

Fusions- und Kartellerleichterungen für Zeitungsverlage aus wettbewerbs- rechtlicher Sicht*

Von Franz Jürgen Säcker**

Zusammenfassung: Medienvielfalt im Bereich der Printmedien kommt über privatwirtschaftliche Verlagsunternehmen zustande. Der Aufsatz kritisiert Bestrebungen, die Bestimmungen über die Fusionskontrolle (§ 36 GWB) und das Kartellverbot (§§ 1, 2 GWB) zugunsten der Presseunternehmen aufzulockern, und rät zu unverändertem Festhalten am allgemeinen Kartellverbot und an den Eingriffskriterien der Fusionskontrolle, um die Meinungsvielfalt zu sichern. Lediglich die sehr enge Markt-abgrenzung sollte vom Bundeskartellamt noch einmal neu überdacht werden. § 36 GWB liefert i. V. mit § 19 Abs. 2 GWB auch geeignete Kriterien, um konglomerate Zusammenschlüsse von Print- und elektronischen Medien zu beurteilen, wenn durch crossmediale Effekte eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird.

Summary: Private press enterprises guarantee diversity of opinion in the print media sector. The article criticises attempts to loosen the merger control laws (sec. 36 German Law Against Restraints on Competition) and the prohibition of cartel agreements (sec. 1, 2 German Law Against Restraints on Competition) for the benefit of media companies. Instead it recommends abiding by the general prohibition on cartel agreements and the existing criteria for merger control intervention in order to secure diversity of opinion. Nevertheless, the FCO (Bundeskartellamt) may be well advised to reconsider its very narrow market definition. If a dominant position is created or strengthened by cross-media effects, sec. 36 and 19 (2) German Law Against Restraints on Competition provide adequate criteria in order to assess conglomerate mergers of print and electronic media companies.

1 Einführung

Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit hat die erweiterten Fusionsmöglichkeiten, die der Regierungsentwurf einer Siebten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in § 36 Abs. 1a und b vorsah, zwar nicht aus eigener Überzeugung¹, wohl aber angesichts des massiven Widerstands fallen lassen, der ihm aus der Wissenschaft², dem Wissenschaftlichen Beirat des BMWA³ und der Monopolkommission⁴ entgegen geschlagen ist. Der Tagesspiegel in Berlin kolportierte die Absage des Bundeswirtschaftsministers an die Reform des § 36 GWB mit den Worten, auch wenn man es ihm nicht zutraue, sei Wolfgang Clement manchmal bereit, kurz vor der Wand zu stoppen, durch die er partout mit dem Kopf wolle.⁵ Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit wollte als Gegenleistung für diesen Verzicht aber die Kooperationsmöglichkeiten der Zei-

* Vortrag vor dem Deutschen Institut für Wirtschaftsforschung (DIW) am 3. Dezember 2004 in Berlin.

** Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft, Institut für deutsches und europäisches Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Energierecht, E-Mail: saecker@zedat.fu-berlin.de

¹ Vgl. Clement (WuW 2004: 720 ff.)

² Bremer/Martini (ZUM 2003: 942 ff.), Immenga (ZWeR 2004: 329 ff.), Möschel (JZ 2004: 1060 ff.), Säcker (K&R 2003: 529 f.)

³ WuW 2004: 622 ff.

⁴ Sondergutachten 42.

⁵ Der Tagesspiegel vom 22. Oktober 2004.

tungsverlage im Anzeigengeschäft, im Vertrieb, Druck und Vordruck ausweiten und § 1 GWB für die Zeitungsverlage weithin gegenstandslos machen. Dabei wäre doch vorher zu fragen gewesen, ob nicht die neuen §§ 2 und 3 GWB ausreichend Spielraum für Kooperationsmöglichkeiten bieten.

2 **Geschichtliche Entwicklung und aktuelle Bedeutung der Pressefusionskontrolle**

1973 – 15 Jahre nach Inkrafttreten des GWB – wurde in Deutschland die Fusionskontrolle eingeführt; im Wirtschaftsministerium bereits vorhandene Entwürfe zur Schaffung presse-spezifischer Fusionskontrollnormen wurden mangels Aussicht auf Realisierung, wie mir der damals im Ministerium tätige spätere Präsident des Bundeskartellamtes, Dieter Wolf, erzählte, in den Gesetzentwurf gar nicht erst eingefügt.

Von ihren Aufgreifkriterien her war die zwingend präventive Fusionskontrolle (§ 24a GWB a.F.) auf Großunternehmen bezogen. Zwei der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen mussten Umsatzmilliardäre sein; bei der Ex-Post-Zusammenschlusskontrolle nach § 23 GWB a.F. war das maßgebliche Untersagungskriterium ein kumulativer Umsatzerlös der beteiligten Unternehmen von 500 Mill. DM. Die Vorschriften kamen nicht zur Anwendung, wenn das erworbene Unternehmen im letzten Geschäftsjahr weniger als 500 Mill. DM Umsatz hatte (§ 24 Abs. 8 GWB a.F.).

Diese Aufgreifkriterien passten naturgemäß nicht auf den Pressesektor mit seinen überwiegend lokalen und regionalen Strukturen. 1976 kam es dann zur Ergänzung des GWB um pressenspezifische Schwellenwerte. Die Umsätze der Presseunternehmen waren mit dem Faktor 20 zu multiplizieren. Eine Kontrolle ergab sich so bei einem Schwellenwert von 25 Mill. DM. Das entsprach bei Zeitungen einer Auflage von ca. 75 000 Exemplaren täglich. Noch heute hat, wie im Gutachten des Wiss. Beirats des BMWA⁶ festgestellt wird, ein Drittel der 349 statistisch erfassten Tageszeitungsverlage eine Auflage von weniger als 10 000 Exemplaren. Der Bundesgerichtshof⁷ und das Bundesverfassungsgericht⁸ haben diese Regelung als verfassungsgemäß befunden; Art. 5 Abs. 2 GG wird, da an die spezifische Sachstruktur des Bereichs angeknüpft wird, nicht verletzt.⁹ Das Untersagungskriterium für eine Fusion wurde aber nicht geändert. Auch eine Pressefusion wird nur dann untersagt, wenn sie zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

Die lokalen Leser- und Anzeigenmärkte sind heute durch verfestigte Monopolstellungen charakterisiert, die durch Wettbewerb von außen kaum angreifbar sind, weil Neugründungen (Zweitzeitungen) einen schweren Stand haben. Ein Inserent wird typischerweise den stärksten Anbieter als Werbeträger auswählen, so dass für Zweit- und Drittzeitungen nur noch ein bescheidener Teil des Werbeetats übrig bleibt. In den letzten Jahrzehnten sind in der Bundesrepublik nur noch vereinzelt Zeitungen neu gegründet worden, die die Anfangsphase überlebt haben (z.B. taz, Financial Times Deutschland). Dafür sind vor allem

⁶ Siehe Fußnote 3.

⁷ BGH, WuW/E BGH 1905.

⁸ BVerfG, WuW/E VG 307.

⁹ Anderer Ansicht damals Bettermann (Grenzen der Grundrechte 1968: 22 ff.)

zwei Umstände verantwortlich, die zu einem gravierenden Marktzutrittschindernis führen.¹⁰ Eine lokale oder regionale Zeitung kann Leser nur gewinnen, wenn sie von Anfang an mit einem für die Zielgruppe interessanten Inhalt startet. Sie muss deshalb eine ausreichend große, kostenträchtige Redaktion aufbauen, auch wenn sie zunächst nur geringe Erlöse erzielt. Für Werbekunden ist eine Zeitung umso attraktiver, je mehr Leser sie nachweisen kann. Dies Ziel ist nur mit langem Atem und hohem Werbeetat zu erreichen. Das schreckt einen Marktzutritt von Newcomern wirksam ab. Überdies ist, wie die hohe Popularität alter Titel in den neuen Bundesländern zeigt, bei den Lesern eine hohe Titeltreue vorhanden. Die Wahl einer Tageszeitung ist in der Regel „eine Entscheidung für das ganze Leben“.¹¹

Viele lokale Zeitungen nutzen heute bereits die Möglichkeiten zur Kooperation aus. Sie verfügen in vielen Fällen über einen regionalen Mantel, der mit einem eigenständigen lokalen Teil verbunden wird. Die Zusammenarbeit zwischen Zeitungsverlagen bezieht sich aber auch auf die Anzeigenakquisition, auf den Austausch von Lokalberichten, auf den Druck sowie auf gemeinsame Internetangebote, Hörfunk- und Fernsehprogramme, Zustellungs- und Postdienste. Mehr als die Hälfte der Deutschen lebt bereits in Einzeitungskreisen. Auf den überregionalen Märkten herrscht dagegen intensiver Wettbewerb, wie ein Blick auf die Zeitungskioske und die Werbe- und Abwerbeangebote zeigt. Eine wichtige Rolle spielt auch, wie bereits das Kammergericht¹² betont hat, der Substitutionswettbewerb, der von Wochenzeitungen, Nachrichtenmagazinen sowie vom Rundfunk und Fernsehen ausgeht. Auf der Internetebene kommen Stellen-, Wohnungs- und Freizeitreisemärkte sowie sonstige Anzeigenmärkte hinzu.

Die im geltenden Kartellrecht enthaltene pressespezifische Fusionskontrolle hat, wie keiner besonderen Hervorhebung bedarf, unmittelbare Bedeutung für die Sicherung der Grundbedingungen freiheitlicher Demokratie. Sie schränkt nicht das in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG enthaltene Grundrecht der Pressefreiheit ein, sondern sichert durch Herabsetzung der allgemeinen Umsatzschwellen für Presseunternehmen in sachgerechter Weise die Selbstständigkeit lokaler und regionaler Zeitungsverlage. Das Bundesverfassungsgericht hat daher in seiner Entscheidung *Münchner Anzeigenblätter* vom 29.8.1983¹³ zu Recht festgestellt:

„Bei den in Rede stehenden Bestimmungen handelt es sich um allgemeine Gesetze im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG, da sie sich nicht gegen die Presse, namentlich nicht gegen einen bestimmten Kommunikationsinhalt richten. Dass der Dritten GWB-Novelle auch medienpolitische Motive zugrunde lagen, ist für die Allgemeinheit dieser Regelungen ohne Bedeutung. Nach ihrer objektiven Funktion und ihrer legislatorischen Zielsetzung dienen sie in erster Linie der Bekämpfung wirtschaftlicher Macht. Die Pressefunktionskontroll-Novelle hat keine Sonderkriterien spezifisch publizistischen Wettbewerbs eingeführt, sondern bei völliger Identität der materiellen Eingriffskriterien mit denen der allgemeinen Fusionskontrolle lediglich spezifische Anpassungen an Sonderstrukturen der Pressemärkte gebracht.“

10 Vgl. dazu das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats des BMWA, Fußnote 3.

11 Vgl. Fußnote 10.

12 Vgl. KG WuW/E OLG 3807 Gruner+Jahr – Zeit; WuW/E BGH 112: 211 3f. Gruner+Jahr – Zeit; wenig überzeugend BGH mit seiner These, dass nur asymmetrisch auf die Wettbewerber einwirkender Substitutionsgüterwettbewerb beachtlich sei; dagegen Säcker (ZWeR 2004: 1, 19 ff.)

13 BVerfG, Beschl. vom 29.8.1983 – 1 BvR 516/82, WuW/E VG 307.

Auch der Europäische Gerichtshof hat den engen Zusammenhang, der zwischen Meinungsvielfalt und Medienvielfalt besteht, herausgestellt und in seiner Entscheidung Familiapress¹⁴ geäußert:

„Diese Vielfalt [sc.: der Medien] trägt nämlich zur Wahrung des Rechts der freien Meinungsäußerung bei, das durch Art. 10 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten geschützt ist und zu den von der Gemeinschaftsordnung geschützten Grundrechten gehört.“

3 Änderungen des Pressefusionskontrollrechts

Der Regierungsentwurf zur Siebten GWB-Novelle wollte in dreifacher Hinsicht Änderungen herbeiführen. Die Umsatzschwelle als Aufgreifkriterium sollte erhöht werden. Für den Zusammenschluss von Presseunternehmen sollten nicht mehr 25 Mill. Euro, sondern künftig 50 Mill. Euro in Ansatz gebracht werden (§ 38 Abs. 3 GWB-RE). Darüber hinaus sollte eine *Anschlussklausel* als Bagatellgrenze eingeführt werden, um es den Eigentümern kleinerer Presseverlage zu ermöglichen, das in den Verlag investierte Kapital optimal zu verwerten und diesen gegebenenfalls auch an den im Umfeld tätigen marktbeherrschenden Presseverlag zu veräußern, der den höchsten Preis bietet. Zusammenschlüsse von Presseunternehmen sollten danach nicht mehr der Zusammenschlusskontrolle unterfallen, wenn eines der beteiligten Unternehmen weniger als 2 Mill. Euro Umsatzerlöse im letzten Geschäftsjahr erzielt hat (§ 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB-RE).

Beide Regelungen hätten vor dem Hintergrund der zuvor genannten Zahlen zu einer erheblichen Ausweitung des kartellfreien Raums für Pressezusammenschlüsse geführt. Die Monopolkommission hat in ihrem Sondergutachten zur Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle¹⁵ die Auswirkungen dieser Regelungen auf Pressefusionen dargestellt. Die Anschlussklausel im Pressebereich in Höhe von 2 Mill. Euro würde danach bedeuten, dass die Übernahme von Verlagen mit einer Auflage bis zu ca. 5 000 Stück kontrollfrei wäre. Die im Regierungsentwurf vorgesehene Anhebung der Umsatzschwelle von 25 auf 50 Mill. Euro würde dazu führen, dass Zusammenschlüsse von Verlagen mit einer gemeinsamen Auflage bis zu 120 000 Stück pro Tag kontrollfrei wären. Bisher waren nur Fusionen bis zu einer gemeinsamen Auflage von ca. 60 000 Stück ausgenommen. Ob diese gravierende Änderung der Pressefusionskontrollvorschriften sachlich gerechtfertigt wäre, ist nicht unproblematisch;¹⁶ denn die Vielfalt des Angebots im lokalen und regionalen Bereich wird ganz überwiegend von kleinen und mittleren Unternehmen geprägt, deren Zeitungen keine kumulierte Auflage von 120 000 Exemplaren pro Tag erreichen. Die Konzentrationsbeschränkung im Bereich der Presse hat vor diesem Hintergrund damit einen unbestreitbaren Bezug zur Gewährleistung der Pressefreiheit. In der Regierungsbeurteilung zur Einführung einer spezifischen Pressefusionskontrolle 1976 hieß es dazu:

„Im Bereich der Presse wird, entsprechend der Leserauffassung nicht nur zwischen Tages- und Sonntagszeitungen, Wochenblättern sowie Publikumszeitschriften zu unterscheiden sein. Je nach Inhalt, Charakter, Leserkreis, der Erscheinungsweise, Vertriebsform und ande-

14 EuGH, Urteil vom 26.6.1997 – Rs C-368/95, Slg. 1997, I-3689, 3715 RdNr. 18.

15 Siehe Fußnote 4.

16 Vgl. zur Kritik die in Fußnote 2 genannten Autoren.

ren für den Leser entscheidenden Merkmalen der einzelnen Publikationen sind innerhalb der genannten großen Gruppen, z. B. bei Tageszeitungen, mehrere relevante Märkte denkbar. Als nicht gleichartig mit den Informationsangeboten der Presse sind die entsprechenden Leistungen von Rundfunk, Fernsehen und Film anzusehen.“¹⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat daraus abgeleitet, dass die Freiheit der Meinungsbildung im gesellschaftlichen und politischen Raum durch die Pressefreiheit abzusichern sei. Wörtlich heißt es in der Entscheidung¹⁸:

„In der repräsentativen Demokratie steht die Presse zugleich als ständiges Verbindungs- und Kontrollorgan zwischen dem Volk und seinen gewählten Vertretern in Parlament und Regierung. Sie fasst die in der Gesellschaft und in ihren Gruppen unaufhörlich sich neu bildenden Meinungen und Forderungen kritisch zusammen, stellt sie zur Erörterung und trägt sie an die politisch handelnden Staatsorgane heran, die auf diese Weise ihre Entscheidungen auch in Einzelfragen der Tagespolitik ständig am Maßstab der im Volk tatsächlich vertretenen Auffassungen messen können. [...] Presseunternehmen müssen sich im gesellschaftlichen Raum frei bilden können. Sie arbeiten nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen und in privatrechtlichen Organisationsformen. Sie stehen miteinander in geistiger und wirtschaftlicher Konkurrenz, in die die öffentliche Gewalt grundsätzlich nicht eingreifen darf.“

Nur bei funktionsfähigen wettbewerblichen Strukturen kann die Presse diesen Beitrag zur Medienvielfalt leisten. Die geltenden Vorschriften haben über 20 Jahre hinweg im Großen und Ganzen die Pressevielfalt erhalten und den Konzentrationsprozess wirksam gestoppt. Wenn nunmehr bestehende Normen modifiziert werden sollen, ist der Verdacht nicht von der Hand zu weisen, dass Bewährtes nur deshalb geändert werden soll, weil es den betroffenen Unternehmen die Realisierung von „windfall profits“ aus Wettbewerbsbeschränkungen zum Nachteil von Lesern und Anzeigenkunden erschwert.¹⁹

Wenn es um die Beachtung der Normen des Kartellrechts geht, erweist sich, wie schon *Franz Böhm* beklagte, die Tugend der Beachtung dieser Normen für die Unternehmen als schwer, die Sünde ihrer Missachtung dagegen als süß. Diskussionswürdig können nur Reformvorschläge sein, die die Stärkung und nicht die Schwächung der marktwirtschaftlichen Ordnung zum Ziel haben. Allen Änderungswünschen, die auf Abschaffung der pressezuspezifischen Fusionskontrolle, auf Schaffung von Sonderkooperationsrecht unter Derogierung der §§ 1 ff. GWB und auf Ersetzung der externen Marktkontrolle durch innere Pressefreiheit gerichtet sind, ist daher nicht nur aus verfassungsrechtlichen Gründen, sondern auch ordnungspolitisch eine strikte Absage zu erteilen.

Mit Verständnis können die Presseunternehmen dagegen rechnen, wenn sie ihrerseits die sachgerechte Anwendung des allgemeinen Kartellrechts auch für ihre Unternehmen fordern. Die Presseunternehmen sehen, dass die Buchverlage dank der „Modifikation“ des Bedarfsmarktkonzeptes durch die Bonner und Brüsseler Kartellbehörden nahezu nach Lust und Laune fusionieren können (Beck/Nomos, Bertelsmann/Wissenschaftsverlag Springer). Familien-, Kartell- und Baurechtbücher sollen nach Ansicht der Kartellbehör-

¹⁷ BT-Drs. 7/2954: 5.

¹⁸ BVerfGE 20: 162, 174f.; ebenso BVerfGE 52: 283, 296, Tendenzbetrieb.

¹⁹ Vgl. zur Kritik insbesondere Möschel (JZ 2004: 1060 ff.)

den einen einheitlichen Markt bilden, Kardiologie- und Gynäkologielehrbücher ebenfalls. Briefmarken-, Angel- und Jagdzeitschriften sollen dagegen nicht *einem* Hobbyzeitschriftenmarkt, sondern getrennten Märkten angehören. Selbst Elektronikzeitschriften werden verschiedenen relevanten Märkten zugeordnet.²⁰ Lokalausgaben überregionaler Zeitungen sollen nicht mit Lokalzeitungen konkurrieren, sondern unterschiedlichen Märkten angehören. Solche nur schwer erklärbaren Inkonsistenzen bei der Gesetzesanwendung bedürfen der Korrektur, zumal der Wettbewerbsdruck elektronischer Medien vor allem im Bereich der Anzeigenmärkte bei Kfz-Anzeigen, Immobilien- und Stellenanzeigen sowie Urlaubs- und Freizeitangeboten deutlich zunimmt und den Printmedien zu schaden macht. Die durch das Bedarfsmarktkonzept induzierte allzu enge Marktabgrenzung, die den potenziellen Wettbewerbsdruck anderer Medien und die Angebotsumstellungsflexibilität marktnah tätiger Unternehmen ignoriert, ist für die Pressemärkte korrekturbedürftig.

4 „Innere“ statt „äußerer“ Pressefreiheit?

4.1 Innerstaatliche Problematik

Die Pressefusionskontrolle hat, wie schon gesagt, in den letzten beiden Jahrzehnten die rechtliche Selbständigkeit und wirtschaftliche Unabhängigkeit vieler Zeitungen gesichert. Die Zulassung von Pressefusionen, die marktbeherrschende Stellungen verstärken, sofern die beteiligten Verlage nachweisen, dass die redaktionelle Selbständigkeit der Zeitungen oder Zeitschriften auch nach dem Vollzug des Zusammenschlusses gewährleistet ist, würde die Selbständigkeit vieler Zeitungsverlage beseitigen. Die Regelung im Regierungsentwurf knüpft an eine gute Idee an und setzt sie für eine schlechte Sache ein. Ohne ein Mindestmaß an journalistischer Freiheit in der Redaktion lässt sich keine interessante, lesenswerte Zeitung machen. Deshalb müssen z.B. Lokalzeitungen Spielraum haben, lokale Ereignisse nach eigenen Vorstellungen darzustellen und zu kommentieren. Wenn eine Bonner und eine Kölner Lokalzeitung unter dem Dach eines Konzerns zusammengefasst würden, bedürfte es daher keiner rechtlichen Absicherung der redaktionellen Selbständigkeit; sie würde den Redaktionen im wirtschaftlichen Eigeninteresse des Verlegers gewährt, damit die Zeitungen Erfolg haben. Anders ist die Situation, wenn lokale, regionale oder überregionale Zeitungen dasselbe Verbreitungsgebiet haben und um dieselben Anzeigen und Leser ringen. In diesen Fällen wird der Verleger dafür Sorge tragen, dass die von ihm herausgegebenen Zeitungen sich nicht gegenseitig kannibalisieren, sondern, als Einheit betrachtet, das bestmögliche Ergebnis erzielen. Er wird deshalb seine verlegerischen Kompetenzen dahin ausüben, dass die Redaktionen und die Verlagsgeschäftsführer zur Erreichung dieses Ziels durch Abgrenzung spezifischer Leserkreise nach Bildungsniveau, Beruf und Interesse, durch Kombination der Anzeigen und durch Kooperation bei Einkauf, Druck und Vertrieb optimal zusammenarbeiten. Der Verleger wird die von ihm herausgegebenen Zeitungen also – genauso wie es der Vorstand eines Automobil- oder Nahrungsmittelkonzerns mit seinen Produkten/Marken tun würde – so im Markt platzieren, dass sie der Konkurrenz möglichst viele Käufer und Anzeigen wegnehmen, aber im Verhältnis zueinander optimal kooperieren. Wettbewerb im Konzern ist Antriebs- und Steuermittel zur Motivierung und Aktivierung der Kraftreserven der eigenen Mitarbeiter und soll ihren sportlichen Ehrgeiz entfachen, das erfolgreichste Produkt im Konzern her-

²⁰ Nähere Nachweise dazu bei Säcker (ZWeR 2004: 1, 20 ff.), ferner Golz (Der sachlich relevante Markt bei Verlagserzeugnissen 2003: 275 ff.)

zustellen. Der konzernintern inszenierte Wettbewerbsdruck braucht nicht rechtlich garantiert zu werden; er ist bei einer modernen Konzernführung immer spürbar, oder aber er ist bei „zentralistischem“ Hineinregieren des Verleger-Eigentümers ausgeschaltet und kann dann auch durch nichts rechtlich abgesichert werden. Das vom Verleger gewährte, durch das Eigentümerinteresse limitierte Ausmaß an Meinungsvielfalt in seinen Presseorganen²¹ hat nichts mit publizistischer Freiheit zu tun.

Der wissenschaftliche Beirat des BMWA und die Monopolkommission haben zudem zutreffend auf den Zusammenhang von Leser- und Werbemärkten aufmerksam gemacht.²² Der Inhalt einer Zeitung entscheidet über das Ausmaß ihrer Attraktivität bei den Lesern und damit auch über ihre Attraktivität bei den Werbekunden. Wichtige Teile der Zeitung werden unter dem Einfluss des Anzeigengeschäfts entwickelt (z.B. Auto und Technik, Urlaubsreisen und Immobilien), um damit den redaktionellen Teil der Zeitung mit dem Anzeigengeschäft räumlich und inhaltlich zu verzahnen. Die Arbeit der Redaktion dient hier den wirtschaftlichen Interessen des Verlages. Eine Entkopplung widerspräche den Zielvorgaben des auf Profitabilität ausgerichteten privatrechtlichen Presseunternehmens. Die Einbettung des Tagesspiegels in vier Werbeseiten von H&M am 17.11.2004 und die Unterordnung selbst des Titelblattes unter kommerzielle Werbeinteressen offenbart auch dem wohlwollenden Betrachter den Zusammenhang zwischen ökonomischer und redaktioneller Leitung eines Blattes.

Problematisch ist auch die gesetzlich geforderte Absicherung der selbständigen redaktionellen Einheit. Würde der Verleger durch eine vertragliche Absicherung der Redaktionsautonomie gehindert, die grundsätzliche Ausrichtung seiner Zeitung zu bestimmen, Journalisten, die aus seiner Sicht die qualifiziertesten sind, einzustellen oder Maßnahmen zu treffen, die „rote Zahlen“ beseitigen beziehungsweise die Profitabilität steigern sollen, so wäre eine auf dieses Ziel gerichtete Auflage ein Bruch mit der bestehenden freiheitlichen Grundverfassung der Presse und mit der Kapitalverkehrsfreiheit der EG-Verträge.²³

Könnte das Bundeskartellamt vorschreiben, dass die redaktionelle Selbständigkeit vertraglich erhalten bleiben müsse, weil andernfalls die Zusage redaktioneller Unabhängigkeit Schall und Rauch wäre, so würden sich grundlegende verfassungsrechtliche, EG-rechtliche und mitbestimmungsrechtliche Konflikte ergeben. Der Entzug grundlegender verlegerischer Entscheidungsbefugnisse wäre weder mit der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) noch mit der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) des Zeitungseigentümers vereinbar. Er widerspräche auf europäischer Ebene der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EG), die für den Investor die Befugnis der Ausübung grundlegender Eigentumsrechte einschließt. Auf mitbestimmungsrechtlicher Ebene widerspräche die Beseitigung der verlegerischen Weisungsrechte den Wertungen von § 1 Abs. 4 MitbestG und § 1 Abs. 2 DrittelbeteiligungsgG, die den Schutz der Tendenzautonomie des Verlegers bei unternehmensbezogenen Entscheidungen gewährleisten.

²¹ Vgl. dazu Mertens (NJW 1970: 1719 ff.), H. Westermann (In: Festschrift für Schnorr v. Carolsfeld 1973: 517, 526 ff.), Wiedemann (ZGR 1975: 385, 413 ff.), Säcker (Archiv für öffentliche und freigemeinnützige Unternehmen, 9/1972: 193, 203 m.w.N.)

²² Vgl. oben Fußnote 3 und 4.

²³ Näher dazu Säcker (BB 2003 2245 ff.)

Die Erhaltung redaktioneller Eigenständigkeit verlangte, wenn sie sich auch bei schwerem Sturm und roten Zahlen bewähren soll, nach rechtlicher Absicherung durch klare Absprachen. Solche Absprachen, die die Kompetenzen zwischen Verleger und Redaktion bei der Gestaltung der Zeitung abgrenzen und der Redaktion maßgeblichen Einfluss auch auf Personalentscheidungen innerhalb der Ressorts geben, schränken die durch das Grundrecht der Pressefreiheit sowie durch § 118 BetrVG geschützte Tendenzautonomie des Verlegers, d.h. seine gegenüber Betriebsrat und Redakteuren geschützte Befugnis ein, die grundsätzliche Ausrichtung der Zeitung zu bestimmen. Der Verleger kann im Hinblick auf die institutionelle Garantie der Pressefreiheit in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht souverän über die innere Verfassung des Verlages bestimmen, sondern ist dabei an die Vorgaben des geltenden Rechts gebunden. Dieses schließt zwingend eine Beteiligung der Arbeitnehmer und damit auch der Redakteure an unternehmerischen Entscheidungen des Verlegers aus.

Durch die Zuerkennung besonderer Mitwirkungsrechte an die Redaktion würde eine pressezufällige Redaktionsverfassung geschaffen, die mit dem Sinn der §§ 3 und 118 BetrVG unvereinbar ist. § 118 Abs. 1 BetrVG schränkt die Mitbestimmungsmöglichkeiten des Betriebsrates ein, um eine im Kern mitbestimmungsfreie Autonomie des Verlegers zu gewährleisten, nicht aber, um Raum für Redaktionsautonomie gegenüber dem Verleger zu schaffen. § 3 BetrVG erlaubt deshalb nicht die Schaffung zusätzlicher Betriebsvertretungen, die den Redakteuren Sonderrechte einräumen, die dem Betriebsrat als Repräsentanten der Gesamtbelegschaft nicht zustehen. Diese Feststellungen sind Ergebnis einer langen, kontroversen Diskussion, die beim 49. Deutschen Juristentag 1972 ihren Höhepunkt und Abschluss fand²⁴.

4.2 EG-rechtliche Probleme

EG-rechtlich betrachtet, beeinträchtigt die Absicherung der redaktionellen Unabhängigkeit die Freiheit anderer, insbesondere ausländischer Verlage, Anteile an deutschen Presseunternehmen zu erwerben, da die Steuerung der Redaktion durch den Eigentümer im Hinblick auf wirtschaftlichen Erfolg und Profitabilität nur noch beschränkt möglich ist. Nicht nur durch „golden shares“, sondern auch durch Entzug der typischen, im Eigentum wurzelnden Entscheidungskompetenzen kann die Ausübung der EG-vertraglichen Grundfreiheiten behindert werden, wie der Europäische Gerichtshof in seinen Urteilen vom 13. Mai 2003²⁵ präzise herausgearbeitet hat. Durch Art. 56 Abs. 1 EG wird der freie Kapi-

24 Umfassende Nachweise dazu bei Richardi (BetrVG, 8. Aufl. 2002, § 118 RdNr.: 235 ff., 231 ff.), Rütters (DB 1972: 2471 ff.), Mayer-Maly (Arbeitsrecht-Blattei: Tendenzbetrieb I 32; ders., BB 1973: 761, 767 f.), Schwerdtner (JR 1972: 357f.), teilweise A. Kübler (Gutachten zum 49. DJT 1972. In: Verhandlungen des 49. DJT, Bd. 1/D: 73 ff.)

25 Vgl. EuZW (2003: 536, 539): „Eine Regelung, die den Erwerb von Beteiligungen einschränkt oder in anderer Weise die Möglichkeiten beschränkt, sich an der Verwaltung einer Gesellschaft oder an deren Kontrolle zu beteiligen [...], stellt eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs dar.“ Nach EuGH EuZW (2003: 534) kann der freie Kapitalverkehr als tragender Grundsatz des Vertrages nur dann durch eine nationale Regelung beschränkt werden, wenn „diese aus den in Art. 58 I EG genannten Gründen oder durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Ferner ist die nationale Regelung nur dann gerechtfertigt, wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zwecks zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was für Erreichung dieses Zwecks erforderlich ist, so dass sie dem Kriterium der Verhältnismäßigkeit entspricht.“ Die Zulassung marktbeherrschender Stellungen auf Pressemärkten, wenn durch Vereinbarungen zum Schutz der inneren Pressefreiheit die Möglichkeit zur Steuerung des marktbeherrschenden Unternehmens durch den (ausländischen) Investor beseitigt wird, vergrößert die Disharmonien mit dem europäischen Wettbewerbsrecht, die doch gerade nach dem Willen des Gesetzgebers beseitigt werden sollen, ohne dass ein zwingender Grund des Allgemeininteresses für diese Relativierung der wettbewerblichen Ordnung der Presse ersichtlich ist.

talverkehr zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern geschützt; alle Beschränkungen sind grundsätzlich verboten. So wenig wie der Erwerb von Anteilen an Presseunternehmen in der EG daher von einer außenwirtschaftsrechtlichen Genehmigung abhängig gemacht werden kann, so wenig darf der Erwerb auch durch hoheitliche Auflagen behindert werden, die die Ausübung der Eigentümerbefugnisse substantiell beeinträchtigen und den „agent“ mittels Redaktionsautonomie zum „principal“ machen. Eigentum ist immer auch Verfügungsmacht, und die staatlich veranlasste Abspaltung grundlegender Rechte von der formalen Eigentümerposition zugunsten einer weitreichenden Autonomie des Managements ist EG-rechtlich eine Behinderung der Kapitalverkehrsfreiheit, die auch mit der Angst vor Murdoch und Berlusconi i.S. eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses nicht gerechtfertigt werden kann. Die Mitgliedstaaten haben ihre Rechtsordnung so einzurichten, dass die praktische Wirksamkeit der Grundfreiheiten und der Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages effektiv zur Geltung kommt²⁶. Jeder Versuch, durch Redaktionsstatute ausländische Verlage von Deutschland fernzuhalten, wäre ein mit dem europäischen Binnenmarkt unvereinbares provinzielles Denken, und Provinz findet bekanntlich nicht in der Landschaft, sondern in den Köpfen statt.

5 Erweiterte Zulassung von Sanierungsfusionen im Pressebereich?

Gelegentlich ist zu hören, dass das deutsche Kartellrecht doch nicht „päpstlicher sein müsse als der Papst“; auch im US-amerikanischen Antitrust-Recht gebe es in Erweiterung der Failing-company-Doktrin die Möglichkeit, Pressefusionen zuzulassen, wenn die Unabhängigkeit der Redaktion garantiert sei (Newspaper Preservation Act von 1970). Dies ist entgegen der Ansicht der Bundesregierung unzutreffend:

Der Newspaper Preservation Act findet nur auf „joint newspaper operating arrangements“, nicht auf Vollfusionen Anwendung und erlaubt das „joint arrangement“ nur zur Rettung eines Verlages, der „in probable danger of financial failure“ ist. Das Gesetz stellt „predatory practices“ nicht frei, erlaubt also z.B. keine 20-jährigen Verlustübernahmeverträge, wie sie z.B. vom Holtzbrinck-Verlag zur Erreichung einer Ministererlaubnis im Fall Tagesspiegel/Berliner Zeitung angeboten worden sind. Schließlich wird die Kooperationserlaubnis nur erteilt, wenn die Eigentümer bewiesen haben, dass kein kaufbereiter Interessent vorhanden ist („The owner must carry the burden of demonstrating that none of those buyers could continue to operate the paper as an independent daily.“).²⁷

Wenn der Gesetzgeber sich an der US-amerikanischen Regelung orientieren will, so sollten diese Einschränkungen beachtet werden; § 36 Abs. 1b GWB-RE reichte dazu nicht aus. Wichtiger erscheint, die mit der 6. GWB-Novelle eingeleitete und mit dem Regierungsentwurf einer 7. GWB-Novelle fortgeführte Europäisierung des deutschen Kartellrechts konsequent durchzuführen und keine neuen nationalen Ausnahmereiche zu schaffen, die den Wettbewerbsdruck reduzieren.

²⁶ So EuGH, Urteil vom 9.9.2003, Rechtssache C-198/01 Fiammiferi; näher zu dieser Rechtsprechung Säcker (Neues Energierecht. 2. Aufl. 2003: 162 ff.)

²⁷ Näher dazu Säcker (BB 2003: 2245, 2248).

Auch wenn nicht wenige Verlage nach Jahren extrem hoher Gewinnraten wegen konjunkturell rückläufiger Werbeeinnahmen, strukturbedingter Verlagerungen eines Teils des Anzeigengeschäfts in das Internet und eines Rückgangs der Verkäufe rote Zahlen hinnehmen mussten, so kann dies kein Grund dafür sein, statt effizienter Kostensenkungs- und Rationalisierungsmaßnahmen sowie verstärkter publizistischer Anstrengungen auf Änderungen des Kartellrechts zu setzen, um Verluste durch Gewinne aus Wettbewerbsbeschränkungen auszugleichen. Höhere innerbetriebliche Effizienz ist kein Rechtfertigungsgrund für die Einschränkung.

Insbesondere ist davor zu warnen, in Analogie zum Rundfunkmodell um Presseabteilungen erweiterte Landesmedienanstalten mit der Evaluierung der Redaktionsautonomie zu betrauen. Dies wäre dann das Ende der marktwirtschaftlichen Ordnung einer freien Presse und der schleichende Übergang in eine Staatspresse. Die von manchen Journalisten zunächst noch hinter vorgehaltener Hand zu hörenden Stimmen, es sei nicht einzusehen, dass nur der einen öffentlichen Auftrag wahrnehmende Rundfunk, nicht aber auch die gleichfalls einen öffentlichen Auftrag wahrnehmenden Zeitungen subventioniert würden, sprechen eine klare Sprache.

6 Fusionskontrolle und Verhaltensauflagen

Fusionskontrolle ist nach deutschem Recht Marktstrukturkontrolle. § 40 Abs. 3 S. 2 GWB verbietet deshalb, die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen „einer laufenden Verhaltenskontrolle“ durch das Bundeskartellamt zu unterstellen; dabei muss es auch bei Pressefusionen bleiben. Der Regierungsentwurf will daher in § 36 Abs. 1a den „Altverleger“ zum Garanten der Unabhängigkeit der Redaktion machen. Das würde schief gehen. Dieser hat im Regelfall kein Interesse mehr an seinem früheren Blatt, das er ja, wenn er gekonnt hätte, zur Gänze verkauft hätte. Er wird daher immer auf der Seite des Erwerbers sein, wenn eine kontroverse Frage zu entscheiden ist, solange nur die vertraglich vereinbarte Garantiedividende gezahlt wird. Die geplante Regelung liefe daher leer. Vom Fortbestand einer funktionstüchtigen Pressefusionskontrolle hätte daher nicht mehr die Rede sein können, wenn der geplante § 36 Abs. 1a und b ins GWB gekommen wäre. Pressefusionen *aller* Art müssten – so zutreffend der Wissenschaftliche Beirat des BMWA²⁸ – nach der Entwurfsfassung genehmigt werden. Möglich wären dann Zusammenschlüsse zwischen Tagesspiegel und Berliner Zeitung (dem Anlass für die von der Bundesregierung angestrebte Neuregelung), Ruhr-Nachrichten und WAZ, Hamburger Morgenpost und Hamburger Abendblatt. Selbst ein Zusammenschluss WAZ/Holtzbrinck oder WAZ/Springer ließe sich mit § 36 Abs. 1a und b GWB-RE nicht ohne weiteres vermeiden.

Damit wäre die Fusionskontrolle um jede Wirkung im Medienbereich gebracht. Eine mit Augenmaß betriebene Fusionskontrolle im Pressebereich muss allerdings auf einer sachgerechten Abgrenzung der relevanten Märkte im Medienbereich aufsetzen. Die Abgrenzung der Märkte im Pressebereich muss noch einmal neu überdacht werden.²⁹ Das Bundeskartellamt unterscheidet zwischen einem (bundesweiten) Boulevardzeitungsmarkt und separaten Märkten für Abonnement-Tageszeitungen auf lokaler, regionaler und bundes-

²⁸ Siehe Fußnote 3.

²⁹ Vgl. Säcker (WuW 2004: 1036 ff.)

weiter Ebene und würdigt bei Fusionsvorhaben sehr kritisch crossmediale Effekte unter dem Aspekt der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die durch die Auflagenhöhe der Objekte beeinflussten Anzeigenmärkte werden vom Bundeskartellamt zu Recht als eigenständige Märkte angesehen, die allerdings in Zukunft in ihrem Zusammenspiel mit den elektronischen Werbemärkten betrachtet werden müssen. Die Anzeigenabhängigkeit der Printmedien kann durch Werbeeinnahmen aus dem Fernsehwerbemarkt deutlich gemindert werden, so dass zu prüfen ist, ob in Zukunft nicht von einem *einheitlichen* bundesweiten Werbemarkt ausgegangen werden muss. Es wachsen aber nicht nur aus der Sicht der Kunden, sondern auch aus der Sicht der integrierten Multimedienunternehmen Unterhaltung und Information in Wort und Bild crossmedial in einer zunehmend digital bestimmten Welt zusammen. Dies schafft die Möglichkeit, die auf den bislang getrennten Märkten bestehenden Kompetenzen einheitlich zu nutzen, in redaktioneller Hinsicht Synergieeffekte zu erzielen sowie in wirtschaftlicher Hinsicht günstige Kombinationsstarife zwischen Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften und Werbespots in Rundfunk und Fernsehen anzubieten. Ebenso ist im Rahmen von § 36 GWB zu würdigen, ob es im crossmedialen Konzern strategisch möglich und sinnvoll ist, konzerneigene Printmedien in Form geschickten *product placements* kostenlos in Fernsehsendungen zu platzieren bzw. konzerneigene Fernsehserien und ihre Stars in den Printmedien herauszustellen, um die Einschaltquoten zu erhöhen. Dies spräche für die Verstärkung einer vorhandenen marktbeherrschenden Stellung. Die Fusionskontrolle steht daher bei der Beurteilung crossmedialer Zusammenschlüsse vor neuen Herausforderungen.³⁰

7 Folgerungen

Eine künftige Reform der Pressefusionskontrolle sollte nicht unter dem Pseudo-Etikett der Schaffung von mehr „innerer“ Pressefreiheit erfolgen, um dadurch indirekt ausländische Verlage vom deutschen Markt fernzuhalten. Deutsche Verlage nehmen ganz selbstverständlich für sich das Recht in Anspruch, im Ausland Presseverlage zu gründen oder zu erwerben. Barrieren gegen ausländische Unternehmen sollen auch nicht mit dem ideologisch geprägten Begriff der Protektion der öffentlichen Aufgabe der Presse erfolgen. Wettbewerbspolitischer Orientierungspunkt für die Reform sollte immer das Bewusstsein sein, dass ökonomische und politische Freiheit Zwillingsschwester sind; es gibt auf Dauer nie die eine ohne die andere.

Bei der Novellierung der Pressefusionskontrolle sollte deshalb nicht Redaktionsautonomie gegen „äußere“ Pressefreiheit ausgespielt werden. Vernünftig wäre es vielmehr, die Ministererlaubnis im Pressebereich generell abzuschaffen, weil es unmöglich ist, auf der politischen Entscheidungsebene die gebotene Neutralität und Distanz gegenüber den Inhalten der Zeitungen und Zeitschriften zu wahren, um die es bei der Fusion geht.

8 Aufhebung des Kartellverbots für Zeitungsverlage

Fraglich ist, ob ein ausreichender Anlass besteht, das Kartellverbot – über §§ 2, 3 GWB hinausgehend – pressspezifisch aufzulockern. Schon jetzt ist bis zur Grenze der Preisab-

³⁰ Vgl. dazu Böge, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 17. August 2005, 11.

sprache jede effizienzsteigernde Kooperation möglich. Nach § 31 GWB-RE sollte das Verbot vertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen

„nicht für Vereinbarungen von Unternehmen (gelten), die jeweils Zeitungen oder deren Bestandteile verlegen, herstellen oder vertreiben, über eine Zusammenarbeit im Anzeigenbereich.“

Dies sollte, wie schon eingangs berichtet, auf Druck und Vertrieb ausgedehnt werden. Ebenso sollen Zusammenschlüsse vom Fusionsverbot ausgenommen werden, die diesen Kooperationszwecken dienen.

Klarstellend sei zunächst bemerkt, dass Art. 81 EG und die EG-VO Nr. 1/2003 in ihrem Anwendungsbereich nicht tangiert werden können; nur rein innerstaatliche Kooperationen können von § 1 GWB freigestellt werden. Das Ziel der Angleichung des deutschen Rechts an das EG-Recht, das die §§ 1, 2 GWB so nachhaltig verfolgen, wird damit aber für den Pressebereich aufgegeben.

Dies ist sachlich nicht zu rechtfertigen. § 2 GWB, der Art. 81 Abs. 3 EG nachgebildet ist, erlaubt Kooperationen unter folgenden vier Voraussetzungen:

1. Die Produkterzeugung beziehungsweise die Produktverteilung muss sich durch die Vereinbarung als Folge von Kosteneinsparungen durch „economies of scale or economies of scope“ oder durch Förderung des technischen Fortschritts verbessern.
2. Die vertragliche Wettbewerbsbeschränkung muss insgesamt unerlässlich sein, um die Effizienzgewinne zu erzielen; ebenso müssen die einzelnen sich aus der Vereinbarung ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen zum Zweck der Effizienzsteigerung notwendig sein.³¹
3. Die Verbraucher (Leser) müssen an den Effizienzgewinnen angemessen beteiligt werden: Je größer das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung ist, umso bedeutender müssen die Effizienzgewinne sein, die an die Verbraucher weitergegeben werden.
4. Der Wettbewerb darf für einen wesentlichen Teil der betreffenden Zeitungen durch die Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden.

Wenn es, wie die Begründung des Regierungsentwurfs³² behauptet, um die Hebung von Synergiepotentialen durch Kooperation geht, so liefert § 2 GWB dafür einen geeigneten Maßstab. Lassen sich *nur* durch die Kooperation Effizienzgewinne erreichen, an denen die Leser angemessen beteiligt werden, so können die Presseunternehmen die Kooperationsvereinbarung im Anzeigen-, Druck- und Vertriebsbereich abschließen, wenn wesentlicher Wettbewerb bestehen bleibt. Die Redaktionen der beteiligten Zeitungen und Zeitschriften können dann weiter in relativer Selbständigkeit arbeiten. Handelt es sich um mittelständische Verlage ohne extraterritoriale Wirkungen, vergrößert § 3 GWB diesen Kooperationspielraum nochmals. Voraussetzung aber bleibt, dass das Ziel der Kooperation die Verbes-

31 Vgl. Bekanntmachung zu Art. 81 Abs. 3 EG vom 27.4.2004, Abl. EU Nr. C 101/97 RdNr. 73.

32 BT-Drs. 15/3640: 37.

serung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist. Dieses Merkmal ist aber nicht in § 31 GWB-RE aufgenommen worden – offenbar weil die Bundesregierung nicht einmal diese minimale Zielvorgabe für eine Kooperation im Anzeigen-, Vertriebs-, Druck- und Vordruckbereich aufstellen wollte.³³ § 31 GWB-RE sollte also – dechiffriert gesprochen – Preis- und Konditionenkartelle für alle Zeitungsverlage unabhängig von ihrer Größe und Marktmacht erlauben, ohne dass irgendwelche Effizienz- oder Synergievorteile hätten nachgewiesen werden müssen. Dies ist weder system- noch sachgerecht, sondern es schafft *Sonderrecht* nach dem Wunsch einer Branche, das von Politikern bewilligt wird, die offensichtlich nicht die Kraft haben, Verlegerwünschen Grenzen zu setzen. Andere Branchen, die Anpassungsprobleme haben, werden auf Gleichbehandlung mit den Zeitungsverlagen drängen, die Zeitschriftenverlage tun dies bereits. Die Werbung treibenden Unternehmen, insbesondere die Markenartikelindustrie wird durch weitere Konzentration im Bereich der Mediaagenturen versuchen, eine „countervailing power“ gegenüber den kartellierten Preisen für Werbeanzeigen aufzubauen. Das Ergebnis wäre ein unvermeidbarer Konzentrationsprozess mit nivellierenden Wirkungen auf kreative Vielfalt und Eigenständigkeit. Ein Strukturwandel im Medienbereich zugunsten der elektronischen Medien kann nicht durch dauerhafte Intervention in die Marktstrukturen, die die Printmedien in der raschem Wandel unterworfenen Realität antreffen, „abgefedert“ werden. Temporäre Anpassungsschwierigkeiten können nach Maßgabe der §§ 2 und 3 GWB gelöst werden. Strukturkrisenkartelle können unter engen Voraussetzungen gleichfalls ein Ausweg sein, den Art. 81 Abs. 3 EG nicht verbaut. Eine weiterreichende Privilegierung ist nicht zu rechtfertigen, zumal auch Presseunternehmen der Weg der Diversifikation in die elektronischen Medien offen steht (Beispiel Axel Springer Verlag).

Es bedarf auch keiner gesetzlichen Klarstellung der weitreichenden Kooperationsmöglichkeiten der Presseunternehmen durch eine besondere Vorschrift. Die Bestimmung der Reichweite der §§ 2, 3 GWB ist heute ohne Schwierigkeiten möglich. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 09.07.2002³⁴ unter Aufhebung der gegenteiligen Entscheidung des Bundeskartellamtes ein von drei großen überregionalen deutschen Tageszeitungen gegründetes Gemeinschaftsunternehmen als von § 1 GWB freigestellt angesehen, weil es dazu diene, auf dem Markt für Stellenanzeiger gegenüber der FAZ als dem bei weitem marktstärksten Unternehmen auf diesem Markt wettbewerbsfähig zu werden. Zur Begründung verwies der Bundesgerichtshof auf die „strukturelle Besonderheit“ des Marktes, wo sich die Nachfrage auf den stärksten Anbieter konzentriere. Durch die Zusammenarbeit werde das Kräfteverhältnis auf diesem Markt kompetitiv in positiver Weise beeinflusst und erlaube so auch schwächeren Marktteilnehmern einen verbesserten Zugang zum Markt. Mit der gleichen Erwägung lassen sich Kooperationsformen rechtfertigen, die kompensatorisch der durch die dynamische Entwicklung der elektronischen Medien bewirkten partiellen Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation der Printmedien begegnen wollen.

Aber auch solche Zusammenarbeit muss wettbewerbspolitisch domestiziert werden und sich im weitgespannten Rahmen der §§ 2 und 3 GWB halten. Bis heute ist von den Zeitungsunternehmen kein wettbewerbspolitisch vertretbares Kooperationsvorhaben zur Leistungssteigerung vorgestellt worden, das sich im Rahmen der §§ 2 und 3 GWB nicht

33 So auch die Kritik von Immenga (ZWeR 2004: 350).

34 BGH, WuW/E DE-R 919, 923f. – „Stellenmarkt für Deutschland“.

verwirklichen ließe. Es bleibt daher beim Verdacht, dass § 31 GWB-RE Branchenkartelle absegnen sollte, die jeglichen Preis- und Konditionenwettbewerb ausschalten sollen. Dann lebte die gescheiterte Regelung des § 36 Abs. 1a und b GWB-RE in noch schrecklicherer Gestalt wieder auf, um unter dem Deckmantel der Sicherung von Meinungsvielfalt den Wettbewerb zu dämpfen. Eleanor Fox, die US-amerikanische Ikone des freien Wettbewerbs, hält uns Europäern in wettbewerbspolitischen Diskussionen immer wieder vor:

“We protect competition, you protect competitors!”

Wenn § 31 GWB-RE Gesetz geworden wäre, hätte sich diese Feststellung erneut bewahrt.