

gleichzeitig die des Diskriminierungsopfers erweitert.<sup>78</sup> Denn dieses hat nun tatsächlich und nicht nur theoretisch die Möglichkeit, seine/ihre positive Abschlussfreiheit auszuüben. Erst dadurch stehen sich zwei wirklich autonome Parteien gegenüber.<sup>79</sup> Es ist nicht ersichtlich, warum diese Interessen und Rechte vollständig hinter die Privatautonomie des/der Benachteiligten zurücktreten sollten. Die Privatautonomie darf nicht zu einer diskriminierungsblinden Gesellschaft führen. Somit stehen der Annahme eines Kontrahierungszwangs auch keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen.

### VIII. Beweislastregel des § 22 AGG

Will der/die Benachteiligte seinen Anspruch vor Gericht durchsetzen, so muss er nach dem grundsätzlichen zivilrechtlichen Beweislastprinzip die anspruchsbegründenden

<sup>78</sup> Baer, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? Die deutsche Debatte um das Antidiskriminierungsrecht, ZRP 2002, 290 (292); Wendt/Schäfer, JuS 2009, 206 (209).

<sup>79</sup> Baer, ZRP 2002, 290 (292).

den Tatsachen beweisen<sup>80</sup>, also auch, dass eine Benachteiligung wegen eines Merkmals stattgefunden hat.

In der Praxis wird der/die Anspruchssteller/in regelmäßig in Beweisnot geraten. Diesem Problem soll durch § 22 AGG Abhilfe geschaffen werden. Diese Norm verteilt die Beweislast in der Weise, dass die anspruchstellende Partei lediglich Indizien glaubhaft machen muss, die eine unzulässige Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Merkmale vermuten, also als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen.<sup>81</sup> Gelingt dies, muss die gegnerische Partei beweisen, dass eine solche Diskriminierung nicht erfolgt ist.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl. 2005, § 22 Rn. 6.

<sup>81</sup> Hier herrscht Streit darüber, ob die Beweislastumkehr auch hinsichtlich des Vorliegens einer Benachteiligung gilt oder ob sie dem/der Anspruchssteller/in nur bezüglich der Kausalität zwischen Diskriminierungsmerkmal und Benachteiligung zu Gute kommt. Für ersteres sprechen sowohl der Gesetzeswortlaut als auch die Regelungen der Richtlinien, für letzteres dagegen die Gesetzesmaterialien, vgl. Gaier/Wendtland, AGG, 2006, § 3 Rn. 137.

<sup>82</sup> Wörl, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, § 11.

Fabian Jeschke\*

## Medienspezifische Bezüge des Kartellrechts

*Der Beitrag beleuchtet, welche Bedeutung das dem Wirtschaftsrecht zuzuordnende Kartellrecht für medienrechtliche Fragestellungen hat. Nach Darstellung der Regelungsziele und der wesentlichen Rechtsquellen des Kartellrechts orientiert er sich an dessen drei Regelungsgegenständen und veranschaulicht nach deren Vorstellung jeweils anhand von Beispielen, dass gegenwärtigen Gestaltungen medienbezogener Sachverhalte häufig kartellrechtliche Überlegungen zu Grunde liegen. Der Beitrag zeigt außerdem auf, wo sich ihrerseits medienspezifische Überlegungen unmittelbar in kartellrechtlichen Regelungen niedergeschlagen haben.*

### I. Einleitung

Eine auf Marktprozesse gestützte Wirtschaftsordnung wie die der Bundesrepublik kann nach allgemeiner Auffassung nicht ohne eine regulierende Umhegung auskommen. Diese Funktion nimmt in erster Linie das Kartellrecht wahr. Hintergrund kartellrechtlicher Regelungen ist die Gefahr, dass die Ballung ökonomischer Macht zu einer Beschränkung der Freiheiten aller anderen führt, als Abnehmer/-in, Anbieter/-in oder

Konkurrent/-in aufzutreten,<sup>1</sup> etwa indem der Zugang zu Märkten künstlich erschwert wird. Besonders nachteilig wirkt sich insofern Machtkonzentration bei infrastrukturellen Einrichtungen aus, da so Personen und Unternehmen gezielt bei der Wahrnehmung ihrer Freiheit benachteiligt werden können. Mit anderen Worten dürfen die Wettbewerbsbedingungen nicht durch ein Privatsubjekt einseitig und endgültig festgelegt werden. Neben diesem gesellschaftspolitischen Interesse ist ein funktionsfähiger Wettbewerb auch unter dem Gesichtspunkt gesamtwirtschaftlicher Wohlfahrt notwendig.<sup>2</sup> Eine optimale Verteilung von Ressourcen und die Erhaltung der Innovationsfähigkeit einer Volkswirtschaft sind nur dann gewährleistet, wenn sich die Produkte und deren Preise an den Präferenzen der Kunden orientieren. Das ist beispielsweise dann nicht mehr der Fall, wenn mangels Konkurrenz Preise beliebig festgesetzt werden können.

\* Dipl.-Jur., Referendar am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg.

<sup>1</sup> Emmerich, Kartellrecht, 12. Aufl. 2012, § 1 Rn. 5.

<sup>2</sup> Bunte, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 11. Aufl. 2011, Einführung zum GWB, Rn. 63.

nen und dementsprechend gleichzeitig auch kein Wettbewerb um die Qualität des Produkts mehr stattfindet.

Normatives Leitbild des Kartellrechts ist deswegen der Schutz der Funktionsbedingungen eines freien Wettbewerbs. Das Kartellrecht ist insofern Ausfluss der gesetzgeberischen Verantwortung, eine Wirtschafts- und damit auch die Gesellschaftsordnung funktionsfähig zu halten. Für diese Zwecke weist es drei verschiedene strategische Stoßrichtungen auf: Das Verbot Kartelle zu bilden, die Missbrauchsaufsicht und die Zusammenschlusskontrolle. Auch im Mediensektor ist das Kartellrecht ein entscheidendes Regulierungsinstrument, weil sich die Konkurrenz von Medienunternehmen um Werbekunden und um die Kauf- oder Nutzungsentcheidung des Publikums in erster Linie in privatwirtschaftlichen Strukturen verwirklicht.<sup>3</sup> Dabei kommt es zu einigen medienspezifischen Anpassungen, die auf die Bedeutung von Konzentrationsentwicklungen für die öffentliche Meinungsbildung zurückzuführen sind. Im Folgenden soll ein Einblick in die Grundzüge des Kartellrechts und seine wichtigsten medienspezifischen Besonderheiten gegeben werden.

## II. Rechtsquellen des Kartellrechts

Die nationalen kartellrechtlichen Vorschriften sind mit wenigen Ausnahmen maßgeblich durch die Vorgaben europäischen Rechts geprägt. Die primärrechtlichen Direktiven enthalten in erster Linie die Artt. 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).<sup>4</sup> Eine präzisierende Verordnung des Rates der Europäischen Union<sup>5</sup> bestimmt seit dem 01.05.2004, dass Sachverhalte mit zwischenstaatlichem Bezug ausschließlich an den Maßstäben des europäischen Rechts gemessen werden müssen.<sup>6</sup> Seit Ende der 1990er-Jahre ist der Gesetzgeber aber ohnehin bestrebt, das deutsche Kartellgesetz, das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), weitgehend mit der europäischen Rechtslage zu harmonisieren.<sup>7</sup> Das ist verständlich, da zum einen die ansonsten unterschiedliche Behandlung zu einer genaueren, aber schwierigen Abgrenzung der Zwischenstaatlichkeitsklausel zwingen würde;<sup>8</sup> zum anderen, weil sich von der Anpassung im deutschen Recht ebenfalls ein Ge-

winn an Rechtssicherheit und eine Verringerung bürokratischer Vorgänge versprochen wurde.<sup>9</sup> Bei der Missbrauchsaufsicht und der Zusammenschlusskontrolle finden sich im GWB aber nach wie vor Regelungen von eigener materiell-rechtlicher Bedeutung.<sup>10</sup> Die EU-Kommission hat zur weiteren Konkretisierung im Bereich des Kartellverbotes für bestimmte Verhaltensweisen und Branchen sog. Gruppenfreistellungsverordnungen nach Art. 101 III AEUV erlassen.<sup>11</sup> Mit deren Hilfe soll die Beurteilung der Vielzahl kartellrechtlich relevanter Vorgänge vereinfacht werden, da von einer grundsätzlichen Zulässigkeit kartellrechtlicher Vorgänge ausgegangen wird und erst in einem zweiten Schritt gefragt werden muss, ob nicht ein Verbotstatbestand einschlägig ist. Die Gruppenfreistellungsverordnungen gelten, wie alle EU-Verordnungen, in den Mitgliedstaaten unmittelbar.<sup>12</sup> Zwei weitere kartellrechtliche Verordnungen betreffen zwischenstaatliche Unternehmenszusammenschlüsse. Die Fusionskontrollverordnung (FKVO)<sup>13</sup> und deren Durchführungsverordnung<sup>14</sup> lassen in ihrem Anwendungsbereich ebenfalls – wie auch das übrige europäische Kartellrecht – für die Anwendung nationaler Bestimmungen grundsätzlich keinen Raum mehr.<sup>15</sup> Für den Bereich der Missbrauchsaufsicht existieren hingegen keine eigenen konkretisierenden EU-Verordnungen.

Neben dem GWB gibt es im nationalen Recht noch einige sektorspezifische Kartellgesetze, die in Abkehr von dem umfassenden Ansatz des GWB für bestimmte Märkte Sonderregelungen vorsehen. Dazu zählen vor allem Märkte, die bisher von einer Monopolstellung öffentlicher Unternehmen geprägt waren und in denen ein funktionierender Wettbewerb nur durch Aufhebung des Monopols noch nicht gewährleistet ist.<sup>16</sup>

## III. Die Regelungsgegenstände des Kartellrechts

### 1. Das Kartellverbot

#### a) Grundlegendes

Art. 101 I AEUV verbietet alle zwischen Unternehmen untereinander abgestimmten Vorgänge, die den Han-

<sup>3</sup> Begrifflich ist es daher zutreffend, eher von medienrechtlichen Aspekten des Kartellrechts zu sprechen, als von kartellrechtlichen Aspekten des Medienrechts (s. *Petersen*, Medienrecht, 5. Aufl. 2010, § 9 Rn. 1).

<sup>4</sup> Ehemals Artt. 81 und 82 des EG-Vertrags.

<sup>5</sup> Siehe Art. 103 AEUV.

<sup>6</sup> Art. 3 I Verordnung Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artt. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

<sup>7</sup> Eine weitere Anpassung an das Europarecht in einigen weiteren, noch nicht harmonisierten Fragen, soll mit der 8. Novelle des GWB (BT-Drucks. 17/9852) vorgenommen werden, die zurzeit im Vermittlungsausschuss des Bundestages beraten wird.

<sup>8</sup> So zutreffend schon *Emmerich*, KartellR, 10. Aufl. 2006, § 2 Rn. 11.

<sup>9</sup> Begründung des Regierungsentwurfs der 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640, S. 21.

<sup>10</sup> *Emmerich*, KartellR, 12. Aufl. 2012, § 20 Rn. 3.

<sup>11</sup> Z. B. die Verordnung Nr. 461/2010 vom 27.05.2010 (Kraftfahrzeug-Branche), Verordnung Nr. 1217/2010 vom 14.12.2010 (Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen) und die Verordnung Nr. 330/2010 vom 20.04.2010 (vertikale Vereinbarungen). Zu den einzelnen Gruppenfreistellungsverordnungen siehe die Kommentierung in *Liebscher/Flohr/Petsche*, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, 2. Aufl. 2012, § 7 ff.

<sup>12</sup> Siehe Art. 288 S. 3 AEUV.

<sup>13</sup> Verordnung Nr. 139/2004 vom 20.01.2004.

<sup>14</sup> Verordnung Nr. 802/2004 vom 07.04.2004.

<sup>15</sup> Siehe Art. 21 II, III FKVO.

<sup>16</sup> *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, KartellR, Bd. 1, 11. Aufl. 2011, Einführung zum GWB, Rn. 41. Dazu gehört der Telekommunikations- und Postsektor (Telekommunikationsgesetz bzw. Postgesetz) sowie die Eisenbahn- und Energieinfrastruktur (Allgemeines Eisenbahngesetz bzw. Energiewirtschaftsgesetz).

del zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können und die eine Beschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken.<sup>17</sup> Gegen dieses Verbot verstoßende Vereinbarungen und Beschlüsse sind nichtig (Art. 101 II AEUV).<sup>18</sup> Die Frage, wann eine Beschränkung des Wettbewerbs vorliegt, ist umstritten.<sup>19</sup> Entsprechend der genannten gesellschaftspolitischen Zielrichtung des Wettbewerbs liegt es aber nahe, jedenfalls nicht nur auf die Einschränkung der Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen abzustellen, sondern auch die Auswirkungen auf Dritte, namentlich den Verbraucher, einzubeziehen. Diese Herangehensweise entspricht auch der Entscheidungspraxis sowohl von deutschen Behörden und Gerichten, als auch der europäischen Institutionen.<sup>20</sup> Wichtiges, sich nicht aus dem Gesetz ergebendes Kriterium ist das Erfordernis der Spürbarkeit der Beschränkung.<sup>21</sup> Aufgegriffen werden durch die Kommission nur solche Sachverhalte, bei denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Marktanteile überschreiten.<sup>22</sup> Die diesem Vorgehen zugrunde liegende sog. De-Minimis-Bekanntmachung soll aber nur für die Frage der Beschränkung des Wettbewerbs gelten, nicht auch für die Beurteilung der Zwischenstaatlichkeit. Für letztere Frage spielen vor allem die Umsatzzahlen eine Rolle.<sup>23</sup> Das Bundeskartellamt verfährt für rein nationale Sachverhalte nach Kriterien, die der De-Minimis-Bekanntmachung entsprechen.<sup>24</sup>

#### b) Medienrechtliche Bezüge des Kartellverbots

Medienspezifische Bedeutung hat dieser Bereich des Kartellrechts etwa für die Vermarktung von Sportveranstaltungen. Betroffen ist insbesondere der zentralisierte Verkauf der Übertragungsrechte von Fußballspielen der Champions League, der Bundesliga und anderer nationaler Ligen durch die jeweiligen Verbände.<sup>25</sup> Für die mediale Vermarktung der Spiele der Fußball-Bundesliga nimmt der Deutsche-Fußball-Bund (DFB) für sich in Anspruch, mit den Sendern Verträge über die Über-

tragung abzuschließen,<sup>26</sup> obwohl die jeweiligen Vereine als Veranstalter Inhaber der Übertragungsrechte sind<sup>27</sup> und deswegen ein Verein seine eigenen (Heim-)Spiele grundsätzlich auch selbst vermarkten könnte. Dies ist für Spitzenvereine unter Umständen attraktiv, weil sie so gegenüber der Zentralvermarktung möglicherweise einen höheren Erlös erzielen würden. Eine solche zentrale Vermarktung der TV-Rechte stellt deshalb grundsätzlich eine Wettbewerbsbeschränkung dar. Der nationale Gesetzgeber hatte darin aber keine besondere Schädlichkeit gesehen und für den Sport eine – mittlerweile wieder entfallene – Ausnahme vom Kartellverbot geschaffen (§ 31 GWB a. F.). Das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission halten Zentralvermarktungen aber unter bestimmten Umständen für zulässig (freistellungsfähig), insbesondere wenn der Verbraucher angemessen berücksichtigt wird.<sup>28</sup> Die gegenwärtige Aufteilung der Übertragung auf das Bezahlfernsehen und das freie empfangbare Fernsehen mit der Zusammenfassung der Ligaspiele noch am Samstagabend ist deshalb auch Folge kartellrechtlicher Vorgaben.

Eine andere, ähnliche Art der Kooperation wählten einige überregionale Tageszeitungen, um durch die gemeinsame Akquise von Stellenangeboten unter einem Dach ein Gegengewicht zum Marktführer in diesem Bereich, der „FAZ“, zu schaffen. Die Zulässigkeit dieser Form des Kartells, bei dem die Beteiligten auf Wettbewerb untereinander verzichteten, wurde schließlich vom BGH bejaht, weil wegen der damit auf überregionaler Ebene erstmals eingetretenen Konkurrenz ein verstärkter Preiswettbewerb zum Vorteil des Verbrauchers erwartet wurde.<sup>29</sup>

Ein weiterer medienrechtlicher Aspekt des Kartellrechts findet sich in § 30 GWB. Danach ist es Verlegern erlaubt, ihren Abnehmern (hier typischerweise den sog. Grossisten) vorzuschreiben, zu welchem Preis Zeitungen und Zeitschriften weiterveräußert werden dürfen und dass diese Preisbindung auch bis zur letzten Handelsstufe weitergegeben werden muss. Ein Eingriff in die Preisgestaltung durch eine solche sog. vertikale Preisbindung ist ansonsten grundsätzlich ein Verstoß gegen § 1 GWB. Mit § 30 GWB soll sichergestellt werden, dass Zeitungen und Zeitschriften überall und zu einheitlichen Preisen verfügbar sind, sodass die Bürger/-innen sich unabhängig von ihrem Wohnort unter den gleichen Voraussetzungen eine Meinung bilden können.<sup>30</sup> Insofern weist die Regelung des § 30 GWB einen verfassungsrechtli-

17 Fast gleichlautend: § 1 GWB.

18 Für das deutsche Recht ergibt sich diese Rechtsfolge aus § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB.

19 Zum Streitstand: *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 101 I AEUV, Rn. 107 ff.

20 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 GWB, Rn. 154.

21 Ständige Rechtsprechung seit EuGH vom 30.06.1966, Rs. C-56/65 - LTM.

22 Die Schwelle liegt grundsätzlich bei 15%. Handelt es sich um Wettbewerber, ist sie auf 10% abgesenkt. Für den Sonderfall, dass ein Markt zu 30% von parallelen Netzen von Vereinbarungen durchzogen ist, greift die Kommission wegen der damit verbundenen Abschottungswirkung schon bei einem Gesamtanteil von 5% ein. Siehe De-Minimis-Bekanntmachung der Kommission vom 22.12.2001, Tz. 7f.

23 De-Minimis-Bekanntmachung, Tz. 3.

24 *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn. 145.

25 Ab 2014 werden zudem die Qualifikationsspiele für die Nationalmannschaftswettbewerbe ebenfalls zentral durch die UEFA vermarktet.

26 Er hat dieses Recht der Zentralvermarktung aber mittlerweile auf die Deutsche Fußball Liga GmbH (DFL) übertragen.

27 *Petersen*, MedienR, 5. Aufl. 2010, § 9 Rn. 45.

28 Siehe § 2 GWB und Art. 101 III AEUV.

29 BGHZ 151, 260 (271 ff.). Zu diesem Fall: *Beater*, Medienrecht, 2007, Rn. 820f.

30 Begründung des Regierungsentwurfs zum GWB, BT-Drucks. 14/9196, 14.

chen Bezug zu Art. 5 I GG auf,<sup>31</sup> der in seiner objektiven Dimension auf den Schutz des Meinungsbildungsprozesses gerichtet ist.<sup>32</sup>

## 2. Die Missbrauchsaufsicht

### a) Grundlegendes

Den zweiten Pfeiler des Kartellrechts bildet die Missbrauchsaufsicht. Verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer bestehenden marktbeherrschenden Stellung (§ 19 I GWB; Art. 102 S. 1 AEUV). Die Begründung marktbeherrschender Stellungen, etwa durch wirtschaftlichen Erfolg, kann und soll hingegen nicht mit der Missbrauchsaufsicht reguliert werden.<sup>33</sup> Für das Vorliegen einer Marktbeherrschung kommt es zunächst auf die schwierige Bestimmung des relevanten Marktes an.<sup>34</sup> Die Abgrenzung erfolgt in sachlicher und räumlicher Hinsicht. Bei der Suche nach dem sachlich relevanten Markt wird allgemein mit dem sog. Bedarfsmarktkonzept operiert, das auf die Austauschbarkeit von Produkten oder Dienstleistungen aus der Sicht von Nachfragern bzw. Anbietern abstellt.<sup>35</sup> Die Kommission behilft sich insofern mit dem sog. SSNIP<sup>36</sup>-Test, bei dem die Frage gestellt wird, ob als Reaktion auf eine kleine, aber bleibende Preiserhöhung auf ein anderes Angebot ausgewichen würde.<sup>37</sup> Zum räumlichen Markt gehören alle Unternehmen, die aus der Sicht der Abnehmer als austauschbare Bezugsquellen in Betracht kommen.<sup>38</sup> Eine beherrschende Stellung auf dem gefundenen Markt liegt vor, wenn das in Frage stehende Unternehmen in der Lage ist, die Wettbewerbsbedingungen merklich zu beeinflussen, d. h. insbesondere die Preise festzulegen, ohne dass es seinerseits auf das Verhalten der Konkurrenten nennenswerte Rücksicht zu nehmen braucht.<sup>39</sup> Als wesentlicher Indikator für Marktmacht fungieren wieder die Marktanteile.<sup>40</sup> Es liegt auf der Hand, dass eine marktbeherrschende Stellung jedenfalls bei einem Monopol vorliegt.<sup>41</sup> Feste Vorgaben existieren allerdings nicht. Anhaltspunkte lie-

fern die Vermutungsregeln des § 19 III GWB, wonach beispielsweise eine Einzelbeherrschung bei 30 % Marktanteil widerlegbar angenommen wird. In einem Fall wurde eine Marktbeherrschung – auf einem regionalen Großhandelsmarkt für Schnittblumen – schon bei einem Anteil von 12 % angenommen, da die Anteile insgesamt stark zersplittert waren und eine starke Finanzkraft erschwerend hinzu kam.<sup>42</sup> Der nationale Gesetzgeber hat in § 19 IV Nr. 1–4 GWB einige Regelbeispiele normiert, bei denen ein Missbrauch angenommen werden kann.

### b) Medienrechtliche Bezüge der Missbrauchsaufsicht

Medienrechtlich relevant sind darunter insbesondere § 19 IV Nr. 4 GWB und der sich damit teilweise überschneidende § 20 GWB.<sup>43</sup> Damit wird der Fall erfasst, in dem ein Unternehmen, welches Netze oder andere Infrastruktureinrichtungen kontrolliert, anderen den Zugang dazu verweigert. Da der Aufbau einer konkurrierenden Infrastruktur häufig ökonomisch nicht durchführbar ist und deswegen ein Wettbewerb ganz ausbliebe,<sup>44</sup> muss das Unternehmen die Mitbenutzung, freilich gegen ein angemessenes Entgelt, dulden und darf gleichartige Unternehmen in dieser Frage nicht diskriminieren (sog. „essential facility“-Doktrin). Das kann beispielsweise für die TV-Sender gelten, die Informationen zu ihrem Programm – oft inklusive begleitendem Bildmaterial – vorab in sog. Presselounges zur Verfügung stellen. Diese Informationen sind häufig durch Urheber- und verwandte Schutzrechte geschützt, also nicht gemeinfrei. Bezogen auf die Bereitstellung dieser Informationen sind die TV-Sender marktbeherrschend. Wenn ein Sendeunternehmen nun diese Informationen den Anbietern von gedruckten Fernsehzeitschriften kostenlos anbietet, von den Anbietern der digitalen Entsprechung, den elektronischen Programmführern, aber ein Entgelt verlangt, kann dies kartellrechtlich unzulässig sein.<sup>45</sup>

Ein weiteres Praxisbeispiel für die Heranziehung der „essential facility“-Doktrin ist der mögliche Zugangsanspruch einer österreichischen Zeitung zu dem einzigen, durch einen Konkurrenzverlag betriebenen, landesweiten Hauszustellsystem.<sup>46</sup> Der EuGH hat in der Verweigerung des Zugangs keinen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung gesehen; zum einen da alternative Vertriebsmöglichkeiten (insbesondere der Postvertrieb) bestünden, sodass der Zugang für die Tätigkeit des Wettbewerbes nicht unentbehrlich sei, zum anderen weil dem Aufbau eines eigenen Vertriebsnetzes – gegebenenfalls mit weiteren Verlegern – keine rechtlichen, technischen oder wirtschaftlichen Hindernisse entgegen gestanden

31 So u. a. auch *Nordemann* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, 2. Aufl. 2009, § 30 Rn. 3.

32 Die Preisbindung für Bücher erfolgt dagegen in erster Linie aus kulturpolitischen Gründen (s. § 1 S 1 Gesetz über die Preisbindung für Bücher).

33 *Emmerich*, KartellR, 12. Aufl. 2012, § 9 Rn. 3.

34 Zur Abgrenzung der relevanten Märkte im Mediensektor: *Braun*, in: Hamburger Kommentar zum Medienrecht, 12. Aufl. 2012, 21. Abschnitt, Rn. 34 ff.

35 Siehe Bekanntmachung der Kommission vom 09.12.1997 über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03); *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartellR, Bd. 1, 11. Aufl. 2011, § 19 GWB, Rn. 20. Gleiches gilt für die Bestimmung der Marktanteile in der Frage der Spürbarkeit.

36 Small but Significant Non-transitory Increase in Price.

37 Bekanntmachung der Kommission vom 09.12.1997, Tz. 17. Auch die nationalen Institutionen ziehen mittlerweile (zögerlich) den SSNIP-Test heran. Siehe *Klein*, SSNIP-Test oder Bedarfsmarktkonzept?, WuW 2010, 169 (171).

38 *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartellR, Bd. 1, 11. Aufl. 2011, § 19 GWB, Rn. 37.

39 *Emmerich*, KartellR, 12. Aufl. 2012, § 9 Rn. 23.

40 Siehe § 19 II Nr. 2 GWB.

41 Siehe § 19 II Nr. 1 GWB.

42 KG WRP 1983, 494 (495) - *Rewe/Florimex*.

43 § 20 GWB trifft zulässigerweise gegenüber Art. 102 AEUV, an den § 19 GWB angelehnt ist, eine strengere Regelung. Dazu *Bahr*, in: HH-Kommentar, 2. Aufl. 2012, 18 Abschnitt, Rn. 28 f.

44 Vgl. *Beater*, MedienR, 2007, Rn. 837.

45 BGH MMR 2012, 755 (756 f.).

46 Dazu *Beater*, MedienR, 2007, Rn. 841.

hätten.<sup>47</sup> In einer verwandten Frage hat der EuGH jüngst geurteilt, dass trotz Exklusivvertrags bei der Übertragung von Fußball-Europapokalspielen, Nachrichtensendungen für die Kurzberichterstattung einen Anspruch auf Zugang zum Satellitensignal haben.<sup>48</sup>

Für den Telekommunikationssektor bestehen kartellrechtliche Sonderregeln, die vor allem für die Teilhabe an der im Eigentum der Deutschen Telekom stehenden Infrastruktur gelten (insbesondere §§ 16 ff. TKG).

### 3. Die Zusammenschlusskontrolle

#### a) Grundlegendes

Die Missbrauchsaufsicht erfasst – wie gezeigt – nicht den Fall der Entstehung marktbeherrschender Stellungen. Für die Begründung solcher Marktmacht durch den Zusammenschluss von Unternehmen<sup>49</sup> kann hingegen die nationale und europäische Zusammenschlusskontrolle in Stellung gebracht werden. Diese richtet sich daher nur gegen die potentiellen Gefahren, die aus der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluss, also externes Wachstum, entstehen. Gewissermaßen stellt sie damit ein der Missbrauchsaufsicht vorgelagertes Präventivinstrument dar.

Entscheidender Parameter der Zusammenschlusskontrolle sind die sog. Aufgreifschwelle. Zusammenschlüsse müssen überhaupt nur dann genehmigt (freigegeben) werden,<sup>50</sup> wenn die beteiligten Unternehmen gewisse Umsatzschwellen erreichen. Die europäische Zusammenschlusskontrolle greift dabei erst bei gemeinschaftsweiter Bedeutung ein, d. h. wenn die beteiligten Unternehmen zusammen weltweit einen Umsatz von über fünf Milliarden Euro erzielen (Art 1 II lit a. FKVO) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen gemeinschaftsweiten Umsatz von jeweils mehr als 250 Millionen Euro erreichen (Art 1 II lit. b FKVO).<sup>51</sup> In einem zweiten Schritt ist zu fragen, ob der Zusammenschluss den Gemeinsamen Markt erheblich behindert, also ob es zu Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kommt. Nur dann wird die Kommission den Zusammenschluss untersagen (Art. 2 II, III FKVO).

<sup>47</sup> EuGH vom 26.11.1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998-I, 7791 (7831) – *Bronner*

<sup>48</sup> EuGH vom 22.01.2013, Rs. C-283/11. Entscheidungsrelevant ist in dieser Frage allerdings die Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste (2010/13/EU), die in Art. 15 I vorschreibt, dass Nachrichtensendungen im Interesse der Informationsfreiheit der Bürger über Ereignisse von großem öffentlichem Interesse jedenfalls in Kurzform mit Bildmaterial berichten dürfen (s. dort auch Tz. 55). Siehe auch § 5 Rundfunkstaatsvertrag.

<sup>49</sup> Zum Begriff des Zusammenschlusses siehe Art. 3 FKVO und § 37 GWB.

<sup>50</sup> Siehe § 40 II GWB und Art. 8 I-III FKVO.

<sup>51</sup> Eine Ausnahme davon enthält Art. 1 I HS 2 FKVO. Gemeinschaftsweite Bedeutung liegt des Weiteren auch außerhalb der genannten Schwellen in den Fällen des Art. 1 III FKVO vor.

Für deutsche Sachverhalte finden die entsprechenden Vorschriften Anwendung, wenn die beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen Euro (§ 35 I Nr. 1 GWB) ausgewiesen haben und mindestens eines der beteiligten Unternehmen im Inland einen Umsatz von mehr als 25 Millionen Euro erzielt hat (§ 35 I Nr. 2 GWB). § 36 II 1 Nr. 1 GWB bestimmt abweichend davon, dass jeder Erwerb eines unabhängigen Unternehmens,<sup>52</sup> das einen weltweiten Umsatz von 10 Millionen Euro nicht überschreitet, fusionskontrollfrei erfolgen kann, auch wenn das erwerbende Unternehmen die Voraussetzungen des § 35 I GWB erfüllt.<sup>53</sup> Auf diese sog. De-Minimis-Klausel wird zurückzukommen sein.

Trotz Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kann ein Zusammenschluss für zulässig erklärt werden, wenn nachgewiesen wird, dass durch den Zusammenschluss Verbesserungen der Wettbewerbsstruktur eintreten, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (§ 36 I GWB). Das Europarecht kennt eine solche Abwägungsklausel nicht. Dennoch besteht auch dort in der Beurteilung des Zusammenschlusses die Möglichkeit der „Rechtfertigung“ marktbeherrschender Stellungen.<sup>54</sup> Damit erkennt das Recht an, dass Zusammenschlüsse nicht prinzipiell negative Auswirkungen haben müssen. Sie können es Unternehmen erlauben, durch effizientere Strukturen Kosten einzusparen und letztlich Produkte günstiger anzubieten.<sup>55</sup>

Im deutschen Recht kann darüber hinaus, trotz Untersagung durch das BKartA, ein Zusammenschluss ausnahmsweise durch eine sog. Ministererlaubnis (§ 42 GWB) durchgesetzt werden. Der/Die Bundeswirtschaftsminister/-in kann dabei auch außerwettbewerbliche Umstände würdigen und so bei überragendem Allgemeininteresse eine politische Korrektur erwirken.<sup>56</sup>

#### b) Medienrechtliche Bezüge der Zusammenschlusskontrolle

##### aa) Abgesenkte Umsatzschwellen

Im Zusammenhang mit den Aufgreifschwelle im nationalen Recht kommt es zur ersten medienspezifischen Modifikation des GWB. Die genannte Ausnahme für den Erwerb kleiner Unternehmen gilt nicht für den Verlag, die Herstellung und den Vertrieb von Zeitungen und

<sup>52</sup> Siehe §§ 36 II GWB, 17 f. AktG.

<sup>53</sup> Eine weitere Ausnahme enthält § 35 II 1 Nr. 2 GWB für umsatzschwache Märkte.

<sup>54</sup> Dazu *Braun/Paschke*, in: HH-Kommentar, 12. Aufl. 2012, 22. Abschnitt, Rn. 63 ff.

<sup>55</sup> Zur zurückhaltenden Praxis der Kommission in der Beurteilung von Effizienzvorteilen *Körper*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 2 FKVO, Rn. 354.

<sup>56</sup> *Braun/Paschke*, in: HH-Kommentar, 12. Aufl. 2012, 23. Abschnitt, Rn. 228, die die große Zurückhaltung bei Anwendung des § 42 GWB betonen.

Zeitschriften (§ 35 II 2 GWB). Auf den Pressemärkten, die in der Breite durch niedrige Umsätze<sup>57</sup> gekennzeichnet sind, soll so eine effektive Kontrolle auch im (mittelbaren) Interesse der Erhaltung unabhängiger publizistischer Einheiten sichergestellt werden.<sup>58</sup> Diese Regelung ist rechtspolitisch nicht unumstritten, da angesichts eines schwierigen Werbeumfelds eine Kostenkompensation der Verlage vor allem im Vertriebsbereich erfolgen muss.<sup>59</sup> Die Aufnahme von kleineren Titeln in ein größeres Verlagsumfeld – womit deren Erhalt gesichert werden könne – würde über § 35 II 2 GWB aber behindert.<sup>60</sup>

Eine in dieselbe Richtung stoßende Regelung ist die des § 38 III GWB. Nach dieser sog. Medienrechenklausel werden bei Prüfung von Zusammenschlüssen mit Auswirkung auf den Presse- und Rundfunkmärkten die Umsatzerlöse mit dem Faktor 20 multipliziert.<sup>61</sup> Damit wird erneut den erwähnten Marktbedingungen des Medienmarktes Rechnung getragen, um auch die regionale und lokale Ebene einer Zusammenschlusskontrolle zu unterwerfen.<sup>62</sup> Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Sonderregeln für den Medienmarkt war umstritten, da auf anderen Märkten als dem Medienmarkt bei entsprechenden Umsatzzahlen von einer ökonomischen Irrelevanz ausgegangen wird. Das BVerfG hat die (Vorgänger-)Vorschrift aber für mit Art. 5 I 2, II GG, Art. 3 GG und dem Kompetenztitel des Bundes für Wirtschaftsgesetzgebung vereinbar erklärt, da sie berechtigterweise an die ökonomischen Besonderheiten des Medienmarktes anknüpfe.<sup>63</sup> Mit der 8. GWB-Novelle ist beabsichtigt, einen Ausnahmetatbestand der Sanierungsfusion einzuführen, der es großen Verlagen erlaubt, kleinere und mittlere Verlage zu übernehmen, wenn diese über einen längeren Zeitraum existenzgefährdende Verluste erwirtschaftet haben und sich kein anderer Erwerber finden lässt.<sup>64</sup>

### bb) Dualität der ökonomischen Märkte

Wie bereits erwähnt findet die Konkurrenz von Presseunternehmen auf zwei ökonomischen Märkten statt. Es wird einerseits um den/die Käufer/-in am Zeitungskiosk bzw. um die Gewinnung eines Abonnenten/einer Abonnentin und andererseits um den Werbekunden/die Werbekundin für den Anzeigenteil konkurriert. Für die

Zusammenschlusskontrolle bedeutet dies, dass beide Märkte in den Blick genommen werden müssen.<sup>65</sup> Dabei kann die marktbeherrschende Stellung auf einem der Märkte ausreichen, auch auf dem jeweils anderen eine solche anzunehmen, ohne dass dafür aber eine feste Regel existiert.<sup>66</sup> Hintergrund des prinzipiellen Zusammenhangs beider Märkte ist das medienökonomische Phänomen der Anzeigen-Auflagen-Spirale. Damit wird eine übermäßige Begünstigung der Marktführer beschrieben, bei der eine Verbesserung der Position im Anzeigenmarkt Investitionen vor allem in die redaktionelle Arbeit ermöglicht, die zu einem besseren Produkt führt und ergo prinzipiell den Publikumserfolg begünstigt, was wiederum die Attraktivität für Werbekunden erhöht.<sup>67</sup>

### cc) Die zusätzliche Berücksichtigung von Meinungsmacht

Das Kartellrecht bietet zu Recht in der Regel keine Handhabe mehr, wenn Zusammenschlüsse zwischen (Medien-) Unternehmen unterschiedlicher Sparten auf unterschiedlichen Märkten erfolgen.<sup>68</sup> Zwar können marktübergreifende, sog. cross-mediale Auswirkungen, bei der Frage, ob auch auf einem verwandten Medienmarkt eine beherrschende Stellung zu erwarten ist, berücksichtigt werden.<sup>69</sup> Mögliche Gefahren für die Meinungsvielfalt bleiben im Kartellrecht hingegen außer Betracht. Da Art. 5 I GG nach allgemeiner Auffassung aber das Postulat der Sicherung von Meinungsvielfalt enthält<sup>70</sup> und das BVerfG in der Entstehung multimedialer Meinungsmacht eine wesentliche Gefahr für die freie, individuelle und öffentliche Meinungsbildung sieht,<sup>71</sup> wird das auf den ökonomischen Wettbewerb bezogene Kartellrecht durch eine meinungsmachtbezogene Regelung in § 26 RfStV ergänzt. Danach liegt eine unzulässige vorherrschende Meinungsmacht vor, wenn neben der kartellrechtlichen Marktbeherrschung eines dem Fernsehmarkt verwandten Medienmarkts durch den Zusammenschluss ein Zuschaueranteil von 25 % auf dem Fernsehmarkt erreicht wird (§ 26 II 2, Var. 1 RfStV). So ist die geplante Fusion von ProSieben und Sat.1 sowohl am (umstrittenen) Veto der KEK<sup>72</sup>, der für die Beurteilung

57 Nicht notwendigerweise auch durch niedrige Renditen.

58 Bericht des Wirtschaftsausschusses zur 3. Novelle des GWB, BT-Drucks. 7/4768, 1; BGHZ 76, 55 (64 f.) – *Elbe Wochenblatt I*.

59 So im Ausgangspunkt auch die Begründung der 7. Novelle des GWB, BT-Drucks. 15/3640, 37.

60 Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Zeitungsverleger in der Anhörung zur 8. Novelle des GWB, BT-Drucks. 17/11053, 17.

61 Mit der 8. GWB-Novelle ist eine Absenkung auf das Achtfache vorgesehen. Bei der Bagatellmarktklausel soll es aber bei Faktor 20 bleiben. Siehe BT-Drucks. 17/9852, 11, 45.

62 *Braun/Paschke*, in: HH-Kommentar, 2. Aufl. 2012, 23. Abschnitt, Rn. 158.

63 BVerfG NJW 1986, 1743 (1743).

64 § 36 I 2 Nr. 3 GWB-E in der Fassung der Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses, BT-Drucks. 17/11053.

65 BGHZ 76, 55 (70) – *Elbe Wochenblatt I*.

66 *Beater*, MedienR, 2007, Rn. 866 und Rn. 868 zur Gruner & Jahr I-Entscheidung des BGH vom 02.10.1984, BGHZ 92, 223–243, bei der trotz der seinerzeit bestehenden marktbeherrschenden Stellung des „Stern“ auf dem Lesermarkt für gesellschaftspolitische Illustrierte, eine Steigerung der Anteile auf dem Werbemarkt durch einen Zusammenschluss, dort keine marktbeherrschende Stellung verstärkt wurde.

67 *Beck*, Medienökonomie, 3. Aufl. 2011, S. 258 f.

68 *Beater*, MedienR, 2007, Rn. 883.

69 *Braun/Paschke*, in: HH-Kommentar, 2. Aufl. 2012, 23. Abschnitt, Rn. 26.

70 Dazu und zur schwierigen Frage, was genau unter Vielfalt zu verstehen ist: *Hallenberger*, Dimensionen des Begriffs „Vielfalt“, in: Kohl (Hg.), Vielfalt im Rundfunk, 1997, S. 10–20.

71 BVerfGE 83, 238 (324); BVerfGE 73, 118 (175).

72 Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich.

der Meinungsmacht zuständigen Stelle, als auch an der kartellrechtlichen Bewertung durch das BKartA gescheitert.<sup>73</sup>

#### IV. Zusammenfassung und Ausblick

Kartellverbot, Missbrauchsaufsicht und die Zusammenschlusskontrolle entfalten auch für die Medien zentrale Bedeutung. Insbesondere die Zusammenschlusskontrolle ist Gegenstand kontroverser medienpolitischer Betrachtungen. Mit den bewährten Instrumenten der

Marktabgrenzung kann das Kartellrecht möglicherweise auch für die aktuelle Frage der Zulässigkeit von Presesubventionen fruchtbar gemacht werden. Das BVerfG schreibt insofern u. a. vor, dass staatliches Engagement den publizistischen Wettbewerb nicht verzerren darf.<sup>74</sup> Da aber eine Bestimmung der Kriterien, anhand derer Erfolg und Konkurrenz im publizistischen Wettbewerb unabhängig von ökonomischen Faktoren gemessen werden könnte, bisher nicht zufriedenstellend gelungen ist, stehen momentan dafür nur die Instrumente des Kartellrechts als Anhaltspunkte zur Verfügung.

73 Dazu *Beater*, MedienR, 2007, Rn. 887 ff.

74 BVerfGE 80, 124 (134f.) – *Postzeitungsdienst*.

Anna Lena Stamer\*

## Der Langzeitausgang im Entwurf eines ländereinheitlichen Strafvollzugsgesetzes

*Im Musterentwurf für ein einheitliches Strafvollzugsgesetz, den zehn Bundesländer vorgelegt haben, ist Langzeitausgang auch bei zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Gefangenen schon nach fünf anstatt nach zehn Jahren möglich. Das wird unter Sicherheits- und Opferschutzaspekten teilweise kritisiert. Der folgende Beitrag antwortet auf diese Kritik.*

Im September 2011 legten zehn Bundesländer<sup>1</sup> den Musterentwurf für ein einheitliches Strafvollzugsgesetz (ME StVollzG) vor. Die Justizminister/innen erklärten dazu: „Der Entwurf für ein Strafvollzugsgesetz betont die Wiedereingliederung der Gefangenen in die Gesellschaft, verliert aber die Sicherheitsinteressen der Bürgerinnen und Bürger nicht aus dem Blick.“<sup>2</sup> In der Gesellschaft wurden Teile dieser Neuerung kritisch aufgenommen. Insbesondere die Pläne der Länder, zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Gefangenen einen Langzeitausgang schon nach fünf anstatt nach zehn Jahren gewähren zu können, stieß auf erheblichen Widerstand.<sup>3</sup> Im

Folgenden soll die geplante Regelung näher untersucht werden. Dabei steht die Vereinbarkeit der Sicherheitsinteressen der Bevölkerung und der Opfer einerseits mit dem Resozialisierungsanspruch an die Gefangenen andererseits im Mittelpunkt.

### I. Ausgestaltung des Justizvollzuges

Vor drei Jahrzehnten trat das Strafvollzugsgesetz (StVollzG) in Kraft. Nach § 1 regelt das StVollzG den Vollzug der Freiheitsstrafe in Justizvollzugsanstalten sowie den Vollzug der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung. Nicht davon erfasst sind die Formen der Untersuchungshaft und der Jugendstrafe, welche ebenso in Justizvollzugsanstalten vollzogen werden. Bis ins Jahr 2006 war der Strafvollzug nach Art. 74 Nr. 1 Var. 2 GG a. F. der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes zugeordnet. Durch die Föderalismusreform wurde die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug gemäß Art. 83 i. V. m. Art. 74 Nr. 1 GG auf die Länder übertragen. Es bestand keine Eile für eine schnelle Neuregelung, da das (Bundes-)Strafvollzugsgesetz nach Art. 125a I GG solange fort gilt, bis die Länder von ihrer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz Gebrauch machen. Bisher haben die Bundesländer Baden-Würt-

\* Doktorandin an der Universität Hamburg.

1 Berlin, Brandenburg, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen.

2 Gemeinsame Pressemitteilung Ministerium für Justiz und Gleichstellung vom 06.09.2011: <http://www.presse.sachsen-anhalt.de/index.php?&cmd=get&id=39451&identifier=ce2f998e02d3f4e011c385b6ec7cc7e> (31.01.2013).

3 Der Tagesspiegel: „Mörder erhalten früher Ausgang“, <http://www.tagesspiegel.de/berlin/plan-von-justizminister-schoeneburg-moerder-erhalten-frueher-ausgang/6485820.html> (31.01.2013); Bild.de: „Mörder schon nach 5 Jahren raus“, <http://www.bild.de/news/inland/mord/hat-dieser-minister-nicht-alle-tassen-im-schrank-23550352>.

<http://www.swp.de/ulm/nachrichten/politik/Kritik-an-Plaenen-fuer-frueheren-Hafturlaub>; art4306,1413626 (31.01.2013); Abendblatt.de: „Scharfe Kritik an Hafturlaub schon nach fünf Jahren“, <http://www.abendblatt.de/politik/deutschland/article2243030/Scharfe-Kritik-an-Hafturlaub-schon-nach-fuenf-Jahren.html> (31.01.2013).