

Auszug aus Hauptgutachten XVI (2004/2005)

Einleitung

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

5. Zusammenschlusskontrolle und Medienaufsicht

Inhaltsverzeichnis

5. Zusammenschlusskontrolle und Medienaufsicht.....	83
5.1 Rechtlicher Rahmen.....	83
5.2 Vorherrschende Meinungsmacht.....	84
5.3 Schlussfolgerungen für die Medienkonzentrationskontrolle.....	85
5.4 Die Entscheidung der KEK.....	86
5.5 Würdigung der Entscheidung.....	86

denen „erfolgreichen“ zivil-militärischen Integration der Flugsicherung) gemacht wurden, aus den eben genannten Gründen nicht uneingeschränkt als Signal gegen ernsthafte Sicherheitsbedenken zu verstehen sind.

102. Gleichwohl muss den privaten Akteuren eine ausreichende Planungssicherheit garantiert und Handlungsflexibilität ermöglicht werden, so dass eine kontinuierliche Investition in Qualitäts- und Sicherheitsstandards eine aus Sicht der Eigentümer lohnenswerte Strategie darstellt. Die Regulierung der Gebührensätze für die Erbringung von Flugsicherungsleistungen in der Strecke sowie im An- und Abflug ist hinsichtlich ihrer Höhe und Dauer nach den Kriterien der Anreizwirkung für die privaten Inhaber und der gesamtwirtschaftlichen Effizienz zu überprüfen und entsprechend zu gestalten.

103. Können die oben genannten Anforderungen an eine sichere und effiziente Flugsicherung durch eine materiell teilprivatisierte DFS erfüllt werden, so ist die Beteiligung des Bundes auf ihre Funktion hin zu überprüfen und gegebenenfalls auf das gesetzlich festgelegte Mindestmaß von 25,1 Prozent zu reduzieren.

5. Zusammenschlusskontrolle und Medienaufsicht

104. Im August 2005 meldeten die ProSiebenSAT.1-Gruppe sowie die Axel Springer AG ein Zusammenschlussvorhaben an, durch das die Axel Springer AG im Ergebnis das stimmberechtigte Stammkapital an der ProSiebenSat.1 AG zu 100 Prozent und das stimmrechtslose Vorzugskapital zu 24,9 Prozent erworben hätte. Dieses Vorhaben wurde gemäß § 39 GWB bei dem Bundeskartellamt angemeldet,¹¹² außerdem auch gemäß § 29 des Rundfunkstaatsvertrages (RStV) der zuständigen Landesmedienanstalt, die dann die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) mit der Angelegenheit befasst hat. Die KEK hat die Monopolkommission um eine Stellungnahme zur Auslegung und Anwendung von § 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alternative RStV gebeten.

105. Die KEK stand vor der Frage, wie die in § 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alternative RStV vorgesehene Gesamtbeurteilung des Meinungseinflusses eines Unternehmens vorzunehmen ist. Fraglich war insbesondere, ob und wie die Einflüsse, die ein Unternehmen in Medien verschiedener Sparten ausüben kann, kommensurabel sind oder gemacht werden können. Dazu lag der KEK ein Gutachten von Prof. Dr. Uwe Hasebrink, Hamburg, vor. In dem Gutachten werden verschiedene Medien – Fernsehen, Radio, Tageszeitungen, Sonntags- und Wochenzeitungen, Zeitschriften, Anzeigenblätter, Programmzeitschriften etc. – im Hinblick auf einige Teilaspekte des potentiellen Meinungseinflusses verglichen. So werden jeweils die Reichweite, die Nutzungsdauer, die Bedeutung für aktuelle Informationen, die Einbettung in die Alltagskultur und die Kundenbindung quantifiziert und so miteinander

vergleichbar gemacht. Der Verfasser gelangt zu dem Ergebnis, dass eine bestimmte Reichweite des Fernsehens, gemessen in einem Zuschaueranteil, für die Frage des Meinungseinflusses einem Höreranteil eines Rundfunkprogramms bzw. der Reichweite einer Tageszeitung entspreche, der bzw. die doppelt so hoch sei wie der Zuschaueranteil des Fernsehprogramms. Die Festlegung der Schwellenwerte sei zwar nicht allein wissenschaftlich herleitbar, sie sei letztlich eine politisch zu diskutierende und zu entscheidende Frage. Andererseits hält der Verfasser eine sinngemäße Übertragung des Zuschaueranteilsmodells des § 26 RStV doch wie dargelegt für möglich. Hierzu hat sich die Monopolkommission wie folgt geäußert.

5.1 Rechtlicher Rahmen

106. Die Konzentrationskontrolle im Medienbereich dient sowohl dem Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs als auch der Gewährleistung einer ausgewogenen Meinungsvielfalt. Für die Kontrolle der wirtschaftlichen Konzentrationsprozesse liegt die Zuständigkeit beim Bund bzw. – in Bezug auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung – bei der Europäischen Gemeinschaft. Anzuwenden sind die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der europäischen Fusionskontrollverordnung 139/2004. Die Sicherung der Meinungsvielfalt obliegt dagegen nach der Zuständigkeitsverteilung des Grundgesetzes den Ländern. Hier sind die Vorgaben der medienrechtlichen Konzentrationskontrolle aus dem Rundfunkstaatsvertrag und den Landesmediengesetzen zu beachten. Sie zu gewährleisten ist Aufgabe der KEK und der Landesmedienanstalten bzw. der Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM).

107. Die Vorschriften der §§ 25 ff. RStV dienen der Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk. Um vorherrschende Meinungsmacht im Fernsehen verhindern zu können, sieht das Medienrecht in § 26 RStV die Limitierung des Meinungseinflusses einzelner Unternehmen durch eine Begrenzung der erreichten Zuschaueranteile vor. Die Einzelheiten dieses Zuschaueranteilsmodells sind in § 27 RStV geregelt.

Im Grundsatz darf ein Unternehmen selbst oder durch ihm zurechenbare Unternehmen bundesweit im Fernsehen „eine unbegrenzte Anzahl von Programmen veranstalten, es sei denn, es erlangt dadurch vorherrschende Meinungsmacht ...“ (§ 26 Abs. 1 RStV). Vorherrschende Meinungsmacht wird gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV „vermutet“, wenn die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 30 Prozent erreichen. Diese Vermutung ist nach allgemeiner Auffassung widerleglich. Erreicht das Unternehmen mit seinen Fernsehprogrammen nur einen Zuschaueranteil von 25 Prozent, so besteht die Vermutung vorherrschender Meinungsmacht gleichwohl, sofern

(1) es „auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat“ oder

¹¹² Zur Diskussion der Entscheidung des Bundeskartellamtes vgl. Kapitel IV, Abschnitt 2.4.2.

(2) eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 Prozent im Fernsehen entspricht.

108. Die erste Alternative weist mit dem Kriterium der marktbeherrschenden Stellung auf das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen hin; die Bestimmungen des § 19 GWB sind entsprechend anzuwenden. Sie werden im Allgemeinen zur Klärung beitragen, wenn der „medienrelevante verwandte Markt“ im konkreten Fall nach sachlichen, geographischen und zeitlichen Kriterien näher bestimmt ist.

109. Problematisch ist dagegen die zweite Alternative. Der RStV lässt den Begriff des „Meinungseinflusses“ undefiniert und hebt lediglich hervor, dieser Meinungseinfluss dürfe nicht dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 Prozent im Fernsehen entsprechen. Von einem solchen Unternehmen wird in § 26 Abs. 1 RStV vermutet, dass es „vorherrschende Meinungsmacht“ habe. Folglich ist die Schwelle des Meinungseinflusses in § 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alternative RStV gleichbedeutend mit „vorherrschender Meinungsmacht“. Auch dieser Begriff wird freilich im RStV nicht definiert, anders als der Begriff der Marktbeherrschung in § 19 Abs. 2 GWB. Die Vermutung des § 26 Abs. 2 RStV ordnet lediglich den Schluss von äußerlich feststellbaren Tatsachen (dem Zuschaueranteil), die für sich selbst keinen Beherrschungstatbestand darstellen, auf die vorherrschende Meinungsmacht an. An inhaltlichen Kriterien für Letztere fehlt es jedoch. Deshalb gibt es schon nach der Gesetzeslage keinen Hinweis darauf, wodurch die Vermutung des § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV widerlegt werden könnte. Ebenso wenig lässt sich erkennen, wodurch ein Unternehmen, das die Vermutung des § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV gerade nicht erfüllt, gleichwohl aufgrund einer Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten vorherrschende Meinungsmacht hat.

110. Die Monopolkommission hat sich stets kritisch zur medienrechtlichen Konzentrationskontrolle geäußert. Die Kritik bezieht sich in erster Linie auf den ungeklärten Zusammenhang zwischen Zuschauermarktanteilen und dem Einfluss auf die Meinungsbildung. Im Einzelnen bemängelt die Monopolkommission, dass die vorherrschende Meinungsmacht, wie soeben erläutert, kein definierter Tatbestand ist, sich tatbestandlich auch nicht konkretisieren lässt und dennoch als Kriterium für den staatlichen Eingriff zur Vielfaltsicherung dient. Vor diesem Hintergrund ist von den weiten Ermessensspielräumen, die das geltende Recht bietet, sehr zurückhaltender Gebrauch zu machen und im Zweifel den klar konturierten Regelungen des § 26 Abs. 2 Satz 1 und § 26 Abs. 2 Satz 2, 1. Alternative RStV der Vorzug zu geben.

5.2 Vorherrschende Meinungsmacht

111. Das Meinungsspektrum einer Gesellschaft ist in seiner Erstreckung staatlichen Behörden unbekannt. Es ist durchweg sehr weit, ja grenzenlos und im Übrigen

auch einem zeitlichen Wandel unterworfen. Selbst intensive Meinungsforschung, wie sie im Vorfeld von Wahlgang und gäbe ist, erfasst das tatsächliche Meinungsspektrum in der Gesellschaft nur lückenhaft. Wie rasch sich vorherrschende Einstellungen verändern können, hat sich vor der Bundestagswahl 2002 gezeigt, als es den Regierungsparteien von schlechten Umfragewerten aus innerhalb von drei Monaten gelang, die Wahl doch noch für sich zu entscheiden. Der Begriff der Meinungsmacht im Allgemeinen und der vorherrschenden Meinungsmacht im Besonderen mögen zwar im politischen Diskurs dazu dienen, bestimmte Medien als Sprachrohr gewisser populärer Denkströmungen zu kennzeichnen. Als Rechtsnormen des Verwaltungsrechts verwendet, lassen sie aber keine präzise begriffliche Abgrenzung zu und sind deshalb auch nicht für eine praktische Handhabung zu konkretisieren. Entsprechend bedenklich ist es, solche Leerformeln zur Grundlage staatlicher Eingriffe zu machen.

112. Dies ist bei dem kartellrechtlichen Begriff der Marktmacht anders. Er impliziert stets die Einschränkung von Handlungsspielräumen von tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbern, von Lieferanten und Abnehmern. Zugleich schließt die Marktmacht auch stets Sanktionsmöglichkeiten des marktmächtigen Unternehmens ein, die ihm zur Durchsetzung seiner Wünsche zu Gebote stehen. Insofern geht es bei der kartellrechtlichen Marktmacht stets um Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnisse.

113. Solche Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnisse spielen bei der vorherrschenden Meinungsmacht dagegen keine Rolle. Wer als Leser, Hörer oder Zuschauer den Botschaften des meinungsmächtigen Unternehmens nicht folgt, muss keine Sanktionen gewärtigen. Das Medienunternehmen wirkt auf ihn lediglich dadurch ein, dass es Themen und Informationen auswählt, gewichtet, in bestimmter Weise darstellt oder kommentiert. Nichts hindert ihn aber daran, sich alternativer Informationsquellen zu bedienen oder sich von den vermittelten Informationen durch kritisches Nachdenken zu distanzieren. Die Erfahrung zeigt freilich, dass dies oft nicht geschieht. Medieninhalte werden von vielen konsumiert und hingenommen. Ob sie sie freilich nur zur Kenntnis nehmen, darin eine Bestätigung latenter Neigungen sehen, ihnen zustimmen oder sie sich sogar zu eigen machen, wie stark also der prägende Einfluss von Medien ist, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab und ist weitestgehend unbekannt. Manche Medien werden ihre große Reichweite sogar im Wesentlichen dem Umstand verdanken, dass sie sich dem Kundengeschmack anpassen, ohne dadurch irgendeine Form von Meinungsmacht auszuüben. Vor diesem Hintergrund beruht die Sicherung der Meinungsvielfalt durch den RStV auf der gesetzgeberischen Vermutung, dass Rundfunk und Fernsehen eine besonders stark meinungsprägende Wirkung zukommt. Medienkonzentration wird insofern als eine abstrakte Gefährdung der Meinungsvielfalt in der Gesellschaft gesehen. Von diesem Ansatz her ist denn auch eine Konzentrationskontrolle folgerichtig, die an abstrakten Kriterien wie dem Zuschaueranteil ansetzt. Eine konkrete Überprüfung, wie sie für die Ermittlung von Marktmacht im Kartellrecht er-

forderlich ist, wäre mit dem Ausgangspunkt der medienrechtlichen Konzentrationskontrolle unvereinbar.

114. Eine konkrete Überprüfung von Meinungseinfluss, Meinungsmacht und vorherrschender Meinungsmacht im Einzelfall scheidet auch deshalb aus, weil sie ohne eine inhaltliche Würdigung von Medieninhalten und korrespondierenden Meinungen in der Gesellschaft nicht möglich wäre. Eine solche Würdigung durch eine staatliche Behörde wäre freilich im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gebotene Staatsferne von Rundfunk und Fernsehen höchst bedenklich. Auch das Zensurverbot zieht Grenzen: Sollte eine staatliche Behörde die inhaltliche Übereinstimmung zwischen den Positionen eines Mediums mit großer Reichweite und entsprechenden Auffassungen in der Gesellschaft feststellen, und deshalb Programmzulassungen gemäß § 26 Abs. 4 Satz 3 RStV widerrufen, so wäre dieser Eingriff offensichtlich auch durch die Medieninhalte mitbegründet. Dies ließe sich mit der in Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG garantierten Pressefreiheit und freien Berichterstattung in Rundfunk und Fernsehen sowie mit dem Zensurverbot in Artikel 5 Abs. 1 Satz 3 GG nicht vereinbaren.

5.3 Schlussfolgerungen für die Medienkonzentrationskontrolle

115. Die voranstehenden Überlegungen sprechen dagegen, bei der Kontrolle der Medienkonzentration eine konkrete Würdigung des Meinungseinflusses und der vorherrschenden Meinungsmacht im Einzelfall vorzunehmen. Den Vorrang verdient jedenfalls das Verbot der abstrakten Gefährdung der Meinungsvielfalt durch Erreichen eines Zuschaueranteils von mehr als 30 Prozent in § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV. Zwar setzt sich auch das Zuschaueranteilsmodell Einwänden aus; zum einen indiziert es einen Einfluss auf die Meinungen der Gesellschaft nur mittelbar, in manchen Fällen folgt das Medium eher dem Geschmack der Zeit als ihn zu beeinflussen. Zum anderen differenziert das Zuschaueranteilsmodell nicht nach der Primärnutzung des Fernsehens als Instrument der Meinungsbildung und der beiläufigen Nutzung des Mediums Fernsehen als Geräuschkulisse. Im Rahmen der geltenden Rechtslage ist freilich die Entscheidung des RStV und der Landesgesetzgeber in § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV hinzunehmen. Sie bietet hinsichtlich ihrer Handhabung zweifellos mehr Rechtssicherheit und schützt eher vor behördlicher Willkür als jeder Versuch, den Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht unmittelbar anzuwenden.

116. Soweit der Schwellenwert von 30 Prozent Zuschaueranteil nicht erreicht wird, kommt ein medienkonzentrationsrechtlicher Eingriff gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV nur in Betracht, wenn das Medienunternehmen wenigstens einen Zuschaueranteil von 25 Prozent erreicht. Durch eine Änderung des RStV ist diese Bezifferung des Zuschaueranteils an die Stelle der früheren Formulierung getreten, wonach vorherrschende Meinungsmacht bei „einer geringfügigen Unterschreitung“ des Zuschaueranteils von 30 Prozent in Betracht kam, soweit eine der beiden weiteren Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV gegeben war. Die Neufassung mit ihrer festen quantitati-

ven Bestimmung hat den Streit über die Auslegung des früheren Wortlauts beendet. Der Zweck der Neuregelung geht dahin, die Unsicherheit über den Umfang der „geringfügigen Unterschreitung“ auszuräumen. Die Änderung wird überinterpretiert, wenn der Abstand von 5 Prozent Zuschaueranteil zwischen § 26 Abs. 2 Satz 1 und § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV zum Anlass genommen wird, auf die erforderliche Reichweite von alternativen Medien wie etwa Tageszeitungen zu schließen. Für die Annahme im Gutachten Hasebrink, eine von demselben Medienunternehmen betriebene Tageszeitung müsse eine Reichweite von 10 Prozent der Leserschaft haben, um den um 5 Prozent verringerten Zuschaueranteil im Sinne der zweiten Alternative des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV kompensieren zu können, fehlt jeglicher Anhaltspunkt im Text der Vorschrift, der seine Entstehung ganz anderen Erwägungen verdankt.

117. Soweit ein Medienunternehmen mit seinen Fernsehsendern zwar die Schwelle von 25 Prozent, nicht aber die von 30 Prozent Zuschaueranteil erreicht, empfiehlt die Monopolkommission, vorrangig § 26 Abs. 2 Satz 2, 1. Alternative RStV anzuwenden. Das Kriterium der marktbeherrschenden Stellung auf dem medienrelevanten verwandten Markt weist wie schon erwähnt auf § 19 GWB hin. Damit kommen auch die Marktbeherrschungsvermutungen in § 19 Abs. 3 GWB zum Tragen.

118. Entscheidend kommt es dann auf die Bestimmung des relevanten Marktes an. Dabei muss es sich einerseits um einen „medienrelevanten verwandten Markt“ handeln. Andererseits sind die in der Praxis der Kartellbehörden und Gerichte entwickelten Grundsätze zur Bestimmung der Medienmärkte heranzuziehen. Beispielsweise wird bei Tageszeitungen in ständiger Praxis zwischen dem Markt für Abonnementszeitungen und dem Markt für Kaufzeitungen, insbesondere Boulevardzeitungen, unterschieden. Des Weiteren ist zu untersuchen, ob der betreffende sachlich relevante Markt in geographischer Hinsicht ein bundesweiter oder aber ein regionaler oder sogar nur lokaler Markt ist. So bedienen die meisten Abonnementszeitungen lediglich einen lokalen oder regionalen Markt, und auch Boulevardzeitungen sind in ihrer großen Mehrheit auf örtliche Bedürfnisse zugeschnitten und durch bundesweite Zeitungen oft nicht substituierbar. Das Bedarfsmarktkonzept verlangt von Fall zu Fall eine eingehende Untersuchung der Wechselbereitschaft der Bürger und Anzeigenkunden. Im Ergebnis kann der kartellrechtlich bedeutsame medienrelevante verwandte Markt also durchaus ein Regionalmarkt sein, auf dem die dort verteilten Zeitungen eine marktbeherrschende Stellung innehaben mögen. Der Zusammenschluss einer solchen Zeitung mit einem Fernsehsender, der einen Zuschaueranteil von 25% erreicht, kann dann den medienkonzentrationsrechtlichen Tatbestand des § 26 Abs. 2 Satz 2, 1. Alternative RStV erfüllen, wenn Zeitungsmarkt und Fernsehmarkt als medienrelevante verwandte Märkte angesehen werden. Der Rückgriff auf die zweite Alternative, die im Hinblick auf die gerichtliche Kontrolle des Begriffs der vorherrschenden Meinungsmacht als sehr riskant erscheint, würde sich dann erübrigen.

5.4 Die Entscheidung der KEK

119. Die KEK hat im Januar 2006 festgestellt, dass die geplanten Veränderungen der Beteiligungsverhältnisse bei verschiedenen Konzerngesellschaften der ProSiebenSAT.1-Gruppe „vorherrschende Meinungsmacht“ begründen. Sie hat daher entschieden, dass diese Veränderung der Beteiligungsverhältnisse nach den Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrages über die Sicherung der Meinungsvielfalt „nicht als unbedenklich bestätigt“ werden könnten. Die KEK stellt fest, dass die Antragsteller im bundesweiten Fernsehen im Dezember 2005 über einen Zuschaueranteil von 20,9 Prozent und im Durchschnitt der Vormonate über einen Zuschaueranteil von 22 Prozent verfügten; sie seien damit einer der beiden dominierenden Anbieter im bundesweiten Privatfernsehen. Zwar würde durch ihren Zuschaueranteil die Schwelle von 25 Prozent nicht erreicht, die in der Vermutungsregel des § 26 Abs. 2 RStV genannt werde. Doch sieht die KEK in § 26 Abs. 2 RStV jenseits des konkreten Regelungsprogramms auch ein Leitbild für die Anwendung des als selbständig verstandenen Eingriffstatbestandes des § 26 Abs. 1 RStV. Was „vorherrschende Meinungsmacht“ sei, sei im Lichte aller relevanten Umstände unter maßgeblicher Berücksichtigung der Vorgaben des § 26 Abs. 2 RStV zu beurteilen. Daher müsse der Anteil der Axel Springer AG am Gesamtmarkt der Tagespresse, den die KEK auf 26 Prozent veranschlagt, bei der Prüfung der vorherrschenden Meinungsmacht gemäß § 26 Abs. 1 RStV mit berücksichtigt werden. Da Zeitungen aber weniger suggestiv wirkten als das Fernsehen, dürfe der Marktanteil der Axel Springer AG am Markt für die Tagespresse nicht in vollem Umfang, sondern nur zu zwei Drittel, also mit 17 Prozent Berücksichtigung finden.

120. Entsprechend geht die KEK im Bereich der Programmzeitschriften vor, will hier aber nur einen Gewichtungsfaktor von einem Siebtel ansetzen; sie gelangt so für die Axel Springer AG zu einem weiteren Zuschaueranteilsäquivalent von 4 Prozent. Weitere, auf ähnliche Weise gewonnene Zuschaueranteilsäquivalente von 3 Prozent für Online-Angebote und von 1 Prozent für Publikumszeitschriften kommen hinzu. Die Zuschaueräquivalente von 25 Prozent (17+4+1+3) werden sodann dem Zuschaueranteil von ProSiebenSAT.1 von 22 Prozent hinzugerechnet. Nach Auffassung der KEK würde die Axel Springer AG nach dem Zusammenschluss mit der ProSiebenSAT.1 Media AG über Einflusspotentiale und eine Meinungsmacht verfügen, „die derjenigen eines Fernsehveranstalters mit einem Zuschaueranteil von 47 Prozent entspricht“. Zwar wird dieser Wert unter Berücksichtigung einiger vielfaltverstärkender Faktoren wie der Regionalfenster im Fernsehen auf 42 Prozent abgesenkt. Auch damit werde der Schwellenwert von 30 Prozent, der nach der gesetzgeberischen Leitentscheidung des § 26 Abs. 2 RStV als Indikator der vorherrschenden Meinungsmacht anzunehmen sei, noch weit überschritten.

5.5 Würdigung der Entscheidung

121. Die Monopolkommission hält die Entscheidung der KEK wie auch deren Begründung für überaus proble-

matisch. Wenn man der Begründung der KEK folgt, hätte eine Unternehmensgruppe mit einem summierten Zuschaueranteilsäquivalent von 42 Prozent „vorherrschende Meinungsmacht“, obwohl die öffentlich-rechtlichen Fernsehprogramme nach den Feststellungen der KEK einen größeren Zuschaueranteil, nämlich 45,6 Prozent erreichen. Dies ist nach dem Wortsinn von „vorherrschend“ kaum noch nachvollziehbar. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass ein ausgewogenes und vielfältiges Angebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten noch nicht genügt, um eventuelle Defizite im privaten Bereich auszugleichen. Dies bedeutet aber nicht, dass der Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht in § 26 RStV allein auf den Bereich der privat-rechtlich organisierten Medien zu beziehen sei. Von einer vorherrschenden Meinungsmacht kann nach Auffassung der Monopolkommission nur gesprochen werden, wenn diese Meinungsmacht auch unter Einbeziehung der öffentlich-rechtlichen Programme als vorherrschend anzusehen ist.

122. Eine Anwendung der Berechnungsmethoden der KEK auf andere, hypothetische Fälle zeigt, dass diese Methode letztlich nicht haltbar ist. Da die Axel Springer AG schon in den anderen Medienbereichen auf Zuschaueranteilsäquivalente von 25 Prozent kommt, hätte bereits der Erwerb eines kleinen privaten Anbieters, etwa der Disney-Gruppe mit einem Zuschaueranteil von 6,4 Prozent ausgereicht, um das fusionierte Unternehmen über die Eingriffsschwelle von 30 Prozent zu bringen und ihm damit zu der vermuteten „vorherrschenden Meinungsmacht“ zu verhelfen. Dies würde ungeachtet des Umstandes gelten, dass die Disney-Gruppe nur über Sender mit sehr geringer Reichweite verfügt, die außerdem hauptsächlich Spartenprogramme ausstrahlen. Die Eingriffsschwelle von 25 Prozent würde die Axel Springer AG sogar schon durch den Erwerb irgendeines Kanals mit einem Zuschaueranteil von unter 1 Prozent überschreiten. Mit anderen Worten ist ein kontrollfreier Erwerb von Rundfunk- und Fernsehsendern für die Axel Springer AG danach gar nicht mehr möglich. Hier stellt sich die Frage, ob die Vorschrift von § 26 RStV, die zum Schutz der Meinungsvielfalt im Rundfunk- und Fernsehbereich bestimmt ist, nicht eigentlich zweckentfremdet zur Disziplinierung anderer Mediensektoren verwendet wird, für die der Gesetzgeber gerade keine Rechtsnormen zur Vielfaltsicherung erlassen hat.

123. Wiederum vom Ergebnis her betrachtet wird man den Berechnungsmethoden der KEK auch entgegenhalten müssen, dass sie bei entsprechend hohen Marktanteilen einzelner Zusammenschlussbeteiligter auf mehreren Medienmärkten zu Werten führen können, die bei 100 Prozent oder noch darüber liegen. Wenn für den Rundfunk ein Gewichtungsfaktor von ein halb, für Tageszeitungen von zwei Drittel, für Programmzeitschriften von einem Siebtel, für Publikumszeitschriften von einem Zehntel und für Online-Dienste von ein halb angenommen wird, so lässt sich leicht ausrechnen, zu welchen hohen Werten entsprechende Marktanteile führen können. Damit wird eine Meinungsmacht suggeriert, mit der die tatsächliche Bedeutung vieler Medien weit übertrieben wird. Andere

Medien und insbesondere Bücher, deren meinungsbildende Kraft traditionell sehr bewertet wurde, spielen in der Methode der KEK gar keine Rolle.

124. Die voranstehende, von den Ergebnissen her argumentierende Kritik weist aber letztlich auf die zufälligen, ja arbiträren Elemente der von der KEK verwendeten Methode hin. Wenn die KEK beispielsweise wiederholt auf die größere Suggestivkraft des Fernsehens gegenüber den Printmedien hinweist, so sagt dies doch nichts darüber aus, ob ein Gewichtungsfaktor von drei Viertel, zwei Drittel, ein halb oder einem Drittel angemessen ist. Im Übrigen wird die größere Suggestivkraft möglicherweise durch die Nachhaltigkeit der Information in Printmedien kompensiert, die man wiederholt konsultieren und damit sehr viel leichter zum Gegenstand von meinungsbildenden Diskussionen machen kann; davon ist in der Entscheidung der KEK gar nicht die Rede. Die Bedenken, welche die Monopolkommission in ihrer Stellungnahme geäußert hatte, sind in der Entscheidung auf vielfältige Weise bestätigt worden. Der Versuch, den über verschiedene Medien ausgeübten Einfluss auf die Meinungsbildung nicht nur sichtbar zu machen, sondern zu quantifizieren, muss als gescheitert gelten.

125. Vor diesem Hintergrund hält die Monopolkommission die Berufung auf § 26 Abs. 1 RStV als einen eigenständigen Untersagungstatbestand für höchst problematisch. Wenn die nähere Bestimmung von Meinungsmacht anhand quantifizierbarer Tatbestände eine politische Entscheidung ist, wie dies im Gutachten Hasebrink ausdrücklich eingeräumt wird, so fällt sie in die Zuständigkeit politischer Organe und ist nicht Sache der KEK als einer Verwaltungsbehörde ohne eigene politische Verantwortung und Legitimation. Der Gesetzgeber hat mit den beiden Schwellenwerten von 25 Prozent und 30 Prozent Zuschaueranteil die ihm zufallenden politischen Entscheidungen in abstracto getroffen. Die KEK hat nicht die Kompetenz, vergleichbare, letztlich politische Entscheidungen über Gewichtungsfaktoren zu treffen, die nur gegriffen, nicht aber nach rationalen Kriterien berechnet werden können. Wegen der geschilderten Unwägbarkeiten sollte eine Anwendung von § 26 Abs. 1 RStV unterbleiben, soweit nicht wenigstens die untere Zuschaueranteilsschwelle von 25 Prozent erreicht ist.

6. Der Meisterzwang im Handwerk auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand

6.1 Anlass der Stellungnahme

126. Mit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (3. Kammer des Ersten Senats) vom 5. Dezember 2005¹¹³ ist der bisher letzte Markstein zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Auslegungspraxis der Handwerksordnung (HwO) durch Behörden und Gerichte insbesondere in Bußgeld- und Ordnungswidrigkeitenverfahren gesetzt worden. Hier hat das Bundesverfassungsgericht über den zu entscheidenden Fall hinausgehend grundlegende

Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der bis 2003 geltenden HwO¹¹⁴ zum Großen Befähigungsnachweis (Meisterzwang) nach § 1 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 7 HwO a. F. geäußert.

127. Die Monopolkommission hat sich in der Vergangenheit mehrfach mit der Deregulierung des Handwerks insbesondere im Zusammenhang mit den in der Praxis sehr restriktiv ausgelegten Zulassungsregeln befasst. Anlass waren die Novellierungen der vom Bundestag 1953 verabschiedeten HwO in den Jahren 1994 und 1998¹¹⁵, das EuGH-Urteil vom 3. Oktober 2000 (Rs. C-58/98-Josef Corsten)¹¹⁶ sowie die beiden Ende 2003 verabschiedeten bisher letzten Novellen der HwO zur Reform des Handwerksrechts,¹¹⁷ die zum 1. Januar 2004 in Kraft getreten sind. Die Monopolkommission hat sich in ihren Stellungnahmen stets für die gänzliche Abschaffung des Meisterzwangs als Voraussetzung für den Marktzugang im Handwerk ausgesprochen. Das jüngste Urteil des Bundesverfassungsgerichts weist ebenfalls in diese Richtung. Die bestehende Verwaltungspraxis bei der Zulassung von selbständigen Handwerkern ohne den Großen Befähigungsnachweis läuft seit Jahren unverändert konträr zu den Maßgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungs- und des Bundesverwaltungsgerichts.

6.2 Einschränkung handwerklicher Berufszulassung

128. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem grundlegenden Beschluss vom 17. Juli 1961¹¹⁸ Maßstäbe für die Bewertung und Behandlung des Meisterzwangs im Verhältnis zum Grundrecht der Berufsfreiheit (Artikel 12 Abs. 1 GG) vorgegeben. Nach diesem Urteil ist die in der HwO angelegte Einschränkung der freien Berufswahl vom Einzelnen nur hinzunehmen, wenn und soweit dieses der Schutz wichtiger Gemeinschaftsinteressen erfordert.¹¹⁹ Notwendigkeiten des Gemeinwohls und Freiheitsbeschränkungen des Bürgers müssen in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen.

129. Im Hinblick auf die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Handwerks hat das Bundesverfassungsgericht damals „in der Erhaltung und Pflege eines hohen Leistungsstands des Handwerks ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut“ gesehen.¹²⁰ Das Bundesverfassungsgericht geht zwar davon aus, dass der Gesetzgeber die Wahrung und Förderung des Leistungsstands und der Leistungsfähigkeit der Inhaber von Handwerksbetrieben

¹¹³ 1 BVR 1730/02 – abgedruckt in: Wettbewerb in Recht und Praxis, Jg. 52, 2006, S. 463–467.

¹¹⁴ Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) i. d. F. der Bekanntmachung vom 24. September 1998 (BGBl. I S. 3074) – nachfolgend: HwO a. F.

¹¹⁵ Vergleiche Monopolkommission, Marktöffnung umfassend wirklichen, Hauptgutachten 1996/1997, Baden-Baden 1998, Tz. 59 ff.

¹¹⁶ Vergleiche Monopolkommission, Reform der Handwerksordnung, Sondergutachten 31, Baden-Baden 2002, Tz. 11 ff.

¹¹⁷ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 186 ff.

¹¹⁸ BVerfGE 13, 97.

¹¹⁹ Ebenda, 113.

¹²⁰ Ebenda, 110 f, 113.

Bisherige Gutachten der Monopolkommission

Alle Veröffentlichungen sind im Nomos-Verlag, Baden-Baden, erschienen.

Hauptgutachten

- | | | |
|-----------------------|--------------|--|
| Hauptgutachten I: | (1973/1975): | Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977. |
| Hauptgutachten II: | (1976/1977): | Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978. |
| Hauptgutachten III: | (1978/1979): | Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980. |
| Hauptgutachten IV: | (1980/1981): | Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982. |
| Hauptgutachten V: | (1982/1983): | Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984. |
| Hauptgutachten VI: | (1984/1985): | Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986. |
| Hauptgutachten VII: | (1986/1987): | Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988. |
| Hauptgutachten VIII: | (1988/1989): | Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990. |
| Hauptgutachten IX: | (1990/1991): | Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992. |
| Hauptgutachten X: | (1992/1993): | Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994. |
| Hauptgutachten XI: | (1994/1995): | Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996. |
| Hauptgutachten XII: | (1996/1997): | Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998. |
| Hauptgutachten XIII: | (1998/1999): | Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000. |
| Hauptgutachten XIV: | (2000/2001): | Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003. |
| Hauptgutachten XV: | (2002/2003): | Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005. |
| Hauptgutachten XVI: | (2004/2005): | Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006. |
| Hauptgutachten XVII: | (2006/2007): | Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008. |
| Hauptgutachten XVIII: | (2008/2009): | Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010. |
| Hauptgutachten XIX: | (2010/2011): | Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012. |

Sondergutachten

- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
- Sondergutachten 3: Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
- Sondergutachten 4: Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
- Sondergutachten 6: Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.

- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.
- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreis Krankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreis Krankenhaus Mellrichstadt). 2006.

- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 50: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 51: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008.
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
- Sondergutachten 55: Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010.
- Sondergutachten 56: Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010.
- Sondergutachten 57: Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010.
- Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.
- Sondergutachten 59: Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.
- Sondergutachten 60: Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
- Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
- Sondergutachten 62: Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
- Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.
- Sondergutachten 64: Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013.
- Sondergutachten 65: Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014.
- Sondergutachten 66: Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014.
- Sondergutachten 67: Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren. 2014.