspezifische Sondervorschriften zu überwinden, hieße letztlich, das Kartellrecht um außerhalb des Wettbewerbs stehende Motive zu erweitern. Das stößt nicht nur auf kompetenzrechtliche Einwände³⁶. Es brauchte auch das Kartellrecht seiner klaren Konturen. Dogmatisch wie in der praktischen Anwendung käme es innerhalb des Wettbewerbsrechts zu Friktionen, die durch ein separates Medienkonzentrationsrecht vermieden werden. Insgesamt ist der Forderung nach einer generellen Abschaffung der §§ 26 ff. RStV daher eine klare Absage zu erteilen.

3. Zur Notwendigkeit einer Harmonisierung der kartellrechtlichen und publizistischen Regulierung

Den Vorzug verdienen Vorschläge, den auftretenden Abgrenzungsschwierigkeiten und Kompetenzkollisionen durch eine Harmonisierung des Rechts zu begegnen³⁷. Um Kartell- und Medienrecht zu harmonisieren, müssen sich die beiden Regelungssysteme zunächst gegenseitig anerkennen. Schon heute finden sich dahingehende Ansätze. So sieht § 47 Abs. 3 TKG bei der Frequenzverwaltung eine verfahrensrechtliche Mitwirkung der zuständigen Landesbehörden vor. Umgekehrt verlangen einige Landesmediengesetze für die Erteilung einer rundfunkrechtlichen Zulassung die Vorlage einer kartellrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung³⁸. Ähnliche Regelungen sollten auch im Bereich der Konzentrationskontrolle geschaffen werden.

Größere Schwierigkeiten bestehen insoweit nicht. Die einschlägigen Regeln der §§ 26 ff. RStV greifen bereits heute teilweise auf dieselben Voraussetzungen zurück wie die §§ 35 ff. GWB. So knüpft § 26 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 RStV an den Begriff der Marktbeherrschung an. Falls das Kartellamt hierüber bereits eine Entscheidung getroffen hat, sollte dies zwingend als Grundlage für die Bewertung durch die KEK dienen³⁹. Ähnliches kann für das Zuschaueranteilsmodell des § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV gelten, wenn – entgegen hier vertretener Ansicht – im Bereich des Free-TV ein Zuschauermarkt im Kartellrecht anerkannt wird.

26. Eberle, CR 1996 S. 193 (195).

27. BVerfGE 95 S. 163 (172 f.) – DSF. Nachdrücklich zustimmend Eberle, CR 1996 S. 193 (195 f.).

28. Diese schon in BVerfGE 57 S. 295 (323) – AfP 1981 S. 398 – FRAG getroffene Feststellung wiederholt das Gericht in BVerfGE 95 S. 163 (172 f.) – DSF zweimal.

29. Wissenschaftlicher Beirat beim BMWT, Offene Medienordnung, 1999, Nr. 31, 50 ff.

30. Beim Pay-TV erbringt der Fernsehveranstalter gegenüber dem Rezipienten eine entgeltliche Dienstleistung. Damit liegt eine Marktbeziehung i. S. des GWB vor. Zu denkbaren Marktabgrenzungen vgl. Trafkowski, Medienkartellrecht, 2002, S. 32 f.; Zagouras, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 95.

31. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, vor § 35, Rdn. 80; Kohl, in: Kohl (Hrsg.), Vielfalt im Rundfunk, 1997, S. 63 (66); Kübler, ZRP 2000 S. 131 (132). A.A. Wissenschaftlicher Beirat beim BMWT, Offene Medienordnung, 1999, Nr. 49; Engel, Medienordnungsrecht, 1996, S. 34, die darauf abstellt, dass der Zuschauer zwar keine Kaufentscheidung trifft, aber gleichsam mit der Bereitschaft bezahle, Werbung auf sich wirken zu lassen. Gegen dieses Konzept spricht jedoch, dass bei der Allgegenwärtigkeit von Reklame eine ungeheure Anzahl neuer Märkte entstünde.

32. Vgl. zu den fehlenden kartellrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten bei „Cross-Media-Ownership“ Engel, Medienordnungsrecht, 1996, S. 76 f.; Kübler, MP 1999 S. 379 (384); ders., ZRP 2000 S. 131 (133). Zur Marktabgrenzung im Multimediabereich vgl. auch Röper, MP 1989 S. 533 (535).

33. BVerfGE 73 S. 118 (177) = AfP 1986 S. 314; BVerfGE 83 S. 238 (324) – AfP 1991 S. 389.

34. Die Monopolkommission hat in diesem Sinne mehrfach vorgeschlagen, bei Erteilung einer Rundfunklizenz einen Zusammenschluss zu fingieren, vgl. LX. Hauptgutachten 1990/91, Rdn. 687, 808. Kritisch dazu Bender, Cross-Media-Ownership, 1999, S. 234.

35. Kübler, MP 1999 S. 379 (383).

36. Spieler, Fusionskontrolle im Medienbereich, 1988, S. 162 ff. Bedenken auch bei Kübler, MP 1999 S. 379 (384).

37. Vgl. Landesmedienanstalten, Diskussionspapier zur Debatte über die Reform der Medienordnung vom 15. 11. 2000, Ziff. B II.2: „Es kann nicht darum gehen, die wirtschaftliche Entwicklung der Medien vom Medienrecht zu entlasten und dem Kartellrecht zu übergeben. Es muss umgekehrt darum gehen, beides zusammenzuführen und aufeinander zu beziehen.“

38. Vgl. § 25 Abs. 4 LMedG Baden-Württemberg; § 17 Abs. 7 HessPRG; § 8 Abs. 3 Saarländisches PRG.

39. Die KEK trägt dem auch ohne explizite gesetzliche Regelung Rechnung, indem sie sich an die Feststellung der Marktbeherrschung durch die Kartellbehörden gebunden sieht, vgl. KEK, Jahresbericht 1997/98, S. 6.

Diese Beispiele lassen sich verallgemeinern: Es trägt zu einer harmonischen Anwendung des Rundfunkrechts neben dem Kartellrecht bei, wenn sich das Rundfunkrecht dort zurücknimmt, wo bereits kartellrechtliche Eingriffsmöglichkeiten bestehen. Dies entspricht auch der Tendenz auf europäischer Ebene, einer differenzierteren und effektiveren Kartellkontrolle grundsätzlich den Vorrang einzuräumen und die sonstige Regulierung auf die Gewährleistung klar definierter Ziele zu beschränken. Wird in diesem Sinne das Medienkonzentrationsrecht materiell-rechtlich präzise auf seine eigentliche Aufgabe konzentriert, Gefahren für die Meinungsvielfalt abzuwehren, können Kompetenzkollisionen sehr weitgehend ausgeräumt werden. Für die verbleibenden Fälle sind flexible prozedurale Lösungsansätze zu suchen. Dafür muss die Aufsichtslandschaft stärker als bisher auf Kooperation hin ausgerichtet werden.

IV. Zusammenfassung

Angesichts der auch nach dem Wegfall der Frequenzknappheit fortbestehenden Gefahren für die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung ist es derzeit nicht angezeigt, zugunsten einer rein kar-

tellrechtlichen Kontrolle auf publizistische Medienkonzentrationsregeln zu verzichten.

Eine grundlegende Novellierung der wettbewerbsrechtlichen Aufsicht, welche die gegenwärtigen Defizite des Kartellrechts – fehlende präventive Konzentrationskontrolle, fehlende Erfassung internen Unternehmenswachstums, keine Erfassung des Zuschauermarktes beim werbefinanzierten Rundfunk, fehlende Eingriffsbefugnisse gegen Entstehung multimedialer Meinungsmacht durch die Bündelung mehrerer Medien in einer Hand – beseitigt, erscheint unabhängig von den bestehenden kompetenzrechtlichen Bedenken nicht empfehlenswert, da sie das Kartellrecht um zahlreiche außerhalb des wirtschaftlichen Wettbewerbs stehende Motive anreicherte und damit zu Friktionen innerhalb des Wettbewerbsrechts führte.

Die publizistische Regulierung von Marktmacht im Rundfunk sollte klar auf die Aufgabe fokussiert werden, Gefahren für die Meinungsvielfalt abzuwehren und ausdrücklich nur subsidiär zur kartellrechtlichen Konzentrationskontrolle eingreifen.

Rechtsfragen bei der Einführung von Kundenkarten

Rechtsanwalt Dr. Johannes Weberling, Berlin¹

I. Einleitung

Die unverändert sinkenden Abonnentenzahlen und die stark gesunkenen Werbeeinnahmen lassen Zeitungsverlage nach neuen Wegen zur Erhöhung der Attraktivität eines Zeitungsabonnements und zusätzlichen Einnahmequellen suchen. Seit der vorsichtigen Liberalisierung des Wettbewerbsrechts im Jahre 2002 wird als möglicherweise erfolgsträchtige Strategie die Einführung von Kundenkarten für Zeitungsabonnenten diskutiert bzw. bereits getestet. Dabei zu beachtende rechtlichen Gesichtspunkte sollen nachstehend dargestellt werden.

II. Rechtsgrundlagen

Im Verlagsgeschäft besteht das Kundenbindungssystem der Kundenkarte als sog. Drei-Partner-System. Partner sind der Verlag, der Leser/Abonnent sowie das bzw. die Partnerschaftsunternehmen, der bzw. die bei Vorlage der Kundenkarte für bestimmte Waren bzw. Dienstleistungen Vergünstigungen gewährt(en).

Die Rechtsgrundlagen für die Einführung einer Kundenkarte finden sich im Wettbewerbsrecht, zum Teil im Kartellrecht sowie im Datenschutzrecht.

Bis zur vorletzten Novelle des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)² und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen im Juli 2002 galten die ZugabeVO und das RabattG³, wonach Zugaben bzw. Vergünstigungen nur unter engen Voraussetzungen zulässig waren. Sowohl die ZugabeVO, als auch das RabattG wurden im Juli

2002 abgeschafft. Für Kundenkarten maßgebliche wettbewerbsrechtliche Vorschriften waren seitdem nur noch §§ 1, 3 und 6b UWG (a. F.) sowie § 20 Abs. 1 GWB⁴. Aufgrund europarechtlicher Vorgaben (Verordnungen und Richtlinien) musste der deutsche Gesetzgeber das nationale Wettbewerbsrecht anpassen. Durch den Einfluß von EG-Richtlinien, insbesondere aber die Rechtsprechung des EuGH gab die deutsche Rechtsprechung zudem ihr bisheriges Verbraucherleitbild auf. Bis dahin galt als Maßstab, ob eine Werbung irreführend i. S. des UWG war, der Blick des „ungezwungenen flüchtigen Verbrauchers“. Nunmehr orientieren sich die Gerichte an dem „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher“⁵.

4. § 1 UWG (a. F.): Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.
§ 3 UWG (a. F.): Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, den Ursprung, die Herstellungsart oder die Preisbemessung einzelner Waren oder gewerblicher Leistungen oder des gesamten Angebots, über Preislisten, über die Art des Bezugs oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlass oder den Zweck des Verkaufs oder über die Menge der Vorräte irreführende Angaben macht, kann auf Unterlassung der Angaben in Anspruch genommen werden. Angaben über geschäftliche Verhältnisse i. S. des Satzes 1 sind auch Angaben im Rahmen vergleichender Werbung.
§ 6b UWG (a. F.): Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs an letzte Verbraucher Berechtigungsscheine, Ausweise oder sonstige Bescheinigungen zum Bezug von Waren ausgibt oder gegen Vorlage solcher Bescheinigungen Waren verkauft, kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, es sei denn, dass die Bescheinigungen nur zu einem einmaligen Einkauf berechtigen und für jeden Einkauf einzeln ausgegeben werden.
§ 20 Abs. 1 GWB: Marktbeherrschende Unternehmen, Vereinigungen von Unternehmen i. S. der §§ 2 bis 8, 28 Abs. 1 sowie 29 und Unternehmen, die Preise nach den §§ 15, 28 Abs. 2, § 29 Abs. 2 und § 30 Abs. 1 binden, dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln.
5. Siehe die Nachweise zu den verschiedenen Verbraucherleitbildern bei Heermann, WRP 2001 S. 855 (860), m. w. N. Mit der Neufassung des Irreführungstatbestandes als Unterfall der unlauteren Werbung in § 5 UWG wurde auch der Gesetzestext dem neuen Verbraucherleitbild entsprechend angepasst (vgl. Köhler, NJW 2004 S. 2121 (2124)).

1. Überarbeitete und aktualisierte Fassung eines Vortrags des Verfassers beim BDZV-Fachtag „Kundenkarten im Verlag – Kundenbindungsinstrument im Leser- und Anzeigenmarkt“ am 6. 5. 2004 in Köln. Der Verfasser dankt Herrn Rechtsanwalt Markus Schulz für seine wertvolle Unterstützung bei der Erstellung des Vortrags.
2. Vor der Neufassung des UWG am 8. 7. 2004 geltende Bestimmungen des UWG sind mit dem Zusatz (alte Fassung – a. F.) kenntlich gemacht.
3. Zugabeverordnung vom 9. 3. 1932 (RGBl. I 1932 S. 121), zuletzt geändert am 25. 7. 1994; Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz) vom 25. 11. 1933 (RGBl. I 1933 S. 1011), zuletzt geändert am 25. 7. 1986.