

Studien zum deutschen und europäischen Medienrecht

Band 57

.....

Regine Sprenger

Optionen zur Regulierung des publizistischen Wettbewerbs

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

Optionen zur Regulierung des publizistischen Wettbewerbs

Studien zum deutschen und europäischen Medienrecht

herausgegeben von Dieter Dörr und Udo Fink

mit Unterstützung der Dr. Feldbausch Stiftung

Bd. 57

Regine Sprenger

Optionen zur Regulierung des publizistischen Wettbewerbs

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

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2013

D 18

ISSN 1438-4981

ISBN 978-3-631-64162-0 (Print)

E-ISBN 978-3-653-03234-5 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-03234-5

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2013

Alle Rechte vorbehalten.

PL Academic Research ist ein Imprint der Peter Lang GmbH

Peter Lang – Frankfurt am Main · Bern · Bruxelles · New York ·

Oxford · Warszawa · Wien

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des

Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages

unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für

Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die
Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2012/2013 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Hans-Bredow-Instituts für Medienforschung an der Universität Hamburg, insbesondere meinem Doktorvater, Prof. Dr. Wolfgang Schulz. Namentlich erwähnen möchte ich auch Jannes Beeskow, Stephan Dreyer, Christiane Matzen, Hermann-Dieter Schröder, Martin Lose, Andrej Pletter und Lea Michalke, die während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am genannten Institut durch konstruktiven Austausch und gute Laune zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben.

Weiter gilt mein Dank Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie Prof. Dr. Dieter Dörr und Prof. Dr. Udo Fink für die Aufnahme in ihre Schriftenreihe.

Bedanken möchte ich mich auch bei Dr. Philipp Johst, Maria Scharlau, Dr. Jan Scharlau, Dr. Michael Ott, Dr. Ishak Isik, Lydia Kleist, Dr. Friederike Pabst, Dr. Hilke Schapp, Julia Flatau, Sebastian Flatau, Dr. Henning Rieckhoff, Dorothea Rickel, Dr. Christian Müller und Darius Soglowek, die mich bei der Durchsicht und Korrektur des Manuskriptes unterstützt haben.

Ein ausdrücklicher Dank gebührt meiner Familie, Dr. Carsten Sprenger, Dr. Burkhard Röhrkasten, Sabine Röhrkasten, Renate und Joachim Sprenger, Sybille Röhrkasten und Miriam Röhrkasten, ohne deren Unterstützung ich diese Arbeit nicht in der erfolgten Weise hätte fertigstellen können.

Hamburg, im April 2013

Regine Sprenger

Inhaltsverzeichnis

1 Einleitung	23
1.1 Problemaufriss	23
1.2 Fragestellung und Gang der Untersuchung	25
1.3 Untersuchungsgegenstand und Begriffsverständnis	27
2 Ökonomischer Wettbewerb und Publizistischer Wettbewerb	31
2.1 Ökonomischer Wettbewerb	31
2.1.1 Definition	31
2.1.2 Funktionen und Bedingungen des Wettbewerbs	32
2.1.2.1 Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs	33
2.1.2.1.1 Entwicklung	33
2.1.2.1.1.1 Klassische Nationalökonomie	33
2.1.2.1.1.2 Theorie der vollkommenen Konkurrenz	33
2.1.2.1.1.3 Theorie des monopolistischen Wettbewerbs	34
2.1.2.1.1.4 Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs	34
2.1.2.1.1.5 Konzept des dynamischen Wettbewerbs	35
2.1.2.1.1.6 Theorie der größtmöglichen Effizienz	36
2.1.2.2 Funktionen des Wettbewerbs	36
2.1.2.2.1 Ökonomische Funktionen	37
2.1.2.2.2 Gesellschaftspolitische Funktionen	38
2.2 Publizistischer Wettbewerb	39
2.2.1 Definition	39

2.2.2 Erfolgsmaßstäbe	42
2.2.3 Funktionsvoraussetzung	44
2.3 Verhältnis von publizistischem und wirtschaftlichem Wettbewerb	46
2.3.1 Ausgangssituation	46
2.3.2 Durchbrechung des Zusammenhangs	48
3 Besonderheiten von Medienmärkten	51
3.1 Marktstrukturdefizite	52
3.1.1 Netzwerkeffekte	52
3.1.2 Größen- und Verbundvorteile	54
3.1.3 Öffentliche Güter	56
3.1.4 Externe Effekte	57
3.1.5 Informationsunvollkommenheiten	57
3.1.6 Meritorische Güter	59
3.1.7 Zusammenfassung	60
3.2 Zweiseitige Märkte	63
4 Regelungsziele	67
4.1 Regelungsziele der Konzentrationskontrolle im Kartellrecht	67
4.1.1 GWB	67
4.1.1.1 Sicherung des ökonomischen Wettbewerbs	67
4.1.1.2 More economic approach	68
4.1.1.3 Sicherung des publizistischen Wettbewerbs und der Medienvielfalt	69
4.1.1.4 Reformvorschläge zur Pressefusionskontrolle im Rahmen der 7. GWB Novelle	72
4.1.2 Europäisches Kartellrecht	73

4.1.2.1 Sicherung des ökonomischen Wettbewerbs.....	73
4.1.2.2 Sicherung des publizistischen Wettbewerbs	74
4.2 Regulierungsziele der medienspezifischen Konzentrationskontrolle	76
4.2.1 Verfassungsrechtliches Ziel der Gewährleistung eines freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildungsprozesses	76
4.2.2 Verfassungsrechtliches Ziel der Vielfaltssicherung.....	78
4.2.3 Verfassungsrechtliches Ziel der Verhinderung	
vorherrschender Meinungsmacht	79
4.2.4 Einfachgesetzliche Umsetzung	80
5 Kompetenzen	83
5.1 Kompetenzen der Europäischen Union.....	83
5.1.1 Ökonomische Konzentrationskontrolle.....	83
5.1.2 Medienspezifische Konzentrationskontrolle.....	84
5.1.3 Kompetenz zur Harmonisierung des Binnenmarktes.....	84
5.2 Verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung	86
6 Vorgaben höherrangigen Rechts	89
6.1 Europarechtliche Grundlagen.....	89
6.2 Verfassungsrechtliche Vorgaben	91
6.2.1 Abgrenzung der Medienfreiheiten	92
6.2.1.1 Verfassungsrechtlicher Rundfunkbegriff.....	92
6.2.1.1.1 Erfassung von Online-Medienangeboten.....	92
6.2.1.1.2 Erfassung von Inhaltevermittlern	96
6.2.1.2 Pressebegriff.....	98

6.2.1.3 Art 5 Abs. 1 Satz 2 GG als einheitliches Grundrecht der Massenmedien	99
6.2.1.4 Informationsfreiheit.....	100
6.2.1.5 Exkurs: Einfachgesetzlicher Rundfunkbegriff und Begriff der Telemedien	100
6.2.2 Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Konzentrationskontrolle im Rundfunk.....	102
6.2.2.1 Subjektiv-rechtlicher Gewährleistungsgehalt der Rundfunkfreiheit	102
6.2.2.2 Objektiv-rechtlicher Gewährleistungsgehalt der Rundfunkfreiheit.....	102
6.2.2.2.1 Institutsgarantie	105
6.2.2.2.2 Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht.....	106
6.2.2.2.3 Vielfaltsgebot	108
6.2.2.2.4 Informationsmonopole als Unterfall des Gebots zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht	108
6.2.2.2.5 Möglichkeit zur Deregulierung der rundfunkspezifischen Konzentrationskontrolle	110
6.2.3 Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Konzentrationskontrolle in der Presse	112
6.2.3.1 Subjektiv-rechtlicher Gewährleistungsgehalt der Pressefreiheit.....	112
6.2.3.2 Objektiv-rechtlicher Gewährleistungsgehalt der Pressefreiheit	114
6.2.3.2.1 Institutsgarantie	115
6.2.3.2.2 Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht.....	116
6.2.3.2.3 Vielfaltsgebot	119
6.2.4 Verfassungsrechtliche Vorgaben hinsichtlich crossmedialer Konzentration.....	120

6.2.5 Verfassungsmäßigkeit der Vereinheitlichung der Regulierungskonzepte	122
6.2.5.1 Historisches Argument	123
6.2.5.2 Ökonomisches Argument	124
6.2.5.3 Wirkungsbezogenes Argument	126
6.2.5.4 Bewertung	128
6.3 Ausblick: Verfassungsmäßigkeit eines Gesamtmedienmodells	129
7 Konzentrationskontrolle im Medienbereich	133
7.1 Mögliche Anwendungskonflikte zwischen Rundfunkrecht und Kartellrecht	133
7.2 Kartellrecht	134
7.2.1 Zusammenschlusskontrolle des GWB	134
7.2.1.1 Aufgreifkriterien	135
7.2.1.1.1 Territorialer Anwendungsbereich	135
7.2.1.1.2 Zusammenschluss von Unternehmen	135
7.2.1.1.3 Aufgreifschwellen	140
7.2.1.1.3.1 § 35 Abs. 1 GWB	140
7.2.1.1.3.2 § 35 Abs. 2 Satz 1 GWB	141
7.2.1.1.4 Aufgreifschwellen der Medienfusionskontrolle	143
7.2.1.1.4.1 § 35 Abs. 2 Satz 2 GWB	143
7.2.1.1.4.2 § 38 Abs. 3 GWB	145
7.2.1.1.5 Berechnung der Umsätze, § 38 GWB	148
7.2.1.1.6 Vorrang der europäischen Fusionskontrolle	149
7.2.1.2 Eingreifkriterien	149

7.2.1.2.1 Relevante Märkte	150
7.2.1.2.1.1 Allgemein	150
7.2.1.2.1.1.1 Sachlich relevanter Markt	150
7.2.1.2.1.1.1.1 Bedarfsmarktkonzept	151
7.2.1.2.1.1.1.2 Angebotsumstellungsflexibilität	152
7.2.1.2.1.1.1.3 Kreuzpreiselastizität	153
7.2.1.2.1.1.1.4 SSNIP-Test	154
7.2.1.2.1.1.1.5 Konzept der Wirtschaftspläne	155
7.2.1.2.1.1.1.6 Medienspezifischer Ansatz von <i>Bohne</i>	157
7.2.1.2.1.1.1.7 Zusammenfassung	157
7.2.1.2.1.1.2 Räumlich relevanter Markt	159
7.2.1.2.1.1.3 Zeitlich relevanter Markt	160
7.2.1.2.1.1.4 Umgang mit benachbarten Märkten	160
7.2.1.2.1.1.4.1 Randsubstitutionsprodukte	161
7.2.1.2.1.1.4.2 Potentieller Wettbewerb	162
7.2.1.2.1.1.4.3 Komplementärprodukte	164
7.2.1.2.1.2 Medienspezifisch	165
7.2.1.2.1.2.1 Sachlich relevante Märkte	165
7.2.1.2.1.2.1.1 Rezipientenmarkt	165
7.2.1.2.1.2.1.1.1 Fernsehen	171
7.2.1.2.1.2.1.1.2 Presse	173
7.2.1.2.1.2.1.1.3 Anzeigenblätter	178
7.2.1.2.1.2.1.1.4 Hörfunk	179

7.2.1.2.1.2.1.1.5 Internet	179
7.2.1.2.1.2.1.1.6 Gesamtmedienmarkt	180
7.2.1.2.1.2.1.2 Werbemarkt	183
7.2.1.2.1.2.1.2.1 Fernsehen	183
7.2.1.2.1.2.1.2.2 Presse	184
7.2.1.2.1.2.1.2.3 Hörfunk	186
7.2.1.2.1.2.1.2.4 Internet	186
7.2.1.2.1.2.1.2.5 Gesamtmedienmarkt	187
7.2.1.2.1.2.2 Räumlich relevanter Markt	191
7.2.1.2.1.2.2.1 Fernsehen	191
7.2.1.2.1.2.2.2 Presse	192
7.2.1.2.1.2.2.3 Hörfunk	193
7.2.1.2.1.2.2.4 Internet	194
7.2.1.2.1.2.3 Zeitlich relevanter Markt.....	194
7.2.1.2.2 Zweiseitige Märkte.....	194
7.2.1.2.3 Begründung oder Verstärkung einer marktherrschenden Stellung.....	195
7.2.1.2.3.1 Marktherrschende Stellung.....	195
7.2.1.2.3.1.1 Einzelmarktherrschung.....	196
7.2.1.2.3.1.2 Marktherrschendes Oligopol	200
7.2.1.2.3.2 Begründung oder Verstärkung	202
7.2.1.2.3.3 Vermutungstatbestände des § 19 Abs. 3 GWB.....	205
7.2.1.2.3.3.1 Einzelmarktherrschung.....	205
7.2.1.2.3.3.2 Kollektive Marktherrschung.....	205

7.2.1.2.3.4 Gesamtabwägung	206
7.2.1.2.4 Unterschiedliche Arten von Zusammenschlüssen	208
7.2.1.2.4.1 Horizontaler Zusammenschluss	208
7.2.1.2.4.2 Vertikaler Zusammenschluss	210
7.2.1.2.4.3 Konglomerater Zusammenschluss	213
7.2.1.2.4.3.1 Ressourcensteigerung	214
7.2.1.2.4.3.2 Verbundvorteile	216
7.2.1.2.4.3.2.1 Doppelverwertung von Inhalten	216
7.2.1.2.4.3.2.2 Koppelungs- und Bündelungseffekte	217
7.2.1.2.4.3.2.3 Crossmediale Effekte	218
7.2.1.2.4.3.2.3.1 Angebot crossmedialer Werbestrategien	219
7.2.1.2.4.3.2.3.2 Crossmediale werbliche Promotion	222
7.2.1.2.4.3.2.3.3 Crossmediale publizistische Promotion	223
7.2.1.2.4.3.3 Quasi-horizontale Wirkungen	227
7.2.1.2.4.3.3.1 Wegfall potentiellen Wettbewerbs	227
7.2.1.2.4.3.3.2 Wegfall von Randsubstitutionswettbewerb	229
7.2.1.2.4.3.4 Symmetrie innerhalb eines Oligopols	232
7.2.1.2.5 Bewertung	234
7.2.1.2.6 Abwägungsklausel, § 36 Abs. 1 a.E. GWB	236
7.2.1.2.7 Sanierungsfusion	240
7.2.1.3 Verfahren	241
7.2.1.4 Rechtsfolgen	242
7.2.1.4.1 Freigabe oder Untersagung	242

7.2.1.4.2 Freigabe unter Auflagen oder Bedingungen	242
7.2.1.5 Ministererlaubnis gemäß § 42 GWB	244
7.2.1.6 Zusammenfassung.....	248
7.2.2 EG-Fusionskontrollverordnung	251
7.2.2.1 Aufgreifkriterien	251
7.2.2.1.1 Zusammenschluss.....	251
7.2.2.1.2 Gemeinschaftsweite Bedeutung	252
7.2.2.1.3 Verweisungsklausel des Art. 9 FKVO	252
7.2.2.1.4 Verweisungsklausel des Art. 22 FKVO	253
7.2.2.2 Eingreifkriterien	253
7.2.2.2.1 Marktabgrenzung	253
7.2.2.2.1.1 Konzepte zur Marktabgrenzung.....	254
7.2.2.2.1.1.1 Nachfragesubstitution	255
7.2.2.2.1.1.2 Angebotssubstituierbarkeit.....	255
7.2.2.2.1.1.3 SSNIP-Test.....	256
7.2.2.2.1.2 Sachlich relevanter Markt	256
7.2.2.2.1.2.1 Rezipientenmarkt	257
7.2.2.2.1.2.1.1 Fernsehen	259
7.2.2.2.1.2.1.2 Hörfunk	260
7.2.2.2.1.2.1.3 Internet	260
7.2.2.2.1.2.1.4 Presse	260
7.2.2.2.1.2.2 Werbemarkt.....	261
7.2.2.2.1.2.2.1 Fernsehen	262

7.2.2.2.1.2.2.2 Hörfunk	262
7.2.2.2.1.2.2.3 Internet	263
7.2.2.2.1.2.2.4 Presse	264
7.2.2.2.1.3 Räumlich relevanter Markt	265
7.2.2.2.1.3.1 Fernsehen	266
7.2.2.2.1.3.2 Hörfunk	267
7.2.2.2.1.3.3 Internet	267
7.2.2.2.1.3.4 Presse	267
7.2.2.2.1.4 Zeitlich relevanter Markt.....	268
7.2.2.2.1.5 Umgang mit benachbarten Märkten.....	268
7.2.2.2.2 Erhebliche Wettbewerbsbehinderung	269
7.2.2.2.2.1 Einzelmarktbeherrschung.....	271
7.2.2.2.2.2 Kollektive Marktbeherrschung.....	272
7.2.2.2.2.3 Unilaterale Effekte innerhalb eines Oligopols	273
7.2.2.2.3 Unterschiedliche Arten von Zusammenschlüssen	274
7.2.2.2.3.1 Horizontale Zusammenschlüsse.....	274
7.2.2.2.3.2 Vertikale Zusammenschlüsse.....	274
7.2.2.2.3.3 Konglomerate Zusammenschlüsse.....	275
7.2.2.2.4 Vermutungsregeln	277
7.2.2.2.5 Ausgleichende Wirkung von Effizienzgewinnen	279
7.2.2.2.6 Sanierungsfusion	280
7.2.2.3 Verfahren und Rechtsfolgen	281
7.2.2.3.1 Verfahren.....	281

7.2.2.3.2 Rechtsfolgen.....	282
7.2.2.3.2.1 Untersagung oder Freigabe	282
7.2.2.3.2.2 Freigabe unter Auflagen und Bedingungen	282
7.2.2.3.3 Sanktionsmöglichkeiten	283
7.2.2.4 Öffnungsklausel gemäß Art. 21 Abs. 4 FKVO	283
7.3 Vergleich von GWB und FKVO.....	284
7.4 Rundfunkrecht.....	287
7.4.1 Zurechnungstatbestände	288
7.4.2 Relevanter Markt.....	291
7.4.2.1 Fernsehmarkt.....	292
7.4.2.1.1 Sachlicher Bezugspunkt	292
7.4.2.1.2 Räumlicher Bezugspunkt	292
7.4.2.1.3 Bezugspunkt für die Messung der Meinungsmacht.....	292
7.4.2.2 Medienrelevant verwandte Märkte	293
7.4.2.2.1 Presse.....	295
7.4.2.2.1.1 Sachlicher Bezugsgegenstand	295
7.4.2.2.1.2 Bezugspunkt für die Messung der Meinungsbildungsrelevanz	297
7.4.2.2.2 Internet.....	298
7.4.2.2.2.1 Sachlicher Bezugspunkt	298
7.4.2.2.2.2 Bezugspunkt für die Messung der Meinungsbildungsrelevanz	299
7.4.2.2.3 Hörfunk	300
7.4.2.2.3.1 Sachlicher Bezugspunkt	300
7.4.2.2.3.2 Bezugspunkt für die Messung der Meinungsbildungsrelevanz	300

7.4.2.3 Vor- und nachgelagerte Märkte	301
7.4.3 Eingriffstatbestände.....	301
7.4.3.1 Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV	302
7.4.3.2 Vermutungstatbestände des 26 Abs. 2 RStV	304
7.4.3.3 Gewichtung des Einflusses der Meinungsbeeinflussungspotentiale auf medienrelevant verwandten Märkten.....	307
7.4.3.3.1 Tageszeitungen.....	308
7.4.3.3.2 Internet.....	309
7.4.3.3.3 Hörfunk	311
7.4.3.3.4 Publikumszeitschriften	311
7.4.3.3.5 Programmzeitschriften	312
7.4.3.3.6 Anzeigenblätter	312
7.4.3.3.7 Crossmediale Aspekte	313
7.4.3.3.8 Vor- und nachgelagerte Märkte	313
7.4.3.4 Bonusregelungen.....	314
7.4.4 Verfahren.....	314
7.4.5 Rechtsfolgen.....	316
7.4.5.1 § 26 Abs. 3	316
7.4.5.2 § 26 Abs. 4	317
7.4.5.3 Übertragung der Programmverantwortung als vielfaltssichernde Maßnahme.....	318
7.4.5.3.1 Internes, pluralistisch besetztes Gremium oder Redaktion.....	319
7.4.5.3.2 Unternehmensexterne Einheit	323
7.4.6 Zusammenfassung und Kritik	324

7.4.6.1 Zurechnungstatbestand.....	325
7.4.6.2 Marktabgrenzung	325
7.4.6.3 Eingreiftatbestände.....	326
7.4.6.4 Gewichtung des Einflusses der Meinungsbeeinflussungspotentiale auf medienrelevant verwandten Märkten.....	328
7.4.6.5 Berücksichtigung binnenpluralistischer Maßnahmen.....	332
7.5 Vergleich von Rundfunk- und Kartellrecht	333
7.5.1 Regelungsgegenstand.....	333
7.5.2 Aufgreifkriterien	334
7.5.2.1 Aufgreifschwelle.....	334
7.5.2.2 Zurechnung von Unternehmensbeteiligungen	335
7.5.3 Eingreiftatbestände.....	335
7.5.3.1 Marktabgrenzung	335
7.5.3.2 Begrenzung von Machtpositionen	337
7.5.3.3 Vermutungstatbestände.....	338
7.5.3.4 Abwägungserfordernis	338
7.5.3.5 Sanierungsfusion	339
7.5.4 Rechtsfolgen.....	340
7.5.4.1 Unternehmerische Zusagen.....	340
7.5.4.2 Möglichkeit der Ministererlaubnis.....	341
7.5.5 Zusammenfassung.....	341
8 Reformüberlegungen	343
8.1 Zielerfüllung und Defizitanalyse	343
8.1.1 Gegenwärtiger Diskussionsstand	343

8.1.1.1 Mangelnde Eignung des Kartellrechts zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht.....	343
8.1.1.2 Eignung des Kartellrechts zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht.....	346
8.1.2 Untersuchung der Argumente im Einzelnen.....	347
8.1.2.1 Verfassungswidrigkeit der Ersetzung durch das Kartellrecht.....	347
8.1.2.2 Aufgreifschwelle.....	348
8.1.2.3 Unterschiede in der Marktabgrenzung und eine daraus folgende mangelnde Erfassungsmöglichkeit crossmedialer Konzentration	348
8.1.2.4 Mangelnde Anerkennung eines Zuschauermarktes	351
8.1.2.5 Divergenzen bei den Vermutungstatbeständen.....	352
8.1.2.6 Ungeeignetheit der Abwägungsklausel.....	353
8.1.2.7 Möglichkeit der Ministererlaubnis.....	354
8.1.2.8 Keine Erfassung internen Wachstums	355
8.1.2.8.1 Rechtmäßige Gestaltungsmöglichkeiten innerhalb des geltenden Kartellrechts	356
8.1.2.8.2 Sonderregelung für den Medienbereich	358
8.1.2.8.3 Verfassungsmäßigkeit eines Entflechtungstatbestands.....	360
8.1.2.8.4 Aktuelle gesetzgeberische Bestrebungen.....	360
8.1.2.9 Keine Erfassung von Neuzulassungen.....	363
8.1.2.10 Unterschiede hinsichtlich der Zurechnungstatbestände.....	364
8.1.2.11 Ungeeigneter Maßnahmenkatalog	365
8.1.3 Ergebnis.....	366
8.2 Rechtspolitische Handlungsoptionen.....	367

8.2.1 Weiterentwicklung des gegenwärtigen Modells der medienspezifischen Konzentrationskontrolle	368
8.2.1.1 Ansätze zur Fortentwicklung des gegenwärtigen Modells	368
8.2.1.2 Das Bayerische Modell	370
8.2.1.3 Kritik	372
8.2.1.4 Gesamtmedienmodell.....	373
8.2.1.4.1 Bezugspunkt	376
8.2.1.4.1.1 Öffentlicher Meinungsbildungsprozess	377
8.2.1.4.1.2 Fragmentierung der Öffentlichkeit.....	377
8.2.1.4.1.3 Europäische Öffentlichkeit.....	379
8.2.1.4.2 Regelungsadressat	380
8.2.1.4.3 Anknüpfungspunkte	381
8.2.1.4.3.1 Abgrenzung der Rezipientenmärkte	382
8.2.1.4.3.2 Gewichtung des Meinungsbeeinflussungspotentials	382
8.2.1.4.4 Vermutungstatbestände	384
8.2.1.4.5 Maßnahmenkatalog	386
8.2.1.4.6 Aufsicht und Verfahren.....	386
8.2.1.4.7 Zusammenfassung.....	387
8.3 Institutionelle Reformen.....	390
9 Zusammenfassung und Ausblick	395
Literaturverzeichnis	403

1 Einleitung

1.1 Problemaufriss

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

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

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

1 BVerfGE 73, 118, 177.

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

3 BVerfGE 119, 181, 216.

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

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

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

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

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

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

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

1.2 Fragestellung und Gang der Untersuchung

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3 Untersuchungsgegenstand und Begriffsverständnis

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

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

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

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

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

7 Vgl. dazu 7.2.1.2.4.3.

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

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

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

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

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

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

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

2 Ökonomischer Wettbewerb und Publizistischer Wettbewerb

Regelungsgegenstand des Kartellrechts ist der ökonomische Wettbewerb. Der publizistische Wettbewerb ist Regelungsgegenstand des medienpezifischen Konzentrationsrechts. In diesem Teil der Arbeit werden die Konzepte des ökonomischen und des publizistischen Wettbewerbs sowie das Zusammenspiel dieser Konzepte vorgestellt. Die Erläuterung dieser Konzepte setzt den Regelungsgegenstand und die Regelungsziele der kartellrechtlichen und der medienpezifischen Regulierung in Beziehung zu dem Forschungsstand derjenigen Disziplinen, in welchen diese Konzepte ihren Ursprung haben. Das Konzept des ökonomischen Wettbewerbs ist von den Wirtschaftswissenschaften entwickelt worden. Das Konzept des publizistischen Wettbewerbs kann in Ansätzen aus der Verfassungsrechtsprechung hergeleitet werden, ist jedoch originär ein sozialwissenschaftliches Forschungsgebiet. Das Zusammenspiel der Konzepte, welches unter 3. erläutert wird, ist zudem von Relevanz, um die Wirkung von rechtlichen Regelungen in diesen Bereichen erkennen zu können.

2.1 Ökonomischer Wettbewerb

2.1.1 Definition

Der ökonomische Wettbewerb kann nach dem allgemeinen Verständnis der Wirtschaftswissenschaften aufgrund der Vielseitigkeit und Komplexität seiner Erscheinungsformen nicht vollumfänglich in einer Definition erfasst werden.¹⁴ Die nachfolgend aufgeführten Definitionen werden daher auch von ihren jeweiligen Vertretern lediglich als nicht abschließende Arbeitshypothese aufgefasst.

Eine Wettbewerbsdefinition, die in der rechtswissenschaftlichen Literatur insbesondere von *Mestmäcker/Schweizer* übernommen wird, geht zurück auf die Definition *Hoppmanns*, wonach der Wettbewerb ein komplexes System von Marktprozessen darstellt, das aufgrund der Freiheit entsteht, an Marktprozessen teilzunehmen und innerhalb dieser nach eigenem Plan tätig sein zu können.¹⁵

14 Emmerich, Kartellrecht, § 1 I., S. 2; Bunte, Kartellrecht, § 1 I. 1., S. 4; Kiefer, Medienökonomik, S. 100; Meessen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Einführung, Rn. 6; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 2, Rn. 75; Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 1 f.

15 Hoppmann, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, S. 298; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 1 Kap., § 2 VII., Rn. 73; so auch Emmerich, Kartellrecht, § 1 I, Rn. 2; vgl. dazu auch Knöpfle, DB 1991, 1433 ff., welcher Wettbewerb als

Ein weiterer Definitionsansatz geht zurück auf die von *Hayek* entwickelte, mittlerweile allgemein anerkannte Konzeption des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren. So definiert *I. Schmidt* Wettbewerb als das Streben von zwei oder mehreren Personen bzw. Gruppen nach einem Ziel, wobei der höhere Zielerreichungsgrad des einen in der Regel einen geringeren Zielerreichungsgrad der übrigen Wettbewerbsteilnehmer zur Folge hat. Kennzeichnend für den Wettbewerb ist demnach die Existenz von Märkten mit mindestens zwei Anbietern oder Nachfragern, die sich antagonistisch verhalten, indem sie durch den Einsatz eines oder mehrerer Aktionsparameter ihren Zielerreichungsgrad zu Lasten anderer Wirtschaftssubjekte verbessern wollen.¹⁶ *Heinrich* definiert den Wettbewerb im Anschluss an die Definition *Hayeks* als dynamisches Ausleseverfahren, bei dem die Wettbewerber das gleiche Ziel verfolgen und außenstehende Dritte darüber entscheiden, wer das Ziel in welchem Umfang erreicht.¹⁷ Inhalt und Ergebnis von Wettbewerbsprozessen bestimmen sich maßgeblich nach den Erfolgsmaßstäben und dem Ausmaß der Zurechnung von Handlungsfolgen.¹⁸ Erfolgsmaßstab des ökonomischen Wettbewerbs sind in Geld messbare Vorteile.¹⁹

2.1.2 Funktionen und Bedingungen des Wettbewerbs

In den Wirtschaftswissenschaften besteht nahezu Einigkeit, dass ein funktionierender ökonomischer Wettbewerb einen essentiellen Bestandteil des bestehenden Wirtschaftssystems darstellt. Darüber hinaus wird zum Teil auch die gesellschaftspolitische Funktion des Wettbewerbs in den Blick genommen.²⁰ Im Folgenden sollen zunächst die verschiedenen Wettbewerbskonzepte vorgestellt werden, aus denen die Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs entwickelt werden. Im Anschluss daran werden die Funktions-zuschreibungen, welche der ökonomische Wettbewerb erfährt, im Einzelnen dargelegt.

die Gesamtheit der wirtschaftlichen Erfordernisse, Risiken und Chancen auffasst, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, dass die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern und Nachfragern wählen können.

16 Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 1 f. mit Verweis auf Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren; in diese Richtung auch Bechtold, in: Bechtold, GWB, Einführung, Rn. 41 ff.; Kiefer, Medienökonomik, S. 100.

17 Heinrich, Media Perspektiven 1992, 338.

18 Heinrich, Media Perspektiven 1992, 338.

19 Heinrich, Media Perspektiven 1992, 338; Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, S. 50.

20 Emmerich, Kartellrecht, § 1, Rn. 7.

2.1.2.1 Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs

Welche Bedingungen vorliegen müssen, damit der Wettbewerb funktionsfähig ist, wird in den verschiedenen Ansätzen der Wettbewerbstheorie unterschiedlich beurteilt. Entsprechend bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, welche gesetzgeberischen Maßnahmen zur Aufrechterhaltung oder Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs aus wettbewerbspolitischer Sicht geboten sind. Im folgenden soll die Entwicklung der Wettbewerbstheorie kurz aufgezeigt werden, um daran anschließend das heute vorherrschende Konzept des dynamischen Wettbewerbs zu erläutern.

2.1.2.1.1 Entwicklung

2.1.2.1.1.1 Klassische Nationalökonomie

Die klassische Nationalökonomie um *Adam Smith* basierte auf dem Konzept, dass ein funktionierender Wettbewerb durch die Gewährleistung größtmöglicher wirtschaftlicher Freiheit für den Einzelnen und die Unternehmen erreicht werde. In einem System wirtschaftlicher Freiheit entstehe durch einen Prozess des Vorstoßens und des Nachziehens gelenkt durch die „unsichtbare Hand des Marktes“ ein für die allgemeine Wohlfahrt optimaler Zustand des Gleichgewichts der Interessen.²¹ Künstliche Wettbewerbshindernisse, insbesondere rechtliche Marktzutrittschranken, seien aufgrund ihrer wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung zu unterlassen. Auch seien dauerhafte Monopolstellungen als Eingriff in die individuelle Wettbewerbsfreiheit und Beeinträchtigung der allgemeinen Wohlfahrt zu verhindern. Vorübergehende Monopolstellungen seien hingegen unschädlich, sofern diese durch das Nachziehen der übrigen Wettbewerber angreifbar und abbaubar seien.²² Die klassische Nationalökonomie sieht demnach die Gewährleistung der Offenheit der Märkte als notwendige Funktionsbedingung des Wettbewerbs und damit als primäres Ziel der Wettbewerbspolitik an.²³

2.1.2.1.1.2 Theorie der vollkommenen Konkurrenz

Aufbauend auf die maßgeblich von *Cournot* geprägte Preistheorie und die Marktformenlehre entwickelte sich die Theorie der vollkommenen Konkurrenz als wettbewerbspolitisches Leitbild.²⁴ Diese verfolgte das Ziel, ein Gleich-

21 Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 2.

22 Emmerich, Kartellrecht, § 1, Rn. 13; Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 3.

23 Emmerich, Kartellrecht, § 1, Rn. 13.

24 Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 24 ff., 38, 46 ff.; Eucken, Grundzüge der Wirtschaftspolitik, S. 292 f.; Emmerich, Kartellrecht, § 1, Rn. 16; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht; § 2, Rn. 77.

gewicht zwischen Einzel- und Gesamtinteressen und damit eine optimale Produktions- und Allokationseffizienz als statisches Endprodukt des Wettbewerbsprozesses zu erreichen (Pareto-Optimum).²⁵ Die Merkmale vollständiger Konkurrenz sind eine große Anzahl an Wettbewerbern und Nachfragern, Homogenität der Güter, Transparenz der Märkte, das Fehlen von Marktzutritts-schranken und eine hohe Reaktionsgeschwindigkeit.²⁶ Nach der Theorie des vollkommenen Wettbewerbs hängt das Funktionieren des Wettbewerbs maßgeblich von den Marktstrukturbedingungen ab.²⁷ Vorrangiges Ziel der Wettbewerbspolitik ist demnach die Reduzierung der strukturellen Marktunvollkommenheiten.

2.1.2.1.1.3 Theorie des monopolistischen Wettbewerbs

Aufgrund der Erkenntnis, dass sich die Bedingungen vollständiger Konkurrenz kaum jemals auf einem Markt erreichen lassen, geht die Theorie vom monopolistischen oder unvollkommenen Wettbewerb *Robinsons* und *Chamberlins* davon aus, dass erst die monopolistische Unvollkommenheit der Märkte den wirtschaftlichen und technischen Fortschritt in einem Wirtschaftssystem erklären könne.²⁸ Die monopolistische Theorie hat dazu geführt, dass Phänomene wie der Randsubstitutionswettbewerb und der potentielle Wettbewerb, Komplementaritätsbeziehungen, Marktzutrittsschranken sowie Netzwerkeffekte verstärkt in den Blick genommen wurden.²⁹

2.1.2.1.1.4 Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs

Ebenso wie die Theorie des monopolistischen Wettbewerbs orientiert sich die Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs an der Analyse von Marktstrukturdefiziten. Dabei wird die Reduzierung von Marktunvollkommenheiten nicht in jedem Fall als geeignet zur Herstellung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs angesehen. Vielmehr könne in einigen Fällen ein funktionsfähiger Wettbewerb nur dadurch gewährleistet werden, dass eine weitere Marktunvollkommenheit den bereits bestehenden Marktunvollkommenheiten entgegengesetzt werde („Gegengiftthese“).³⁰

25 Emmerich, Kartellrecht, § 1, Rn. 16; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht; § 2, Rn. 77.

26 Paschke, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 162; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Kap. 1, § 2 VII., Rn. 77.

27 Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 5.

28 Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 8; Chamberlin, Monopoly and competition and their regulation; Robinson, The economics of imperfect competition.

29 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 1. Kap., § 2 VII. 1., Rn. 87.

30 Emmerich, Kartellrecht, § 1, Rn. 20; Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 9.

2.1.2.1.1.5 Konzept des dynamischen Wettbewerbs

Die von *Schumpeter*, *Kantzenbach* und *Clark* entwickelte „dynamic competition“-Lehre, welche den Wettbewerb als einen dynamischen, ergebnisoffenen Prozess versteht, ist heute herrschend in der Wettbewerbstheorie.³¹ Der dynamische Prozess besteht darin, dass einzelne Pionierunternehmer vorstoßen und Wettbewerber durch die Nachahmung dieses Vorstoßes nachziehen.³² Dieser Prozess ist nur dann möglich, wenn einzelne Unternehmen keine derartigen Machtpositionen innehaben, welche ein Nachziehen der übrigen Unternehmen verhindern. Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs beeinträchtigende wirtschaftliche Machtpositionen sind dann gegeben, wenn einzelne Unternehmen unkontrollierte Verhaltensspielräume am Markt erlangen.³³

Vorübergehende Machtpositionen werden als unschädlich angesehen, sofern insbesondere aufgrund der Offenheit der Märkte zu erwarten ist, dass die Machtpositionen durch den weiteren Wettbewerbsverlauf wieder abgebaut werden.³⁴ Eine Monopolstellung ist daher nur dann als ohne beeinträchtigende Auswirkungen auf den Wettbewerb zu qualifizieren, wenn die Märkte trotz des Monopols so offen sind, dass aufgrund des möglichen Markteintritts von potentiellen Wettbewerbern das Monopolunternehmen mit einer jederzeitigen Bedrohung seiner Machtposition rechnen muss. In einem solchen Fall ist mit einer Monopolsituation kein unkontrollierter Verhaltensspielraum und damit keine die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs beeinträchtigende wirtschaftliche Machtposition verbunden.³⁵ Daher ist gerade bei neuen, im Entstehen begriffenen Märkten, bei denen sich häufig Monopolsituationen ergeben, die

31 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Kap. 1 § 2 VII. 2., Rn. 92; Hayek, Freiburger Studien, S. 249 ff.; Paschke, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 164 ff.; Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 1. Kap. V., S. 10 f.; v. Weizsäcker, in: Böge/Oberender, Effizienz und Wettbewerb, S. 45, 46 mit Verweis auf Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs sowie Clark, Competition as a dynamic process.

32 Paschke, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 164 ff.; v. Weizsäcker, in: Böge/Oberender, Effizienz und Wettbewerb, S. 45, 47.

33 Bunte, Kartellrecht, § 1, I., 2., S. 8; Emmerich, Kartellrecht, § 1, Rn. 9; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 2, Rn. 94; Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 1, Rn. 2.

34 Emmerich, Kartellrecht, § 1, Rn. 21.

35 Eine solche Situation kann insbesondere bei neuen, d.h. in der Einführungsphase befindlichen Märkten zu beobachten sein, vgl. dazu Emmerich, Kartellrecht, § 1, Rn. 6.

Offenhaltung der Märkte eine notwendige Funktionsbedingung des Wettbewerbs.³⁶

2.1.2.1.1.6 Theorie der größtmöglichen Effizienz

Nach der von den Vertretern der Chicago School entwickelten Efficiency Doctrine wird eine hohe Konzentration in den Märkten sowohl bei internem als auch bei externem Unternehmenswachstum als unschädlich erachtet. Eine geringe Anbieterzahl sei entweder das Ergebnis herausragender unternehmerischer Leistungen oder den besonderen Strukturbedingungen im Markt geschuldet.³⁷ Wenn zur Steigerung der produktiven Effizienz eine möglichst geringe Anbieterzahl erforderlich sei, würden Konzentrationsprozesse auch zu einer optimalen Allokation der Güter (allokative Effizienz) führen.³⁸ Maßnahmen zur Realisierung der unter 3.1.2. näher erläuterten Größen- und Verbundvorteile werden aus diesem Grund als für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs förderlich bewertet. Kritisiert wird an dem Ansatz der Chicago School, dass dieser insofern Widersprüche aufweise, als dass eine Unternehmensstrategie, die für das einzelne Unternehmen zu einer optimalen Allokation von Produktionsfaktoren führe, nicht zwangsläufig auch eine gesamtwirtschaftlich optimale Allokation von Ressourcen bewirke.³⁹ Insbesondere wenn sich aufgrund der Steigerung der produktiven Effizienz einzelner Unternehmen ein hoher Konzentrationsgrad oder sogar eine Monopolsituation herausbilde, sei die allokative Effizienz gefährdet, weil die einzelnen Unternehmen unkontrollierte Verhaltensspielräume erlangen würden und entsprechend nicht gewährleistet sei, dass im Rahmen der produktiven Effizienz erlangte Vorteile an die Konsumenten weitergegeben würden.⁴⁰

2.1.2.2 Funktionen des Wettbewerbs

Im Folgenden werden zunächst die ökonomischen Funktionen und danach die gesellschaftspolitischen Funktionen des Wettbewerbs erläutert. Aus dem Zusammenspiel der – maßgeblich durch das jeweilige Wettbewerbskonzept geprägten – Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs und den Funktio-

36 Emmerich, Kartellrecht, § 1, Rn. 21; Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 1. Kap. V., S. 10 f.

37 Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 21 f.

38 Bork, The Antitrust Paradox: A policy at War with Itself; Posner, Antitrust law: An Economic Perspective; Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 1. Kap., VI, 3. a), S. 19 f.

39 Bester, Theorie der Industrieökonomik, S. 147; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 2, Rn. 88.

40 Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 23 f.

nen, welche dem Wettbewerb zugeschrieben werden, ergeben sich Maßstäbe, die bei der Ausgestaltung von Rechtsnormen zur Steuerung des ökonomischen Wettbewerbs zu beachten sind.

2.1.2.2.1 *Ökonomische Funktionen*

Nach der dynamischen Wettbewerbstheorie hat der Wettbewerb in ökonomischer Hinsicht neben einer Antriebsfunktion eine Steuerungs-, Kontroll-, Auslese-, Anpassungs- und Verteilungsfunktion.⁴¹ Ergeben sich zwischen den einzelnen Funktionen des Wettbewerbs oder im Hinblick auf andere außerökonomische Zielsetzungen Zielkonflikte, ist nach einer Ansicht im Rahmen eines Abwägungsprozesses zu entscheiden, welcher Zielsetzung der Vorrang einzuräumen ist (Dilemmathese).⁴² Zum Teil wird als eine solche außerökonomische Zielsetzung, welche diesem Abwägungsvorgang zugänglich ist, auch die Sicherung der Medienvielfalt angesehen.⁴³ Nach dem systemtheoretischen Ansatz *Hoppmanns* müssen Wettbewerbsregeln hingegen zweckneutral, d.h. ohne dass eine bestimmte Wettbewerbsfunktion oder ein sonstiges politisches Ziel in den Blick genommen wird, ausgestaltet werden.⁴⁴ Regelungen zur Steuerung des wirtschaftlichen Wettbewerbs sind nach diesem Ansatz auf die Beseitigung von Wettbewerbshindernissen, insbesondere Marktzutrittsschranken, zu beschränken.⁴⁵ Nach der Theorie der größtmöglichen Effizienz ist die vorrangige Funktion des Wettbewerbs die Steigerung der gesamtgesellschaftlichen, ökonomischen Wohlfahrt.⁴⁶ Zur Bestimmung der im Einzelfall vorrangigen Wettbewerbsfreiheit sind nach diesem Ansatz die

41 Heinrich, Medienökonomie, S. 22; Kiefer, Medienökonomik, S. 101 f.; Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 1, Rn. 2.

42 Kiefer, Medienökonomik, S. 104 ff.; Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 17, 34, 83 ff.

43 Kiefer, Medienökonomik, S. 104.

44 Hopmann, in: Hopmann/Mestmäcker, Normzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 7; vgl. dazu auch Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Kap. 1, § 2 VII. 2., Rn. 93; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 43 f.; Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 1, Rn. 3; Zimmer, WuW 2007, 1198, 1199.

45 Emmerich, Kartellrecht, § 1, Rn. 31; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 2, Rn. 93 ff.; Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 16; Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 1, Rn. 3; Zimmer, WuW 2007, 1198.

46 Bork, The Antitrust Paradox: A policy at War with Itself; Posner, Antitrust law: An Economic Perspective; Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 1. Kap., VI, 3. a), S. 19 f.

widerstreitenden Wettbewerbsfreiheiten am Ziel der größtmöglichen Konsumentenwohlfaht zu messen.⁴⁷

2.1.2.2.2 Gesellschaftspolitische Funktionen

Neben der wettbewerbspolitischen Bedeutung hat der Wettbewerb auch eine gesellschaftspolitische Bedeutung. Diese besteht zum einen in der Innovationsfunktion. Demnach ermöglicht der Wettbewerb die Entdeckung von neuem Wissen und die Zusammenführung und damit gesamtgesellschaftliche Nutzung des auf die einzelnen Wettbewerbsteilnehmer verteilten Wissens.⁴⁸

Zum anderen beinhaltet die gesellschaftspolitische Funktion des Wettbewerbs die Funktion des Wettbewerbs als Entmachtungsinstrument.⁴⁹ Bereits die frühen Nationalökonomten beschrieben Wettbewerb als Verfahren herrschaftsfreier, gesellschaftlicher Koordination, das eine optimale Synthese aus den Zielen Freiheit, Gleichheit und Wohlstand garantiere.⁵⁰ Wettbewerb wird von Franz Böhm als „das großartigste und genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte“ beschrieben.⁵¹ Ein funktionierender Wettbewerb verhindert, dass unkontrollierte Verhaltensspielräume im wirtschaftlichen Wettbewerb entstehen.⁵² Auch die Chance der politischen Willensdurchsetzung kann auf ökonomischen Ressourcen beruhen. Nach *Weber* bedeutet Macht „die Chance innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht“.⁵³ Durch die Begrenzung wirtschaftlicher Macht verhindert ein funktionierender Wettbewerb, dass wirtschaftliche Machtpositionen ungleichgewichtige Einflussnahmepotentiale auf staatliche Institutionen und politische Entscheidungsträger bewirken.⁵⁴

47 v. Weizsäcker, WuW 2007, 1078, 1079 f.

48 Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, S. 132 ff.; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 2, Rn. 92; vgl. dazu auch Zimmerlich, Markmacht in dynamischen Märkten, S. 61 ff.

49 Bunte, Kartellrecht, § 1 I., S. 2; Müller, in: Wandtke, Medienrecht, Teil 3 Kapitel 2 Medienkartellrecht, Rn. 88; insofern kritisch im Hinblick auf den Ansatz der Chicago School Christiansen, WuW 2005, 285, 289; Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 23.

50 Emmerich, Kartellrecht, § 1, Rn. 13 mit Verweis auf Smith, An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations, S. 103, 500 ff.

51 Böhm, in: Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht, Kartelle und Monopole im modernen Recht, S. 1, 22.

52 Emmerich, Kartellrecht § 1, Rn. 9; Kiefer, Medienökonomik, 3.3.2., S. 105; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Kap. 1, § 2 VII. 2., Rn. 97.

53 Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 28.

54 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Kap. 1, § 2 VII. 3., Rn. 99.

2.2 Publizistischer Wettbewerb

Das Konzept des publizistischen Wettbewerbs wird insbesondere in der medienökonomischen Literatur behandelt. Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in der rechtswissenschaftlichen Literatur hat es Beachtung gefunden. Im Vergleich zu dem Konzept des ökonomischen Wettbewerbs ist der in Bezug auf den publizistischen Wettbewerb erreichte Forschungsstand weit weniger umfangreich und weniger komplex. Viele der im Folgenden dargestellten Ansätze zur Definition und Funktionsbeschreibung des publizistischen Wettbewerbs haben sich in Anlehnung oder bewusster Abgrenzung zu den Definitionsansätzen und Konzeptionen des ökonomischen Wettbewerbs entwickelt.

2.2.1 Definition

Der publizistische Wettbewerb wird oftmals als „Meinungsmarkt“ oder „marketplace of ideas“, also die Konkurrenz um Gedanken, Meinungen und Argumente definiert.⁵⁵ Auch das Bundesverfassungsgericht beschreibt den publizistischen Wettbewerb als einen Prozess der argumentativen Auseinandersetzung, in welcher sich geäußerte Meinungen behaupten können oder korrigieren müssen.⁵⁶ Zur Verdeutlichung der konzeptionellen Unterschiede zwischen dem wirtschaftlichen und dem publizistischen Wettbewerb wird in der Literatur teilweise anstelle von einem Markt von einem Forum gesprochen, welches die öffentliche Meinungsbildung ermöglicht.⁵⁷

Ein zumindest vorübergehendes Ergebnis dieses Meinungswettbewerbs ist die Bildung einer öffentlichen Meinung, die jedoch im weiteren Verlauf des Entdeckungsprozesses wieder in Frage gestellt wird.⁵⁸ Denn wenn eine Meinung vorherrscht, führt dies zu einem Innovationsdruck bei den übrigen Wettbewerbsteilnehmern in der Form, dass bestehende Argumente und Konzepte in

55 Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 10 Kartellrecht, Rn. 10; Goldhammer/Wiegand/Karenfort u. a., Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen der Telemedien des Bayerischen Rundfunks, <http://www.br-online.de/content/cms/Universalseite/2010/06/21/cumulus/BR-online-Publikation-ab-01-2010--160990-20100709091541.pdf>, zuletzt geprüft am 10.06.2012, S. 10 f.; Hildebrand/Böge, Prüfung der marktrelevanten Auswirkungen bei KI.KAPlus, S. 34; Immenga, ZWeR 2004, 329, 334.

56 BVerfGE 57, 295, 323; 74, 297, 332; 80, 124, 135; vgl. dazu auch Immenga, ZWeR 2004, 329, 334.

57 Engel, Medienordnungsrecht, S. 49; Kübler, AfP 2002, 277, 281.

58 Hoppmann, in: Mestmäcker, Offene Rundfunkordnung, S. 163, 185.

Frage gestellt und neue Ideen entwickelt werden.⁵⁹ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Begriff der öffentlichen Meinung nicht einheitlich definiert wird. So kann, wie insbesondere *Neuberger/Lobigs* herausgearbeitet haben, die öffentliche Meinung als Summe der in der Gesellschaft vorhandenen Einzelmeinungen, welche sich in dem – durch Meinungsumfragen zu ermittelnden – Mehrheitswillen ausdrückt oder als Ergebnis eines überindividuellen öffentlichen Diskurses aufgefasst werden, welchen die Bürger und Institutionen einer Gesellschaft miteinander führen und welcher den gesellschaftlichen Willensbildungsprozess leitet.⁶⁰ Dabei stehen die beiden Definitionsvarianten nicht in einem Alternativverhältnis zueinander, sondern ergänzen sich. Je nachdem, welchen Bezugspunkt die öffentliche Meinungsbildung hat, lässt sich deren Ergebnis sachgerechter mit quantitativen oder mit qualitativen Kriterien messen.

Nach der Definition des publizistischen Wettbewerbs als Meinungswettbewerb im oben beschriebenen Sinn bleibt unberücksichtigt, dass die Charakterisierung als „publizistisch“ auf eine Ausrichtung an publizistischen Kriterien schließen lässt. Derartige publizistische Kriterien sind insbesondere Universalität, Aktualität, die eigene Bewertung sowie die Nutzung multipler Informationsquellen.⁶¹ Dabei sind das Selbstverständnis des Akteurs und auch die Erwartungshaltung des Rezipienten darauf gerichtet, dass Beiträge zum öffentlichen Meinungsbildungsprozess am Kriterium der gesellschaftlichen Relevanz ausgewählt werden.⁶² Der publizistische Wettbewerb ist daher als ein Meinungs-

59 Braun, Massenmedien und Gesellschaft, S. 95 ff.; Hoppmann, in: Mestmäcker, Offene Rundfunkordnung, S. 163, 180; Klein, Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten, S. 52.

60 Neuberger/Lobigs, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, S. 16, http://www.kek-online.de/kek/information/publikation/alm-band_43.pdf, zuletzt geprüft am 10.06.2012; s. dazu auch Hoppmann, in: Mestmäcker, Offene Rundfunkordnung, S. 163, 179; Röpke, Publizistik 1970, 98; Röpke, Schmollers Jahrbuch 1970, 171; Roessing, Öffentliche Meinung - die Erforschung der Schweigespirale; Schweizer/Weihermüller, Publizistik 2008, 535, in Richtung der letztgenannten Perspektive auch Bethge, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 5, Rn. 18; Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, S. 35; Janik, AfP 2002, 104, 105.

61 Vgl. zu den Merkmalen der Publizistik Neuberger/Lobigs, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, S. 22 ff., http://www.kek-online.de/kek/information/publikation/alm-band_43.pdf, zuletzt geprüft am 10.06.2012; Schulz/Held/Kops, Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation, S. 84 ff.

62 Vgl. dazu umfassend Luhmann, Die Realität der Massenmedien, S. 169 ff.; Marcinkowsky, Publizistik als autopoietisches System, S. 35 ff.; Marcinkowsky, *Communicatio Socialis* 2001, 99 ff.; Riesmeyer, Wie unabhängig ist Journalismus?: zur Konkretisierung der Determinationstheorie, S. 25 ff.

entdeckungsverfahren im oben beschriebenen Sinne zu definieren, welches sich an publizistischen Kriterien orientiert.⁶³

In enger Verknüpfung mit der Frage nach der Definition des publizistischen Wettbewerbs stellt sich die Frage, wer als Akteur dieses Wettbewerbs zu qualifizieren ist. Nach allgemeiner Ansicht sind dies jedenfalls die unternehmerischen Einheiten, die gemeinhin als Medienunternehmen bezeichnet werden. Die „Medien“ wirken als Medium und Faktor der Meinungsbildung in zweifacher Hinsicht auf die Meinungsbildung ein: Sie vermitteln Einzelmeinungen und ein in der Bevölkerung vorherrschendes Meinungsklima, wobei die Medienanbieter durch die Auswahl und Darstellung der Meinungen sowie durch eine redaktionelle Linie und kommentierende Stellungnahme auch selbst zur Meinungsbildung beitragen.⁶⁴ Nach dem Konzept des publizistischen Wettbewerbs als reiner Ideenwettbewerb könnte auch derjenige, welcher sich – ohne die beschriebene doppelte Mediums- und Faktorfunktion aufzuweisen – in irgendeiner Weise öffentlich äußert, also Informationen oder Meinungen, seien es eigene oder fremde, öffentlich zugänglich macht, als Akteur des publizistischen Wettbewerbs qualifiziert werden.⁶⁵ Nach dem weiteren Definitionsmerkmal der Orientierung an publizistischen Kriterien ist jedoch auch für die Qualifizierung als am publizistischen Wettbewerb mitwirkendes Subjekt eine solche Orientierung zu fordern. Nach diesem Begriffsverständnis sind also nicht alle Akteure, die am öffentlichen Meinungsbildungsprozess mitwirken, auch Akteure des publizistischen Wettbewerbs, sondern nur diejenigen, die sich dabei erkennbar an publizistischen Kriterien orientieren. Diese Voraussetzungen erfüllen insbesondere journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote. Aber auch unterhalb der Schwelle der journalistisch-redaktionellen Gestaltung können Kommunikatoren als Akteure des publizistischen Wettbewerbs qualifiziert werden, sofern sie sich für die Rezipienten erkennbar an publizistischen Kriterien orientieren. So bilden sich insbesondere im Bereich der Blogs Akteure heraus, die zwar nicht redaktionell organisiert sind, allerdings die Systemmerkmale der Publizistik erfüllen. Nicht

63 Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 10 Kartellrecht, Rn. 11; Buchholtz, ZUM 1998, 108, 110; Heinrich, Media Perspektiven 1992, 338, 339; Wiring, Pressefusionskontrolle im Rechtsvergleich, S. 161; Rösler, JZ 2009, 438; in diese Richtung auch Trafkowski, Medienkartellrecht, S. 8; sowie Stock, in: Hoffmann-Riem, Rundfunk im Wettbewerbsrecht, S. 35, 71; vgl. hierzu auch Immenga, AfP 1989, 621, 623; Stammler, ZUM 1995, 104, 109.

64 BVerfGE 12, 205, 260; 20, 162, 175.

65 Hoffmann-Riem, Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, S. 23; Neuberger/Lobigs, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, 27 ff., http://www.kek-online.de/kek/information/publikation/alm-band_43.pdf, zuletzt geprüft am 10.06.2012.

als Akteure des publizistischen Wettbewerbs sind hingegen sich öffentlich äussernde Individuen sowie politische Akteure, Interessenverbände, Nichtregierungsorganisationen und andere organisierte Interessen zu qualifizieren. Die Akteure, die als Teilnehmer am publizistischen Wettbewerb qualifiziert werden können, bereiten in Form ihrer Angebote das Forum, auf welchem sonstige Akteure am öffentlichen Meinungsbildungsprozess mitwirken können.⁶⁶

Die Definition des publizistischen Wettbewerbs, welcher hier gefolgt wird, steht auch im Einklang mit dem Schutzgewährleistungsauftrag, den das Verfassungsrecht dem Gesetzgeber aufgibt. Der Gewährleistungsgehalt des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG bezieht sich gerade deshalb auf die Massenkommunikationsmittel, weil diese nicht nur Faktor, sondern auch Medium der Meinungsbildung sind. Die Doppelrolle als Medium und Faktor des öffentlichen Meinungsbildungsprozesses – mit welcher besondere Gefährdungslagen verbunden sind, auf die im verfassungsrechtlichen Teil dieser Arbeit noch einzugehen sein wird – begründet ein gegenüber dem der Individualkommunikation, welche von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG erfasst ist, abweichendes Schutzbedürfnis.⁶⁷

2.2.2 Erfolgsmaßstäbe

Während der individuelle Erfolg im wirtschaftlichen Wettbewerb ganz überwiegend anhand der Umsatzzahlen bzw. des monetären Gewinns gemessen wird, wird die Frage, welches die maßgeblichen Kriterien sind, mit denen der Erfolg im publizistischen Wettbewerb gemessen werden kann, nicht einheitlich beantwortet. Während überwiegend die Erfolgsmaßstäbe des publizistischen Wettbewerbs den oben genannten Definitionselementen der öffentlichen Meinung entnommen werden und dementsprechend als Erfolg im publizistischen Wettbewerb das Erzielen einer zumindest vorübergehenden mehrheitlichen Akzeptanz der Richtigkeit einer Aussage oder Idee angesehen wird,⁶⁸ ziehen andere die publizistische Qualität in einem objektiven Sinn, also die Aktualität einer Infor-

66 Vgl. dazu Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, S. 168 ff.

67 Schulz/Held/Kops, Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation, S. 35.

68 Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 10 Kartellrecht, Rn. 11; Buchholtz, ZUM 1998, 108, 110; Heinrich, Media Perspektiven 1992, 338, 339; Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, S. 35; Hoffmann-Riem, Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, S. 43, der als Voraussetzung der Wahrheitsfindung auch eine gewisse Vielfalt an Informationen fordert; Klein, Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten, S. 51; Rösler, JZ 2009, 438, 438; Trafkowski, Medienkartellrecht, S. 8; Wiring, Pressefusionskontrolle im Rechtsvergleich, 152.