

Rechtsschutz im Bereich grenzüberschreitender Medienzusammenschlüsse

**Schriftfassung des Vortrags vom 28. Oktober 2003,
Internationale Medienenquete 2003 „Grenzüberschreitende Medienkonzentration – Europäische Kontrollmechanismen: Rechtstatsachen – Rechtsinstrumente – Rechtsberufe“, 27.-28. Oktober 2003, Wien**

von

Hanns Peter Nehl¹

I. Einleitung

Um sich der komplexen Thematik des Rechtsschutzes im Bereich grenzüberschreitender Medienzusammenschlüsse zu nähern, bedarf es zunächst einer Klarstellung des unmittelbar damit verknüpften Begriffs der Medienkonzentration. Dieser Begriff ist ambivalent, da er Fragen der Konzentration von einerseits Marktmacht und von andererseits Meinungsmacht aufwirft. Beide Fragen sind eng miteinander verzahnt, müssen aber in der Rechtspraxis – bereits aus Gründen der Zuständigkeitsverteilung bei der Konzentrations- bzw. Zusammenschlusskontrolle – streng voneinander getrennt werden. Der Dualismus sowohl des Konzentrationsverständnisses als auch der auf nationaler und supranationaler Ebene verfügbaren Kontrollinstrumente und -verfahren erfordert darüber hinaus einen Blick auf die zu Grunde liegende Verteilung der Zuständigkeiten innerhalb der EU, d.h. zwischen den Gemeinschaftsorganen und den Mitgliedstaaten. Dabei sind auch die Rückwirkungen des europäischen Grundrechtsschutzes auf diese Zuständigkeitsverteilung zu berücksichtigen (unter II.). Nach Darstellung des kompetenziellen Rahmens sind die wesentlichen Charakteristika des EU-Fusionskontrollverfahrens betreffend grenzüberschreitende Medienzusammenschlüsse – unter Berücksichtigung der komplexen Problematik der Marktabgrenzung – zu behandeln (unter III.). Daran schließt sich eine Betrachtung der rechtsschützenden Garantien und Funktionen des EU-Fusionskontrollverfahrens sowie der gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen verfahrensabschließende Entscheidungen der Kommission an. Die rechtsschützende Dimension des EU-Fusionskontrollrechts wird anhand von Beispielen in der jüngeren Fallpraxis der Kommission sowie Judikatur der Gemeinschaftsgerichte betreffend die Zusammenschlusskontrolle im Mediensektor verdeutlicht (unter IV.).

II. Dualismus der Kontrolle von Medienkonzentration

1. Nationale und supranationale Kontrollmechanismen und -kompetenzen

a) Zuständigkeitsverteilung

Nationale sowie grenzüberschreitende Medienzusammenschlüsse können sowohl mit Blick auf die Entstehung oder Verstärkung von Marktmacht und daraus resultierende Wettbewerbsbeschränkungen, als auch hinsichtlich der Beeinträchtigung inhaltlicher

¹ Dr. iur., Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, Abteilung Medien. Die geäußerten Ansichten binden ausschließlich den Autor.

Vielfalt und der Pluralität der Anbieter² – d.h. Meinungs- und Medienvielfalt – kritisch zu beurteilen sein. Die EU-Fusionskontrolle betreffend Medienzusammenschlüsse mit gemeinschaftsweiter Bedeutung beschränkt sich ihrer wirtschaftlichen Ratio folgend formal auf die Lösung der Problematik von Marktmacht, konkret der Vermeidung der Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung und deren wettbewerbswidriger Folgen. Sie dient also genauso wie die in Art. 82 EG-Vertrag vorgesehene Missbrauchsaufsicht gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen der Aufrechterhaltung wettbewerblicher Marktstrukturen im EU-Binnenmarkt als Ganzes. Hingegen obliegt die Kontrolle der Entstehung oder Verstärkung von Meinungsmacht bzw. umgekehrt die Sicherung von Diversität und Pluralität in den Medien – und indirekt damit auch der Schutz der Grundrechte auf Meinungsäußerung, Information und der Freiheit der Presse und des Rundfunks – vorrangig den Mitgliedstaaten im Rahmen der diesen verbliebenen Kulturhoheit (vgl. Art. 151 EG-Vertrag) und nach Maßgabe des anwendbaren nationalen Rechts. In den Mitgliedstaaten – besonders hervorzuheben unter ihnen ist Frankreich – bestehen eine Reihe, teils historisch gewachsener Kontrollinstrumente zu diesem Zweck.³ Diese lassen sich in folgende Hauptkategorien – mit im einzelnen vielen Differenzierungen – unterteilen:

- (1) „Cross-ownership“-Regeln zur Vermeidung der Beherrschung bzw. übermäßiger Querverflechtungen bestimmter Medienunternehmen in verschiedenen Bereichen des Mediensektors (z.B. Fernsehen und Printmedien);
- (2) Konzentrationskontrolle im engeren Sinne – d.h. Kontrolle von Meinungsmacht – nach Maßgabe von Zuschauer- oder Marktanteilen über bestimmte Zulassungs- oder Genehmigungsverfahren⁴;
- (3) Kontrolle von Binnenpluralität, redaktioneller Vielfalt und Unabhängigkeit in Medienunternehmen (insbesondere öffentlich-rechtlicher Rundfunk).

Derartige Kontrollmechanismen, insbesondere Verfahren zur Kontrolle der Aufrechterhaltung der Meinungsvielfalt (oben unter (2)), werden zuweilen – so z.B. in Österreich⁵ – mit der spezifisch wettbewerbsrechtlichen Konzentrationskontrolle gekoppelt.

² Insofern kann zwischen den beiden Kategorien des Binnen- und des Außenpluralismus unterschieden werden. Während im letzteren Fall eine Mehrzahl von Anbietern auf dem Markt miteinander in wirtschaftlichen und publizistischen Wettbewerb stehen und insofern für eine Angebotsvielfalt sorgen, ist der Binnenpluralismus – so insbesondere im Fall des öffentlichen Rundfunks – Garant für die redaktionelle bzw. publizistische Vielfalt innerhalb ein und desselben Anbieters (z.B. durch entsprechend besetzte Gremien).

³ Vgl. z.B. den Überblick bei T. Kleist, Medienkonzentrationsrecht in Europa – Ein Überblick, Vortrag im Rahmen des EMR-Panels „Regulierung der Medienkonzentration in Europa – Perspektiven für Deutschland“, Medientage München 2002, veröffentlicht unter: <http://www.emr-sb.de/news/medientagemuenchen2002.pdf>.

⁴ Vgl. z.B. § 26 dt. Rundfunkstaatsvertrag.

⁵ Ein bekannter Beispielsfall ist die Fusionskontrollentscheidung des OLG Wien in der Sache *Profil/Format-News* vom 26.1.2001 (26 Kt 342, 369, 380, 381, 382, 383/00-93) unter gleichzeitiger Anwendung des Marktbeherrschungstests und Kontrolle der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt.

Andere Mitgliedstaaten, namentlich Deutschland, trennen diese Funktionen bereits aus verfassungs- und kompetenzrechtlichen Gründen scharf voneinander.⁶

Wie erwähnt verfolgt die EU-Fusionskontrolle im Mediensektor, wie in jedem anderen Wirtschaftszweig auch, einen spezifisch wettbewerbsrechtlichen Ansatz mit dem Ziel der Aufrechterhaltung des wirtschaftlichen Wettbewerbs. Der publizistische Wettbewerb, der dem Konzept der Medienvielfalt zu Grunde liegt, ist für sie kein Prüfungsmaßstab. Im Gegenteil, Art. 21 Abs. 3 der EU-Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89⁷ durchbricht in dieser Hinsicht das Prinzip der ausschließlichen Zuständigkeit der Europäischen Kommission für die Kontrolle von Medienezusammenschlüssen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung („one-stop-shop“, siehe unter **III.**). Danach können die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zum Schutz anderer berechtigter Interessen als derjenigen treffen, welche in der Verordnung berücksichtigt werden (d.h. das Ziel der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs), sofern diese Interessen mit den allgemeinen Grundsätzen und den übrigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vereinbar sind. Zu diesen berechtigten Interessen gehören ausdrücklich „*die Medienvielfalt und die Aufsichtsregeln*“.⁸ In praktischer Hinsicht bedeutet dies, dass die zuständigen nationalen Stellen einen grenzüberschreitenden Medienezusammenschluss aufgrund nationaler Regeln zur Kontrolle der Medienvielfalt im Fall übermäßiger Konzentration von Meinungsmacht grundsätzlich untersagen können, auch wenn die Kommission diesen Zusammenschluss nach Maßgabe der wettbewerbsrechtlichen Fusionskontrolle freigibt. Eine solche divergierende Entscheidungspraxis dürfte allerdings nicht allzu oft vorkommen. Wie im folgenden zu zeigen ist, bedienen sich beide Kontrollmechanismen ähnlicher Kriterien und generieren häufig konvergente Ergebnisse.

b) *Verschränkungen zwischen wettbewerbsrechtlicher und pluralistischer Konzentrationskontrolle*

Der Dualismus der Kontrollmaßstäbe und -funktionen auf EU-Ebene einerseits und nationaler Ebene andererseits schließt nicht aus, dass die EU-Fusionskontrolle im Mediensektor im Ergebnis zugleich zur Sicherung von Medienvielfalt und Pluralismus und damit zum Schutz der Grundrechte auf Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in der Europäischen Union gemäß den Anforderungen von Art. 10 EMRK und Art. 11 EU-Grundrechtecharta positiv beiträgt. In der Tat war die Verhinderung der Entstehung von Marktmacht mittels der EU-Fusionskontrolle in der Vergangenheit auch der Aufrechterhaltung der Meinungsvielfalt auf Unionsebene dienlich.⁹ Man könnte sogar so weit gehen zu sagen, dass auch der EU aufgrund dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben eine gewisse Berücksichtigungs- oder gar Schutzpflicht für die Medienvielfalt auf Unionsebene obliegt, die auf die Durchführung ihrer Politiken, so auch der EU-Wettbewerbspolitik, zurück wirkt. Auf diesen Aspekt und dessen Verhältnis zur nationalen Medienkonzentrationskontrolle ist unter **2.** näher einzugehen.

⁶ Vgl. Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), Fortschreitende Medienkonzentration im Zeichen der Konvergenz, Konzentrationsbericht 2000, S. 47 ff.

⁷ Verordnung Nr. 4064/89 v. 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 395, 30.12.1989, berichtigte Fassung ABl. L 257, 21.9.1990, S. 13.

⁸ Art. 21 Abs. 3 Unterabs. 2 Verordnung Nr. 4064/89.

⁹ Vgl. KEK, Fn. 6, S. 74 ff.

Andererseits ist die wettbewerbsrechtliche Konzentrationskontrolle zwar ein notwendiges, jedoch nicht in allen Fällen ein hinreichendes Instrument, um die Aufrechterhaltung von Meinungs- und Medienvielfalt effektiv zu garantieren.¹⁰ Dies zeigt sich schon daran, dass Marktmacht im Rahmen der Fusionskontrolle auf der Basis sachlich relevanter Produktmärkte zu messen ist, die häufig eng begrenzt sind (z.B. Bezahlfernsehen), während Meinungsmacht diese Grenzen zuweilen überschreiten und sich in unterschiedlichen, wettbewerbsrechtlich relevanten Medienmärkten entfalten kann (z.B. die Kombination der Beherrschung des frei empfangbaren Fernsehens und der Printmedien). Ferner ist zu beachten, dass in der Medienbranche traditionell familiäre Bindungen eine Rolle spielen, die nicht notwendig mit einer entsprechenden rechtlichen und/oder wirtschaftlichen Unternehmensverbindung gekoppelt sind. Diese Bindungen werden von der wettbewerbsrechtlichen Fusionskontrolle nicht erfasst, können aber für die Bildung und Ausübung von Meinungsmacht und im Rahmen der pluralistischen Konzentrationskontrolle eine Rolle spielen.¹¹ Andererseits besteht bei einer kombinierten wettbewerbsrechtlichen und pluralistischen Konzentrationskontrolle die Gefahr, dass die Entstehung von Marktmacht und eine Verschlechterung der Marktstruktur und Wettbewerbsbedingungen allein deshalb hingenommen wird, weil die Medienvielfalt – z.B. durch entsprechende Auflagen betreffend die redaktionelle Unabhängigkeit bzw. Binnenpluralität – zumindest vorläufig gewahrt bleibt.¹²

Eine weitere wichtige Schnittstelle nationaler und supranationaler Medienkonzentrationskontrolle bzw. Pluralismus- und Wettbewerbskontrolle ist die Methodik zur Bestimmung von Meinungs- bzw. Marktmacht. So knüpft die nationale Konzentrationskontrolle häufig bei den Zuschaueranteilen eines Medienunternehmens an, um dessen Meinungsmacht zu bestimmen, was wiederum eine Abgrenzung des relevanten Marktes voraussetzt.¹³ Diese Methodik unterscheidet sich nicht wesentlich von derjenigen zur Bestimmung von Marktanteilen und damit von Marktmacht zum Zweck der Wettbewerbskontrolle. Dabei darf jedoch – wie schon erwähnt – nicht übersehen werden, dass die tendenziell engere Marktabgrenzung im Rahmen der Wettbewerbskontrolle die gegebenenfalls markt- und medienübergreifende Dimension von Meinungsmacht nicht vollständig erfassen kann. Letztlich zeigt sich für beide Bereiche, dass die Marktabgrenzung und Marktanteilsbestimmung lediglich Hilfsmittel sind, um der Realität von Markt- bzw. Meinungsmacht nahe zu kommen. So werden im Bereich des Bezahlfernsehens Marktanteile u.a. anhand der Zahl der Abonnenten, gegebenenfalls kombiniert mit Umsatzzahlen gemessen. Im werbefinanzierten Fernsehen sind in ähnlicher Weise die Zuschaueranteile und -reichweiten eines Programmanbieters maßgeblich für seine Marktsstellung gegenüber der werbetreibenden Wirtschaft. Die Zuschaueranteile sind aber auch ein wichtiges Hilfsmittel für die Ermittlung von Meinungsmacht bei der pluralistischen Konzentrationskontrolle über entsprechende Vermutungsregeln.¹⁴ Angesichts dieser vielfältigen Verschränkungen

¹⁰ Diese These vertritt dezidiert die KEK, Fn. 6, S. 48 ff.

¹¹ So ermöglicht z.B. § 28 Abs. 4 dt. Rundfunkstaatsvertrag, auch „Angehörigenverhältnisse“ bei der Zurechnung von Programmen zu bestimmten Medienunternehmen zur Feststellung von Meinungsmacht mit zu berücksichtigen.

¹² Dies ist einer der Streitpunkte betreffend die unter Fn. 5 genannte Fusionskontrollentscheidung des OLG Wien.

¹³ Vgl. z.B. §§ 26 und 27 dt. Rundfunkstaatsvertrag.

¹⁴ Vgl. insbesondere § 26 Abs. 2 dt. Rundfunkstaatsvertrag, wonach ein 30%iger Zuschaueranteil die Vermutung „vorherrschender Meinungsmacht“ begründet.

zwischen Konzentrations- und Wettbewerbskontrolle verwundert es nicht, dass eine intensive Debatte – auch auf supranationaler Ebene – über die Instrumente, die unterschiedlichen Zielsetzungen und Effekte sowie die mögliche Kombination bzw. Konvergenz dieser Kontrollmechanismen eingesetzt hat, um gleichermaßen ökonomischen und publizistischen Wettbewerb im Mediensektor sicher zu stellen.¹⁵ Die künftige Entwicklung auf supranationaler Ebene ist hier noch weitgehend offen (siehe unter 2.).

2. Kompetenzordnung und Grundrechtsschutz innerhalb der EU

a) *EU als grundrechtsgebundene Hoheitsgewalt*

Wie oben gesehen, verhindert die formelle Zuständigkeitsverteilung innerhalb der EU für einerseits die wettbewerbsrechtliche Kontrolle grenzüberschreitender Medienzusammenschlüsse (bei gemeinschaftsweiter Bedeutung durch die Kommission) und andererseits deren Kontrolle zwecks Erhaltung der Medienvielfalt (durch die Mitgliedstaaten) nicht, dass beide Bereiche in ihren Voraussetzungen und Auswirkungen eng miteinander verschränkt sind. Die Kompetenzordnung innerhalb der EU wird dadurch nicht in Frage gestellt, da sich jede Behörde im Rahmen der ihr zustehenden Zuständigkeit bewegt und sich an dem jeweils vorgegebenen Überprüfungsmaßstab – wirtschaftlicher Wettbewerb einerseits und Medienvielfalt andererseits – orientiert. Man könnte daher annehmen, dass auch hinsichtlich des Grundrechtsschutzes, d.h. des Schutzes der Meinungs- und Informationsfreiheit und grundrechtsgleicher Garantien wie der Presse- und Rundfunkfreiheit, eine eindeutige Aufgabenzuweisung innerhalb der EU erfolgt sei. Demnach wären allein die Mitgliedstaaten für deren (Bestands-) Schutz zuständig und die Union mangels Kompetenz – wie im „Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung“ und insbesondere in Art. 151 EG-Vertrag zum Ausdruck kommt – wäre dies nicht. Diese Sicht der Dinge verkennet jedoch nicht nur die grundlegende Bedeutung der EG-Marktfreiheiten auch im Mediensektor, sondern auch die Tatsache, dass die Union grundrechtsgebundene Hoheitsgewalt ausübt und dass sich die nationalen und supranationalen Verfassungs- und Rechtsebenen zunehmend miteinander verschränken. Auf diese Aspekte ist im folgenden näher einzugehen.

b) *Bestrebungen zur Harmonisierung der Konzentrationskontrolle*

Ausgehend von der Binnenmarktkompetenz der Union (jetzt: Art. 3 Abs. 1 lit.c und Art. 95 EG-Vertrag) hatte die Europäische Kommission bereits 1992 mit dem Grünbuch über „*Pluralismus und Medienkonzentration im Binnenmarkt*“¹⁶ eine Diskussion über die Vereinbarkeit nationaler Regelungen zur Sicherung der Medienvielfalt mit den EG-Grundfreiheiten, insbesondere der Niederlassungsfreiheit und dem freien Dienstleistungsverkehr,¹⁷ sowie über die eventuelle Mindestharmonisierung derartiger

¹⁵ Siehe dazu OECD Competition Committee, Special Considerations Affecting Media Mergers – What weight should be given to competition and other factors, May 14-15, 2003, unpublished summary.

¹⁶ Grünbuch Pluralismus und Medienkonzentration im Binnenmarkt, KOM(92) 480endg vom 23.12.1992.

¹⁷ Art. 43 und 49 EG-Vertrag.

Regelungen auf Gemeinschaftsebene angestoßen. Dieser Vorstoß diene aus rechtlicher und wirtschaftlicher Sicht vorrangig dem Ziel, die Integration im Binnenmarkt zu fördern bzw. Hemmnisse für die Ausübung der EG-Grundfreiheiten im Mediensektor aufgrund unterschiedlicher nationaler Regime der Konzentrationskontrolle zu beseitigen. Zugleich verfolgte der Vorschlag aus rechtspolitischer Sicht – wenn auch nur implizit – den legitimationsstiftenden Zweck, auf Gemeinschaftsebene den Anforderungen europäischen Grundrechtsschutzes im Lichte von Art. 10 EMRK und nationaler Verfassungsüberlieferungen gerecht zu werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die EU nach wie vor an einem Demokratiedefizit leidet und dass ihre Orientierung an demokratischen Grundwerten im Sinne von Art. 6 EU-Vertrag – durch Förderung des demokratischen Willensbildungsprozesses auf Unionsebene und die Herstellung einer „europäischen Öffentlichkeit“ mittels pluralistischer, transnationaler Information und Kommunikation – für die fortwährende Legitimation ihrer Hoheitsgewalt wesentlich ist.¹⁸

Zwei im Anschluss an das Grünbuch der Kommission erarbeitete Richtlinienentwürfe sind jedoch an politischen Widerständen in den Mitgliedstaaten und der umstrittenen Frage, ob die EU-Binnenmarktkompetenz eine ausreichende Grundlage für eine Harmonisierung der nationalen Regeln zur Kontrolle von Medienkonzentration bildet, zumindest vorläufig gescheitert.¹⁹ Die Frage nach entsprechenden Maßnahmen auf EU-Ebene ist mit der am 20. November 2002 ergangenen Entschließung des Europäischen Parlaments²⁰ wieder in den Vordergrund gerückt. Darin wird die Kommission aufgefordert, ein aktualisiertes Grünbuch zum Medienpluralismus in den Mitgliedstaaten und den Beitrittsländern zu erstellen. Gemessen an den Erfahrungen der Vergangenheit sind aber auch im Hinblick auf eventuelle neue Initiativen der Regulierung auf Unionsebene mit erheblichen Widerständen seitens der Mitgliedstaaten zu rechnen. Diese Sensibilität zeigt sich auch in dem *„Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten“*, das dem Vertrag von Amsterdam von 1997 angehängt wurde. Hierin kommt zum Ausdruck, dass die Mitgliedstaaten die Bestands- und Ausübungsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk als einen wesentlichen Beitrag zur Wahrung von Pluralismus und Medienvielfalt auf nationaler Ebene betrachten, den es vor supranationaler Regulierung und Intervention zu schützen gilt.²¹

c) *Verfassungsrechtliche Verschränkungen zwischen EG-Grundfreiheiten und Medienvielfalt: das Urteil Familiapress*

Das schwierige Spannungsverhältnis der EG-Grundfreiheiten zu der Institutsgarantie der Medienvielfalt und der zu Grunde liegenden Grundrechte auf freie Meinungsäußerung sowie Informations-, Presse- und Rundfunkfreiheit ist in der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte besonders deutlich geworden. Ein wichtiges Beispiel ist das

¹⁸ Vgl. dazu nur das „Maastricht“-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 13.10.1993, BVerfGE 89, 155.

¹⁹ Vgl. dazu den Überblick bei KEK, Fn. 6, S. 79 ff.

²⁰ <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/de/200211/p103034.htm>.

²¹ Dort heißt es auszugsweise: „... dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk in den Mitgliedstaaten unmittelbar mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft sowie mit dem Erfordernis verknüpft ist, den Pluralismus in den Medien zu wahren.“

Urteil des EuGH in der Sache *Familiapress*.²² Der österreichische Verlag Familiapress hatte den deutschen Zeitschriftenverleger Heinrich Bauer vor dem Handelsgericht Wien verklagt, es zu unterlassen, in seinen auch in Österreich vertriebenen Zeitschriften Geldpreise für die Lösung eines Kreuzworträtsels auszuloben. Dabei war fraglich, ob § 9a Abs. 1 Nr. 1 öst. UWG, der einen derartigen „unlauteren Wettbewerb“ grundsätzlich verbietet, die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 30 (jetzt: 28) EG-Vertrag unzulässig beschränkte. Das Handelsgericht stellte dem EuGH eine entsprechende Auslegungsfrage nach Art. 177 (jetzt: 234) EG-Vertrag, worauf dieser den beschränkenden Charakter derartiger nationaler Regelungen bestätigte. Bezüglich der Frage, ob diese Beschränkung aufgrund „zwingender Erfordernisse“ gerechtfertigt sei, würdigte der EuGH jedoch den von der Republik Österreich vorgebrachten Einwand, das Verbot nach § 9a UWG sei zur Aufrechterhaltung der Medienvielfalt in Österreich unabdingbar, da anderenfalls finanzstarke Verleger in einen Verdrängungswettbewerb gegenüber kleineren Verlegern eintreten und damit zu einer weiteren Konzentration des österreichischen Printmediensektors beitragen könnten. Im Grundsatz anerkannte der EuGH, dass die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt ein zwingendes Erfordernis darstellt, das eine Beschränkung des freien Warenverkehrs rechtfertigt. Diese Vielfalt trage nämlich zur Wahrung des Rechts der freien Meinungsäußerung bei, das durch Art. 10 EMRK geschützt sei und zu den von der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten gehöre.²³ Der EuGH ging jedoch weit darüber hinaus und überprüfte die im konkreten Fall vorgetragene Rechtfertigung der Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit ihrerseits im Lichte des Gemeinschaftsgrundrechts der Meinungsfreiheit in Anlehnung an Art. 10 EMRK.²⁴ Er auferlegte dem vorlegenden Gericht ferner, eine detaillierte Verhältnismäßigkeitskontrolle anhand der Fakten des Falles durchzuführen²⁵ und ließ deutlich seine Neigung erkennen, das Verbot nach § 9a UWG als unangemessen einzustufen, da möglicherweise eine weniger beschränkende Maßnahme, nämlich die Schwärzung oder Entfernung der das Kreuzworträtsel enthaltenden Seite der Zeitschrift, in Betracht kam.²⁶

Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass der Gerichtshof im Fall der Berührung mit EG-Recht zumindest indirekt eine spezifisch grundrechtliche Prüfungszuständigkeit hinsichtlich mitgliedstaatlicher Regelungen beansprucht, die dem Ziel der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt dienen, wobei er auf das gemeinschaftliche Grundrecht der Meinungsfreiheit entsprechend Art. 10 EMRK bzw. Art. 11 EU-Grundrechtecharta als Maßstab zurückgreift. Diese Vorgehensweise – auch im Zusammenhang mit anderen Gemeinschaftsgrundrechten – ist vielfach als unzulässige Erweiterung der EU-

²² EuGH, Rs. C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und -vertriebs GmbH / Heinrich Bauer Verlag*, Slg. 1997, I-3689. Dazu Kühling, J., Grundrechtskontrolle durch den EuGH: Kommunikationsfreiheit und Pluralismussicherung im Gemeinschaftsrecht, Europäische Grundrechte Zeitschrift 1997, S. 296 ff.

²³ EuGH, Rs. C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und -vertriebs GmbH / Heinrich Bauer Verlag*, Slg. 1997, I-3689, Rn. 18 m.w.N. zur früheren Rechtsprechung.

²⁴ Ebenda, Rn. 24 ff.

²⁵ In Rn. 31 forderte der EuGH insbesondere, anhand sämtlicher relevanter Umstände zu prüfen, ob das Gewinnspiel eine entscheidende Rolle bei der Kaufentscheidung der Leser spielt und damit aus deren Sicht auf die Substituierbarkeit anderer Zeitschriften ohne Gewinnspiel von Einfluss ist.

²⁶ Ebenda, Rn. 27-33.

Kompetenzen unter dem Deckmantel des Grundrechtsschutzes kritisiert worden.²⁷ Hier ist nicht der Ort, diese komplexe Frage eingehend zu behandeln.²⁸ Es wird jedoch daran deutlich, dass auch die Union sowohl innerhalb ihres originären Kompetenzbereichs als auch im Fall von Berührungspunkten des nationalen Rechts mit EG-Recht und dessen praktischer Wirksamkeit („effet utile“) unter der Aufsicht des Gerichtshofs das Grundrecht auf Meinungsfreiheit und das Schutzgut der Medienvielfalt zu wahren hat. Diesbezüglich nimmt der Gerichtshof eine eigene Prüfungskompetenz wahr, die sich nicht nur an die Ausübung von Hoheitsgewalt durch die Gemeinschaftsinstitutionen richtet, sondern auch die Herrschaftsausübung seitens der Mitgliedstaaten begrenzt, sofern sie sich im Kompetenzbereich der EU oder deren Wirkungskreis bewegen. Vor dem Hintergrund der Reichweite des EU-Grundrechtsschutzes steht daher auch die Frage im Raum, ob und inwieweit nicht nur die Gemeinschaftsinstitutionen, sondern auch die Mitgliedstaaten positiv verpflichtet sind, die Anforderungen des Schutzguts der Medienvielfalt nach Art. 11 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta in anderen Politikbereichen, z.B. der EU-Fusionskontrolle, zumindest implizit zu berücksichtigen. Art. 21 Abs. 3 UAbs. 1 der EU-Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89 bestätigt dies offenbar, indem er die nationale Kontrolle der Medienvielfalt unter den Vorbehalt der *„allgemeinen Grundsätze und der übrigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts“* – d.h. inklusive der EG-Grundrechte wie Art. 11 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta²⁹ – stellt. Man wird aus der oben dargestellten Rechtsprechung jedoch kaum eine originäre Kompetenz der EU zur Regelung von Fragen der Medienvielfalt ableiten können. Denn dies stünde mit der ebenfalls „verfassungsrechtlich“, in den Verträgen verankerten Kompetenzordnung nicht im Einklang.

III. EU-Zusammenschlusskontrolle im Mediensektor und Marktabgrenzung

1. Die EU-Zusammenschlusskontrolle im Überblick

a) Zuständigkeit und Marktbeherrschungstest

Wie bereits erwähnt, ist die Kommission ausschließlich zuständig für die Kontrolle von Zusammenschlüssen im Mediensektor mit gemeinschaftsweiter Bedeutung („one-stop-shop“-Prinzip). Dies ergibt sich aus den sogenannten Schwellenwerten in Art. 1 der EU-Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89, wonach grundsätzlich der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligter Unternehmen zusammen mehr als 5 Milliarden Euro und der gemeinschaftsweite Umsatz mindestens zweier beteiligter Unternehmen mehr als 250 Millionen Euro betragen muss.

²⁷ Besonders weit gehen Coppel, J. / O'Neill, A., *The European Court of Justice: Taking Rights seriously?*, *Common Market Law Review* 1992, S. 669 ff. Vgl. auch Jürgensen, T. / Schlönder, I., *EG-Grundrechtsschutz gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten*, *Archiv des Öffentlichen Rechts* 1996, S. 200 ff.

²⁸ Siehe nur zur gegenteiligen Position Weiler, J.H.H., *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights* in: Neuwahl/Rosas (Hrsg.), *The European Union and Human Rights*, 1995, S. 51 ff.

²⁹ Dabei ist der Umstand, dass die Grundrechtecharta noch unverbindlich ist, ohne Belang, da der EuGH ein entsprechendes Grundrecht auf EU-Ebene, abgeleitet aus Art. 10 EMRK und den nationalen Verfassungsüberlieferungen, anerkennt; vgl. Fn. 22.

Prüfmaßstab dafür, ob ein Medienzusammenschluss mit gemeinschaftsweiter Bedeutung mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, ist der sogenannte „Marktbeherrschungstest“, der in Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 4064/89 zum Ausdruck kommt. Danach ist ein Zusammenschluss zu verbieten, der eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde. Mit Marktbeherrschung ist die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerber, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.³⁰ Unter die Kategorie der Marktbeherrschung fällt nach ständiger Praxis der Kommission und Judikatur der Gemeinschaftsgerichte nicht allein diejenige durch ein einzelnes Unternehmen, sondern auch die kollektive Marktbeherrschung durch einige wenige Unternehmen. Es würde jedoch diesen Rahmen sprengen, die komplizierte Theorie oligopolistischer Marktbeherrschung und ihre Voraussetzungen näher zu erläutern.³¹

b) Abgrenzung der Medienmärkte und grenzüberschreitende Medienzusammenschlüsse

Zentrale Voraussetzung für die Feststellung von Marktbeherrschung ist die korrekte Abgrenzung der sachlich und geografisch relevanten Märkte, in denen die betroffenen Unternehmen tätig sind. Auf die komplizierte Methodik zur Marktabgrenzung – insbesondere die Konzepte der Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit – soll hier nicht näher eingegangen werden. Die Einzelheiten finden sich in der Bekanntmachung der Kommission von 1997 zur Marktabgrenzung in Wettbewerbssachen³² und in einer Reihe rechtsvergleichender und ökonomischer Studien, die von der Generaldirektion Wettbewerb kürzlich in Auftrag gegeben worden sind.³³

(1) Sachlich relevante Medienmärkte

Die Marktabgrenzung ist grundsätzlich für alle Handelsstufen der Wertschöpfungskette im Mediensektor erforderlich, die von einer Fusion betroffen sind. So ist im Bereich des Fernsehens im wesentlichen zwischen den vorgelagerten Märkten der Inhalte- und Programmbeschaffung und den nachgelagerten Vertriebs- und Endkundenmärkten zu unterscheiden. Im letzteren Fall ist wiederum zwischen einerseits dem werbefinanzierten Fernsehen – d.h. einer Geschäftsbeziehung zwischen Fernsehver-

³⁰ Vgl. EuGH, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Slg. 1979, 461, Rn. 38.

³¹ Näher zur Problematik insbesondere EuG, Rs. T-342/99, *Airtours/Kommission*, Slg. 2002, II-2585, Rn. 56 ff. Vgl. auch den Vorschlag zur Änderung von Art. 2 Abs. 2 Verordnung Nr. 4064/89, Abl. C 20 v. 28.1.2003, S. 4.

³² Bekanntmachung über die Bestimmung des sachlich und geographisch relevanten Produktmarkts im Sinne des Wettbewerbsrechts der EG, Abl. C 372 v. 9.12.1997.

³³ Vgl. EMR, Media Market Definitions – Comparative Legal Analysis, Oktober 2003; Bird & Bird, Market Definition in the Media Sector – Comparative Legal Analysis, Dezember 2002; Europe Economics, Market Definition in the Media Sector – Economic Issues, November 2002; zu den Printmedien siehe auch Nehl, H.P., Europäische Pressenmärkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts, Vortrag 1.2.2002, Hannover, veröffentlicht unter: http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf.

anstaltem und der werbenden Wirtschaft als deren Kunde – und andererseits dem Bezahlfernsehen mit einer direkten Geschäftsbeziehung des Veranstalters mit den zahlenden Abonnenten und Zuschauern zu differenzieren.³⁴ Darüber hinaus ist auf den nachgelagerten Märkten in der Regel eine Vertriebsplattform und damit eine weitere Handelsstufe zwischen geschaltet, z.B. die analoge oder digitale Übertragung über terrestrische Netzwerke, Kabel oder Satellit, die auf die Marktabgrenzung von Einfluss sein kann.³⁵ Im Printsektor unterscheidet man ähnlich zwischen den vorgelagerten Märkten des Vertriebs, auf denen sich einerseits Verlage und Grossisten und andererseits Grossisten und Einzelhändler gegenüber stehen, sowie dem nachgelagerten Endkundenmarkt betreffend den Einzelverkauf von Printprodukten an die Leser.³⁶ Je nach Inhalt und Qualität der Printprodukte und deren Austauschbarkeit aus Sicht der Leser können ferner weitere Sub-Märkte auf der Endhandelsstufe zu definieren sein.³⁷ Zudem ist bei Presseprodukten ähnlich wie im Fernsehbereich in der Regel zwischen einem Lesermarkt (Leser als Kunde) und einem Anzeigenmarkt (Werbewirtschaft als Kunde) zu differenzieren.³⁸ Schließlich entstehen neben den traditionellen Rundfunk- und Printmedien sogenannte „Neue Medienmärkte“ betreffend die Übertragung und den Vertrieb von Inhalten und Diensten über neue Technologien wie das Breitband-Internet (z.B. xDSL) oder UMTS-Mobilfunknetzwerke.³⁹ Auch bei diesen Formen der Kommerzialisierung ist zwischen der vorgelagerten Inhalte-Beschaffung und dem nachgelagerten Endkundenvertrieb zu unterscheiden. Ferner können auch hier Formen werbefinanzierter Märkte (z.B. Internet-Portal-Werbung) und von Endkundenmärkten (Bezahlhalte) auftreten. Eine interessante Facette der Neuen Medien ist, dass sie wegen der verfügbaren Infrastruktur, insbesondere des Internets, sehr gut geeignet sind, sich zu transnationalen Märkten zu entwickeln, eine Perspektive, die sich neuerdings besonders für den online-Vertrieb von Musik eröffnet. Der technologische Fortschritt unter den Stichworten der Konvergenz und Digitalisierung schafft dabei ungeahnte Möglichkeiten der Expansion und Differenzierung der Mediendienste und damit auch des pluralistischen Medienspektrums über die nationalen Grenzen hinweg.

(2) Geografisch relevante Medienmärkte

Dies leitet über zur Frage der geografischen Abgrenzung der Medienmärkte sowie der damit verbundenen Frage, wann es überhaupt zu einer grenzüberschreitenden Medienkonzentration im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts kommt. Eine medien spezifische Besonderheit ist bis heute, dass insbesondere die Märkte auf der Endhandelsstufe (z.B. Bezahlfernsehen) aufgrund linguistischer, kultureller und regulatorischer

³⁴ Zu dieser Differenzierung siehe zuletzt die Entscheidung der Kommission in der Sache COMP/M.3197 – *Newscorp/Telepiù* v. 29.7.2003, Rn. 18 ff.

³⁵ Vgl. z.B. die Entscheidungen der Kommission in den Sachen IV/36.539 – *British Interactive Broadcasting/Open*, ABl. L 312 v. 6.12.1999, S. 1, Rn. 24 ff.; IV/36.237 – *TPS*, ABl. L 90 v. 2.4.1999, S. 6, Rn. 27 ff.

³⁶ Dies umfasst nicht den Abonnentenmarkt.

³⁷ Vgl. z.B. Entscheidung der Kommission in der Sache IV/M.1455 – *Gruner+Jahr/Financial Times/JV* v. 20.4.1999, Rn. 16 ff.

³⁸ Ebenda, Rn. 15 ff.

³⁹ Vgl. z.B. betreffend die Bedeutung von Sportübertragungsrechten die Entscheidung der Kommission in der Sache COMP/37.398 – *Gemeinsame Vermarktung der Übertragungsrechte an der UEFA Champions League* v. 23.7.2003, Rn. 81 ff., ABl. L 291 v. 8.11.2003, S. 25.

Schranken häufig national begrenzt sind. Für die nachgelagerten werbebezogenen Medien- oder Anzeigenmärkte ist dies besonderes deutlich, da sich Werbung in der Regel an einen spezifischen Sprach- und Kulturraum richtet, der häufig weitgehend mit dem nationalen Territorium übereinstimmt. Diese Schranken finden sich zum Teil selbst in grenzüberschreitenden homogenen Sprachräumen, wie Deutschland, Österreich und der Schweiz, wie man z.B. an der national differenzierten Fernseh- und Anzeigenwerbung unschwer erkennen kann. Hingegen können auf der vorgelagerten Großhandelsstufe im Mediensektor, z.B. bei der Beschaffung bestimmter Inhalte wie Filme und Sportübertragungsrechte, durchaus auch grenzüberschreitende Märkte gegeben sein, insbesondere dann, wenn die Verwertungsrechte nicht auf ein einziges Land beschränkt sind (z.B. in der nordischen Region).

Angesichts der weitgehend nationalen Charakteristika der Medienmärkte zeigt sich im übrigen, dass trotz vieler Bemühungen zur Abschaffung von Handelshemmnissen – dazu gehören die Richtlinie über „Fernsehen ohne Grenzen“ und die Satelliten-Kabel-Richtlinie⁴⁰ – ein realer europäischer Medien-„Binnenmarkt“, in dem Mediendienstleistungen und Informationen in einem grenzüberschreitenden wirtschaftlichen wie publizistischen Wettbewerb stehen sowie zur Schaffung einer genuin „europäischen Öffentlichkeit“ beitragen, noch in einiger Ferne liegt. Insbesondere die Sprachunterschiede erscheinen insoweit auch künftig als nur schwer überwindbare Hürden. Schließlich tragen, wie oben gesehen, die unterschiedlichen Regeln zur nationalen Kontrolle von Medienkonzentration zum Fortbestand dieser Situation bei, deren Harmonisierung auf absehbare Zeit angesichts politischer Widerstände kaum möglich scheint.

(3) Grenzüberschreitende Medienzusammenschlüsse

In kompetenzieller Hinsicht ändert die häufig nationale Begrenzung der Medienmärkte jedoch nichts an der Zuständigkeit der Kommission für die Kontrolle „grenzüberschreitender“ Medienzusammenschlüsse. Deren gemeinschaftsweite Bedeutung wird kraft Gesetzes durch das Erreichen der Umsatzschwellenwerte fingiert. Andererseits fehlen derartige Aufgreifschwelen für die Anwendung der EG-Kartellvorschriften nach Art. 81 und 82 EG-Vertrag, so dass sich die Frage der Verteilung der Zuständigkeit zwischen der Kommission und den mitgliedstaatlichen Kartellbehörden auf der Basis der ab 1. Mai 2004 anwendbaren Verordnung Nr. 1/2003⁴¹ neu stellt. Das Ziel der Modernisierung des EG-Kartellverfahrens ist es gerade, Fälle mit rein nationaler Bedeutung tendenziell den nationalen Behörden und Gerichten zur Behandlung nach Maßgabe von Art. 81 und 82 EG-Vertrag zuzuweisen. Allerdings wird das „Gemeinschaftsinteresse“ auch im Fall der Betroffenheit von nur national umgrenzten (Medien-)Märkten eine Behandlung durch die Kommission gebieten können, sofern dies z.B. für die Entwicklung der EG-Wettbewerbspolitik

⁴⁰ Richtlinie 89/552/EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. L 298 v. 17.10.1989, S. 23; Richtlinie 93/83/EWG zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. L 248 v. 6.10.1993, S. 15.

⁴¹ Verordnung 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 v. 4.1.2003, S. 1.

oder deren effektive Durchsetzung von Bedeutung ist.⁴² Auch ist nicht auszuschließen, dass die „verfassungsrechtlich“ verankerte Pflicht zur Achtung der Medienvielfalt auf Unionsebene nach Art. 11 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta auf die Beurteilung des Gemeinschaftsinteresses von Einfluss ist.

Die Kommission hatte in der Vergangenheit, insbesondere in der Zeit der aufstrebenden „New Economy“ in den Jahren 1999 und 2000, eine Reihe grenzüberschreitender Medien-Zusammenschlussvorhaben zu beurteilen. Im wesentlichen handelte es sich um vertikale Integrationen von Inhaltenanbietern und Betreibern verschiedener Medieninfrastrukturen (z.B. Film/Musik und Fernseh⁴³-/Internet-Plattformen) bzw. die Bildung von Medienkonglomeraten (z.B. Zusammenführung von Fernseh-, Internet- und Telekommunikationsstrukturen und -diensten) u.a. mit dem Ziel, die Vorteile zunehmender Konvergenz und Digitalisierung der Medien zu nutzen. Die zu Grunde liegenden kommerziellen Modelle beruhten im wesentlichen auf der Hoffnung, dass umfangreiche Synergie- und Skaleneffekte zu erzielen seien sowie dem Glauben, dass gemäß der Logik des „create once, place everywhere“ einmal produzierte Inhalte auf mannigfaltige Weise und über zahlreiche Medieninfrastrukturen gewinnbringend vermarktet werden können.⁴⁴ Bekannte Beispielsfälle sind die Fusionen *AOL/Time Warner* und *Vivendi/Canal+/Seagram* aus dem Jahre 2000.⁴⁵ Deren Modelle können jedoch angesichts der jüngeren, durch hohe Schuldenlasten und die Krise in der Medienbranche bedingte Umstrukturierungsprozesse im Zusammenhang mit diesen Unternehmen als vorerst gescheitert angesehen werden. In Reaktion auf die wirtschaftliche Krise des Mediensektors verstärkt sich zudem neuerdings die Tendenz zu Konsolidierungsfusionen, z.B. im Bereich des Bezahlfernsehens in Spanien und Italien.⁴⁶ Weitere solcher Konsolidierungsfusionen mit grenzüberschreitender Bedeutung sind wahrscheinlich bzw. bereits angekündigt, z.B. in der weltweit ohnehin bereits stark konzentrierten Musikbranche.

IV. Medienkonzentration und Rechtsschutz

1. Dualismus des Rechtsschutzes

Der Begriff des Rechtsschutzes ist im Zusammenhang mit Medienzusammenschlüssen ähnlich ambivalent wie derjenige der Medienkonzentration. Wird er im Sinne des Grundrechtsschutzes zur Sicherung von Meinungs- und Informationsfreiheit sowie des Pluralismus verstanden (siehe dazu bereits unter **II.1)b**)), so bietet die EU-Fusionskontrolle nicht das unmittelbar relevante Forum bzw. Verfahren zu diesem

⁴² Zu den Einzelheiten vgl. den Entwurf einer Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn. 5 ff., veröffentlicht unter: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/procedural_rules/cooperation_network_de.pdf.

⁴³ Terrestrisch, Satellit und Kabel.

⁴⁴ Zu diesen Aspekten ausführlich Mendes Pereira, M., Vertical and horizontal integration in the media sector and EU competition law, Vortrag 7.4.2003, Brüssel, veröffentlicht unter: http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_009_en.pdf.

⁴⁵ Entscheidungen der Kommission in der Sache COMP/M.1845 v. 11.10.2000 bzw. in der Sache COMP/M.2050 v. 13.10.2000.

⁴⁶ Entscheidungen der Kommission in den Sachen COMP/M.3197 – *Newscorp/Telepiù* v. 29.7.2003 und COMP/M.2845 – *Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital* v. 14.8.2002.

Zweck. Im Vordergrund der EU-Fusionskontrolle steht der Schutz des Wettbewerbs im Mediensektor sowie die Funktionsfähigkeit und die Integration des Medien-„Binnenmarktes“. Mit diesem Schutzzweck gehen gewisse positive Effekte und Rechtsschutzmöglichkeiten für Wettbewerber und Konsumenten einher, welche durch die fusionsbedingte Beschränkung des Wettbewerbs insbesondere wirtschaftliche Nachteile erleiden. Ziel und Gewicht des „Rechtsschutzes“ sind dabei abhängig von der Frage, welche Schutzgüter die Wettbewerbspolitik verfolgt.⁴⁷ So stellt die EG-Wettbewerbspolitik zum einen auf das Schutzgut der „consumer welfare“ ab, indem sie – ergebnisorientiert – sicherstellen will, dass die Konsumenten in den Genuss einer Vielfalt qualitativ hochwertiger, innovativer Produkte und Dienstleistungen zu angemessenen Preisen kommen.⁴⁸ Damit ist ein gewisser, zumindest reflexartiger Konsumentenschutz aufgrund der EG-Wettbewerbsregeln verbunden, und speziell im Mediensektor vermittelt die steigende Angebotsvielfalt zugunsten der Verbraucher auch einen Zuwachs an inhaltlicher Medienvielfalt. Zum anderen will die EG-Wettbewerbspolitik den Wettbewerb als solchen schützen, verstanden im Sinne eines Prozesses der „Rivalität“ zwischen Konkurrenten, weil daran die Erwartung positiver Effekte für das Funktionieren des Marktes mit den vorgenannten nutzbringenden Wirkungen für Marktteilnehmer und Verbraucher geknüpft wird.⁴⁹ Auch insoweit ergeben sich aus der Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln gewisse Schutzreflexe, namentlich zugunsten der Wettbewerber, denen ermöglicht wird, in dem betreffenden Markt tätig zu sein und zu dessen Funktionieren beizutragen. Im Mediensektor wird zudem durch die Garantie der Pluralität der Anbieter im Markt zugleich die äußere Medienvielfalt gefördert.

Als Zwischenergebnis lässt sich daher festhalten, dass die wettbewerbspolitischen Instrumente der EU-Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht nach Art. 82 EG-Vertrag geeignet sind, sowohl nutzbringende Effekte zugunsten der Konsumenten und Wettbewerber zu generieren, als auch die Medienvielfalt – d.h. die Pluralität des Angebots sowie der Anbieter – zu fördern. Man könnte daher auch von einem gewissen „Diversitäts- und Pluralismuseffekt“ der EU-Wettbewerbspolitik sprechen. Darüber hinaus stellen das EU-Wettbewerbsrecht und das EU-Gerichtsschutzsystem den Marktteilnehmern gewisse Garantien zur Verfügung, um ihnen zu ermöglichen, dazu beizutragen, dass die genannten positiven Effekte tatsächlich erzielt werden und ihre Rechte und Interessen angemessen zu schützen. Auf welche Weise die Marktteilneh-

⁴⁷ Dazu näher Gyselen, L., The Substantive Legality Test under Article 81-3 EC Treaty – Revisited in Light of the Commission’s Modernization Initiative, in: v. Bogdandy/Mavroidis/Mény (Hrsg.), European Integration and International Coordination (Liber Amicorum CD Ehlermann), 2002, Kluwer Law International, S. 181 ff. (186 ff.).

⁴⁸ So fordert z.B. Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag für die Freistellung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen eine „angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn“, d.h. positive Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung zugunsten der Verbraucher. Art. 82 EG-Vertrag verbietet als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung die „Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen“ sowie die „Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher“. Art. 2 Abs. 1 lit.b) Verordnung Nr. 4064/89 verlangt, bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen u.a. „die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert“ mit zu berücksichtigen.

⁴⁹ So verbietet Art. 82 EG-Vertrag z.B. auch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die „Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden“.

mer die Verfahren zur Wettbewerbskontrolle beeinflussen können und geschützt werden, ist im Folgenden zu erörtern.

2. Modalitäten des Rechtsschutzes

Der Rechtsrahmen der EU-Fusionskontrolle sieht eine Reihe von Einfluss- und Rechtsschutzmöglichkeiten sowohl für die Anmelder des Zusammenschlussvorhabens als auch für Dritte (insbesondere Wettbewerber und Verbände) vor. Dabei ist zwischen einerseits dem verwaltungsverfahrenrechtlichen Rechtsschutz während des Verfahrens der Zusammenschlusskontrolle und andererseits dem sich anschließenden Gerichtsschutz gegen verfahrensabschließende Entscheidungen der Kommission zu unterscheiden.

a) Verwaltungsverfahrenrechtlicher Rechtsschutz

Das Verwaltungsverfahren der EU-Fusionskontrolle nach den Verordnungen Nr. 4064/89 und 447/98 sieht Verfahrensgarantien für die Anmelder bzw. Hauptbeteiligten sowie die Dritten (z.B. Beschwerdeführer) vor. Da sich das Verfahren im wesentlichen gegen die Anmelder richtet und diese unter Umständen mit einer sie belastenden Verbotsentscheidung oder Freigabe lediglich unter Auflagen rechnen müssen, gesteht die Rechtsprechung diesen grundsätzlich ein höheres Niveau an Verfahrensschutz zu als den Dritten. Letztere haben nur das Recht auf eine ihren betroffenen Interessen angemessene Verfahrensbeteiligung, das nicht so weit reicht wie die Anhörungsgarantien bzw. Verteidigungsrechte der Hauptbeteiligten.⁵⁰ Dieses Ungleichgewicht der Verfahrensgarantien beruht nach ständiger Rechtsprechung auch darauf, dass die EG-Wettbewerbsverfahren im öffentlichen Gemeinschaftsinteresse mit dem Ziel des Schutzes des Wettbewerbs geführt werden und keinen – dem Gerichtsverfahren mit Kläger und Beklagtem vergleichbaren – kontradiktorischen Charakter aufweisen.⁵¹ Dies hat z.B. zur Folge, dass die Dritten keinen den Hauptbeteiligten entsprechenden Anspruch auf Einsicht in die Verfahrensakten besitzen, wobei der Umfang und die Grenzen dieses Rechts in der Rechtsprechung nach wie vor unscharf sind.⁵²

Dennoch erlaubt das EU-Fusionskontrollverfahren eine effektive Beteiligung von Beschwerdeführern und interessierten Dritten auf der Grundlage von Art. 18 Abs. 4 Verordnung Nr. 4064/89 in Verbindung mit Art. 11 und 16 Verordnung Nr. 447/98. Dies hat sich in jüngeren Beispielsfällen intensiver Beteiligung Dritter im Verwaltungsver-

⁵⁰ Vgl. Art. 18 Abs. 1-4 Verordnung 4064/89 in Verbindung mit Art. 11-17 Verordnung 447/98 sowie z.B. EuG, Rs. T-290/94, *Kaysersberg SA/Kommission*, Slg. 1997, II-2137, Rn. 105 ff. Für das EG-Kartellverfahren vgl. Art. 19 Abs. 1-2 Verordnung Nr. 17 in Verbindung mit Art. 2-9 Verordnung 2842/98 sowie Rs. T-65/96, *Kish Glass & Co. Ltd/Kommission*, Slg. 2000, II-1885, Rn. 32 ff.

⁵¹ Vgl. insbes. EuG, Rs. T-65/96, *Kish Glass & Co. Ltd/Kommission*, Slg. 2000, II-1885, Rn. 32 ff.; Rs. T-290/94, *Kaysersberg SA/Kommission*, Slg. 1997, II-2137, Rn. 105 ff.

⁵² Vgl. insbes. die Mitteilung der Kommission 97/C 23/03, ABl. 1997 C 23/3, betreffend die Akteneinsicht in EG-Wettbewerbsverfahren. Zum Anspruch auf Akteneinsicht der Hauptbeteiligten vgl. EuG, Rs. T-221/95, *Endemol Entertainment Holding BV/Kommission*, Slg. 1999, II-1299, Rn. 65 ff.

fahren, wie z.B. in den Sachen *Newscorp/Telepiù*⁵³ (Bezahlfernsehen in Italien) sowie *Candover/Cinven/BertelsmannSpringer*⁵⁴ (weltweite akademische Publikationen) und dem noch anhängigen Verfahren in der Sache M.2978 – *Lagardère/Natexis/VUP* (Buchverlage und -distribution im frankophonen Raum) bestätigt. Die von den Dritten vorgetragenen Argumente und Fakten sind zudem, wie an den jeweiligen Begründungserwägungen in den verfahrensabschließenden Entscheidungen ersichtlich, für eine sorgfältige Wettbewerbsanalyse und korrekte Entscheidungsfindung seitens der Kommission von größter Bedeutung. Schließlich zeigt das erst kürzlich ergangene Urteil des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache *ARD/Kommission*, dass die Beschwerdeführer und betroffenen Dritten auch den Inhalt und den Umfang der den Anmeldern auferlegten strukturellen und verhaltensbezogenen Zusagen zwecks Beseitigung der mit der Fusion einher gehenden Wettbewerbsprobleme effektiv beeinflussen können und insoweit – innerhalb gewisser Grenzen – gerichtlich nachprüfbar Verfahrensgarantien genießen.⁵⁵ Andererseits haben die interessierten Dritten angesichts der knappen Verfahrensfristen nach der EU-Fusionskontrollverordnung insbesondere in der Vorprüfphase, keinen Anspruch darauf, wiederholt zu der Vorlage und den Änderungen von Zusagenpaketen seitens der Hauptbeteiligten gehört zu werden, geschweige denn einen Anspruch auf Einleitung der Hauptprüfphase nach Art. 6 der Verordnung, wenn ihnen bereits im Rahmen der Vorprüfphase ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme – wenn auch innerhalb knapper Fristen – gegeben worden ist.⁵⁶

b) Gerichtlicher Rechtsschutz

Im Rahmen des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen verfahrensabschließende Entscheidungen der Kommission in EU-Fusionskontrollverfahren ist zu unterscheiden zwischen einerseits der Klage der Hauptbetroffenen gegen sie belastende Verbotsentscheidungen und andererseits Klagen Dritter, insbesondere von Konkurrenten, gegen Freigabeentscheidungen. Einen Sonderfall bilden Klagen Dritter bzw. von Konkurrenten in dem Fall, dass die Kommission das Verfahren erst gar nicht aufnimmt, weil sie die Voraussetzungen für die Begründung ihrer Zuständigkeit als nicht erfüllt ansieht. Diese zwei Arten der Konkurrentenklage sind anhand jüngerer Urteile der Gemeinschaftsgerichte betreffend den Mediensektor näher zu erörtern. Dabei ist zwischen einerseits der Zulässigkeit der Klage nach Art. 230 Abs. 4 EG-Vertrag und andererseits ihrer Begründetheit und der Frage nach der Dichte gerichtlicher Kontrolle der wettbewerblichen Beurteilung der Kommission zu differenzieren.

(1) Zulässigkeit von Konkurrentenklagen betreffend Fusionen im Mediensektor

Im Fall der Klage des Anmelders bzw. Hauptbetroffenen gegen eine Verbotsentscheidung ist die Zulässigkeit der Klage in der Regel unproblematisch, da die betreffende Entscheidung stets an ihn gemäß Art. 230 Abs. 4, 1. Alt. EG-Vertrag gerichtet ist. In den übrigen Fällen muss der klagende Dritte oder Konkurrent, der nicht Adressat der Entscheidung ist, nachweisen, dass er im Sinne von Art. 230 Abs. 4, 2. Alt. EG-

⁵³ Sache COMP/M.2876, Entscheidung der Kommission v. 2.4.2003.

⁵⁴ Sache COMP/M.3197, Entscheidung der Kommission v. 29.7.2003.

⁵⁵ EuG, Rs. T-158/00, Urteil v. 30.9.2003, noch nicht in amtl. Slg., insbes. Rn. 182 ff., 354 ff.

⁵⁶ Ebenda, Rn. 361 ff., 404 ff.

Vertrag „unmittelbar und individuell“ betroffen ist. War die Rechtsprechung hinsichtlich dieser Merkmale auch in Wettbewerbssachen lange eher restriktiv, so lässt sich insbesondere zugunsten von Wettbewerbern der Hauptbetroffenen in jüngerer Zeit eine deutliche Tendenz der Gemeinschaftsgerichte verspüren, Konkurrentenklagen vermehrt zuzulassen.⁵⁷ Wie sich an den beiden jüngeren Urteilen in den Sachen *ARD/Kommission*⁵⁸ und *Schlüsselverlag/Kommission*⁵⁹ zeigt, gilt dies insbesondere auch für den Mediensektor.

(a) *Rechtssache T-158/00, ARD/Kommission*

Die gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten für Konkurrenten bzw. interessierte Dritte im Mediensektor zeigen sich eindrucksvoll in dem erst kürzlich ergangenen Urteil des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache T-158/00, *ARD/Kommission* betreffend die Freigabe des Zusammenschlusses zwischen BSkyB und Kirch Pay-TV. Die Freigabeentscheidung der Kommission betraf insbesondere die Märkte für Bezahlfernsehen und für digitale interaktive Fernsehdienste in Deutschland sowie einen möglicherweise über die Grenzen Deutschlands hinaus reichenden Markt für den Erwerb von Inhalten, insbesondere Rechte an Filmen und Sportereignissen.⁶⁰ Bemerkenswert an dem Urteil ist, dass das Gericht die Klage für zulässig erklärte, obwohl die ARD als öffentlich-rechtlicher Rundfunksender und Anbieter auf dem Markt für frei empfangbares und werbefinanziertes Fernsehen weder unmittelbarer noch potenzieller Wettbewerber der Fusionsparteien in den Märkten für Bezahlfernsehen und digitale technische Fernsehdienste war bzw. ist.⁶¹ Dennoch sah das Gericht eine individuelle Betroffenheit der ARD insbesondere aufgrund spezifischer Beziehungen zwischen den von der Fusion betroffenen Märkten und demjenigen des frei empfangbaren Fernsehens als gegeben an.⁶² So stellte das Gericht einen „gewissen Wettbewerb zwischen dem frei empfangbaren und dem Bezahlfernsehen“ insofern fest, als beide Vermarktungsformen darauf ausgerichtet sind, die Gunst möglichst vieler Fernsehzuschauer zu erwerben. Ferner knüpfte es an die Digitalisierung die Erwartung der künftigen Konvergenz zwischen diesen beiden Formen des Fernsehens. Weitere Wechselwirkungen stellte das Gericht für den Bereich der interaktiven Fernsehdienste, das Erfordernis des Zugangs zur erforderlichen Technologie und den Erwerb von Senderechten fest.

Schließlich maß das Gericht der intensiven Verfahrensbeteiligung der Klägerin im vorangegangenen Fusionskontrollverfahren sowie dem Umstand, dass die Kommission deren Vorbringen in vielen Punkten in ihrer Entscheidung berücksichtigt hatte, eine wichtige Bedeutung bei der Beurteilung der individuellen Betroffenheit und Klagebefugnis zu.⁶³ Dies zeigt, wie wichtig es für Wettbewerber und interessierte Dritte

⁵⁷ Vgl. bereits bezüglich des Klagerechts von Arbeitnehmervertretungen EuG, Rs. T-12/93, *Vitel u.a./Kommission*, Slg. 1995, II-1247.

⁵⁸ EuG, Rs. T-158/00, Urteil v. 30.9.2003, noch nicht in amtl. Slg.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-170/02 P, Urteil v. 25.9.2003, noch nicht in amtl. Slg.

⁶⁰ Entscheidung der Kommission v. 21.3.2000 in der Sache COMP/JV.37 – BSkyB/KirchPayTV.

⁶¹ EuG, Rs. T-158/00, *ARD/Kommission*, Urteil v. 30.9.2003, noch nicht in amtl. Slg., Rn. 78.

⁶² Ebenda, Rn. 79 ff.

⁶³ Ebenda, Rn. 72 ff.

ist, sich bereits im Verwaltungsverfahren umfassend zu artikulieren und von den zur Verfügung stehenden Verfahrensgarantien zum Zweck der Beeinflussung der Entscheidungsfindung in der Kommission effektiv Gebrauch zu machen. Dies erhöht nicht nur die Chance, dass die Kommission sich von diesem Vorbringen überzeugen lässt, sondern erleichtert im Fall einer für den Dritten ungünstigen verfahrensabschließenden Entscheidung auch den Zugang zu Gericht. Darüber hinaus ermöglicht das in den Verfahrensakten enthaltene Vorbringen der dritten Verfahrensbeteiligten dem Gericht, im Rahmen der Begründetheit der Klage zu überprüfen, ob die Kommission den Anforderungen an eine sorgfältige Ermittlung, fehlerfreie wettbewerbliche Beurteilung und vollständige Begründung ihrer Entscheidung genügt hat.⁶⁴ Dies hat Auswirkungen auf die Dichte der richterlichen Kontrolle, auf die noch einzugehen ist (siehe unter (2)).

(b) *Rs. C-170/02 P – Schlüsselverlag u.a./Kommission*⁶⁵

Die vom Gerichtshof auf ein Rechtsmittel entschiedene Rechtssache C-170/02 P – *Schlüsselverlag u.a./Kommission* verdeutlicht die Rechtsschutzmöglichkeiten von Dritten in dem Fall, dass die Kommission ein Fusionskontrollverfahren mangels Zuständigkeit nicht an sich zieht, insbesondere weil sie die Umsatzschwellenwerte nach Art. 1 der EU-Fusionskontrollverordnung als nicht erfüllt ansieht. Dabei bestehen grundsätzlich zwei Varianten gerichtlichen Rechtsschutzes: zum einen eine Untätigkeitsklage nach Art. 232 EG-Vertrag wegen angeblicher Untätigkeit der Kommission und zum anderen eine Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EG-Vertrag gegen eine negative Bescheidung der Beschwerdeführer des Inhalts, dass die Eröffnung eines Fusionskontrollverfahrens mangels Zuständigkeit der Kommission nicht in Betracht kommt. Aus dem Urteil des Gerichtshofs geht im Ergebnis eindeutig hervor, dass die Untätigkeitsklage aus der Sicht der Beschwerdeführer kein geeignetes Mittel effektiven Rechtsschutzes darstellt.

Der Rechtssache *Schlüsselverlag u.a./Kommission* liegt der Sachverhalt zu Grunde, der zur sogenannten „Formil“-Entscheidung des OLG Wien vom 26. Januar 2001⁶⁶ geführt hatte. Das OLG hatte darin die Fusion zwischen der News- und der Kurier-Verlagsgruppe auf dem Markt für politische Nachrichtenmagazine in Österreich – namentlich betreffend die Magazine „Format“, „News“ und „Profil“ – unter Auflagen mit dem Ziel der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt genehmigt. Die Beschwerdeführer und Kläger in dem Verfahren vor dem Gerichtshof hatten die Kommission nach Erlass des Urteils des OLG Wien mittels Beschwerde vom 25. Mai 2001 dazu aufgefordert, den Zusammenschluss auf der Grundlage der EU-Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89 zu untersuchen, da dieser wegen des Erreichens der Umsatzschwellenwerte nach Art. 1 eine gemeinschaftsweite Bedeutung habe. Die Kommission verneinte dies jedoch und teilte das Ergebnis den Beschwerdeführern mittels mehrerer Schreiben mit. Darauf hin erhoben die Beschwerdeführer Untätigkeitsklage nach Art. 232 EG-Vertrag, die vom Gericht erster Instanz als offen-

⁶⁴ Vgl. näher dazu Nehl, H.P., Wechselwirkungen zwischen verwaltungsverfahrensrechtlichem und gerichtlichem Individualrechtsschutz in der EG, in: Nowak/Cremer (Hrsg.), Individualrechtsschutz in der EG und der WTO, 2002, S. 135 ff.

⁶⁵ EuGH, Rs. C-170/02 P, Urteil v. 25.9.2003.

⁶⁶ OLG Wien, Urteil v. 26.1.2001 (26 Kt 342, 369, 380, 381, 382, 383/00-93); vgl. bereits Fn. 5.

sichtlich unzulässig abgewiesen wurde.⁶⁷ Maßgeblich begründete das Gericht die Abweisung damit, dass die Kommission in einem dieser Schreiben verbindlich Stellung genommen habe, so dass keine Untätigkeit mehr bestand. Vielmehr hätten die Kläger die Stellungnahme der Kommission mittels einer Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EG-Vertrag anfechten müssen.⁶⁸

Der Gerichtshof ist der Auffassung des Gerichts in diesem Punkt und auch der Ansicht der Kommission nicht gefolgt, sie sei in keiner Weise dazu verpflichtet förmlich – d.h. in justizabler Form – zu einer derartigen Beschwerde Stellung zu nehmen. Angesichts der möglichen negativen Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Beschwerdeführer als Wettbewerber der fusionierenden Unternehmen könne die Kommission nicht davon absehen, deren Beschwerden zu berücksichtigen. Im Fall des nicht gerechtfertigten Absehens von der Eröffnung des Fusionskontrollverfahrens könnten die Dritten von den ihnen nach Art. 18 der EU-Fusionskontrollverordnung und der Verordnung Nr. 447/98 zustehenden Verfahrensgarantien keinen Gebrauch machen, obwohl die Kommission bei Erreichen der Schwellenwerte ausschließlich zur Prüfung des Zusammenschlusses zuständig sei. Auch würde sich die Kommission eines Mittels begeben, nachzuprüfen, ob die Beteiligten des Zusammenschlusses tatsächlich ihrer Anmeldepflicht nachgekommen sind. Ferner wären die Beschwerdeführer mangels förmlicher Stellungnahme nicht in der Lage, im Wege der Nichtigkeitsklage die sie beschwerende Weigerung der Kommission anzufechten.⁶⁹ Schließlich habe die Kommission im Interesse einer ordnungsgemäßen Verwaltung eine sorgfältige und unparteiische Prüfung von Beschwerden vorzunehmen und diese unter Angaben von Gründen zu bescheiden.⁷⁰

Diese Ausführungen reihen sich nahtlos ein in die ständige Rechtsprechung zur Zurückweisung von Beschwerden durch die Kommission im EG-Kartellverfahren.⁷¹ Sie zeigen auch, dass den Beschwerdeführern bereits im Stadium des Vorverfahrens vor der Kommission, das mit Einreichung der Beschwerde begründet wird, gewisse Verfahrensgarantien zustehen – namentlich der Anspruch auf eine sorgfältige und unparteiische Prüfung ihrer Beschwerde –, die darauf abzielen, die Wahrung der Verfahrensrechte in einem eventuell zu eröffnenden Fusionskontrollverfahren zu sichern und zugleich den Zugang zu Gericht über eine Nichtigkeitsklage zu ermöglichen. Andererseits wird daran auch erkennbar, dass die Untätigkeitsklage im Gegensatz zur Nichtigkeitsklage in derartigen Situationen kein geeignetes Mittel in der Hand der Beschwerdeführer ist, da diese durch eine verbindliche Stellungnahme der Kommission automatisch unzulässig wird. Dies hat ebenso der Gerichtshof im Ergebnis, wenn auch mit einer anderen Begründung bestätigt.

Der Gerichtshof akzeptierte andererseits den Einwand der Kommission, die an sie gerichtete Aufforderung der Beschwerdeführer, tätig zu werden sei verspätet erfolgt. Die

⁶⁷ EuG, Rs. T-3/02, *Schlüsselverlag u.a./Kommission*, Slg. 2002, II-1473.

⁶⁸ Ebenda, Rn. 24 ff.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-170/02 P, Urteil v. 25.9.2003, noch nicht in amtl. Slg., Rn. 28.

⁷⁰ Ebenda, Rn. 29.

⁷¹ Vgl. z.B. EuG, Rs. T-24/90, *Automec II/Kommission*, Slg. 1992, II-2223; Rs. T-7/92, *Asia Motor France SA u.a./Kommission*, Slg. 1993, II-669. Vgl. dazu Nehl, H.P., *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford, 1999, S. 137 ff. Zu Verfahren nach Art. 86 EG-Vertrag vgl. EuG, Rs. T-54/99, *max.mobil/Kommission*, Slg. 2002, II-313, Rn. 48 ff., 64 ff.

EU-Fusionskontrollverordnung beruhe auf dem Grundsatz der exakten Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den nationalen und gemeinschaftlichen Kontrollbehörden zwecks Vermeidung von Mehrfachüberprüfungen und sehe im Interesse der Rechtssicherheit, der betroffenen Unternehmen und einer ordnungsgemäßen Verwaltung knappe Verfahrensfristen vor.⁷² Ebenso folge aus den Erfordernissen der Rechtssicherheit und der Kontinuität der Tätigkeit der Gemeinschaft, dass – wie in der zwei-monatigen Klagefrist nach Art. 230 Abs. 5 EG-Vertrag angelegt – die Kommission nach Ablauf einer „angemessenen Frist“ nicht mehr gemäß Art. 232 Abs. 2 EG-Vertrag aufgefordert werden könne, über die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses, der bei ihr nicht angemeldet wurde, zu entscheiden. Denn die Unternehmen könnten die Kommission sonst veranlassen, eine von den zuständigen nationalen Behörden getroffene Entscheidung über einen Unternehmenszusammenschluss in Frage zu stellen, und zwar auch nach Erschöpfung der Rechtsbehelfe, die gegen diese Entscheidung in der Rechtsordnung des betreffenden Mitgliedstaats gegeben sind.⁷³ Damit macht der Gerichtshof deutlich, dass die Bestands- oder Rechtskraft der nationalen Entscheidung über die Zulässigkeit eines Zusammenschlusses nicht über den Umweg einer Beschwerde gegenüber der Kommission in Frage gestellt werden kann, wenn – wie im vorliegenden Fall – bereits erhebliche Zeit (vier Monate) seit der Entscheidung der nationalen Stelle, konkret derjenigen des OLG Wien, verstrichen ist.⁷⁴ Offen bleibt hingegen, ob und inwieweit der Gerichtshof die Bestands- und Rechtskraft der nationalen Entscheidung auch dann schützt, wenn eine Beschwerde zu einem früheren Zeitpunkt bzw. innerhalb „angemessener Frist“ bei der Kommission eingereicht wird und insbesondere in dem Fall, dass das Erreichen der Schwellenwerte tatsächlich fehlerhaft beurteilt wurde. Aus der Argumentationslinie des Gerichtshofs lässt sich ableiten, dass in diesem Fall kraft des Vorrangs des EU-Rechts auch eine Durchbrechung der Bestands- oder Rechtskraft der nationalen Entscheidung möglich ist. Ferner wird deutlich, dass der Gerichtshof die Frage der Angemessenheit der Frist nicht allgemeingültig, sondern von Fall zu Fall entscheiden will.

(2) Dichte der gerichtlichen Kontrolle von EU-Fusionskontrollentscheidungen im Mediensektor

Die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte hat auch im Bereich der EU-Fusionskontrolle lange Zeit die Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Fragen durch die Kommission einer tendenziell reduzierten materiellen Gerichtskontrolle unterworfen und statt dessen der Kontrolle der Beachtung der Verfahrensgarantien im Verwaltungsverfahren besondere Beachtung geschenkt.⁷⁵ In jüngerer Zeit scheint insbesondere das Gericht erster Instanz davon abzurücken und in Fusionsfällen auf Klage der Hauptbetroffenen die Kontrolldichte bezüglich der wettbewerblichen Beurteilung durch die Kommission zu intensivieren.⁷⁶ Das Urteil in der Rechtssache *ARD/Kommission* ist ein Nachweis dafür, dass das Gericht nunmehr diesen Ansatz

⁷² So im Ergebnis EuGH, Rs. C-170/02 P, Urteil v. 25.9.2003, noch nicht in amtl. Slg., Rn. 32-34.

⁷³ Ebenda, Rn. 35-36.

⁷⁴ Ebenda, Rn. 37.

⁷⁵ Vgl. EuG, Rs. T-290/94, *Kaysersberg/Kommission*, Slg. 1997, II-2137; Rs. 221/95, *Endemol/Kommission*, Slg. 1999, II-1299.

⁷⁶ EuG, Rs. T-342/99, *Airtours/Kommission*, Slg. 2002, II-2585; Rs. T-310/01, *Schneider Electric/Kommission*, Slg. 2002, II-4071; Rs. T-5/02, *Tetra Laval/Kommission*, Slg. 2002, II-4381.

auch betreffend Zusammenschlüsse im Mediensektor und im Fall der Klagen Dritter verfolgt.⁷⁷

Die Abkehr von der bisherigen Zurückhaltung bei der substanziellen Kontrolle komplexer ökonomischer Fragen zeigt sich bereits an dem Umfang der Überprüfung der Freigabeentscheidung in der Sache COMP/JV.37 – *BSkyB/KirchPay-TV*. Die Freigabeentscheidung der Kommission selbst hat etwa 25 Seiten mit knapp über 100 Randnummern, während das Gericht deren substanzielle Rechtmäßigkeit in weit über doppelt so viel Randnummern analysiert. Wie detailliert die gerichtliche Kontrolle ausgefallen ist, bestätigt auch die Analyse des Klagegrundes der angeblichen Unzulänglichkeit jeder einzelner der insgesamt 11 Zusagen der Beteiligten des Zusammenschlusses, die letztlich zu dessen Freigabe geführt haben. Dabei scheint das Gericht allein in formaler Hinsicht zurückhaltend zu sein. So stellt es zwar klar, dass der klagende Dritte angesichts der komplexen wirtschaftlichen Beurteilungen, welche die Kommission im Rahmen der Ausübung des Ermessens vornimmt, über das sie bei der Bewertung von angebotenen Zusagen verfügt, einen offensichtlichen Beurteilungsfehler der Kommission nachweisen muss, wenn er meint, dass die Zusagen nicht ausreichen, um die Wettbewerbsbedenken zu zerstreuen.⁷⁸ Ferner bestätigt das Gericht, dass angesichts des weiten Beurteilungsspielraums der Kommission das Gericht deren Beurteilung nicht durch seine eigene ersetzen darf, sondern sie lediglich auf das Vorliegen offensichtlicher Beurteilungsfehler hin kontrolliert.⁷⁹ Mit seiner eingehenden Analyse der jeweiligen Zusagen in Antwort auf die detaillierten Klagegründe der ARD geht das Gericht in der Sache jedoch über diesen Prüfungsansatz hinaus, auch wenn es letztlich die Freigabeentscheidung der Kommission aufrecht erhält. Die Prüftechnik zeigt, dass die Kommission spätestens im Gerichtsverfahren gegenüber dem klagenden Dritten sowie dem Gericht im einzelnen rechtfertigen muss, aus welchen Gründen sie bestimmte Zusagen – seien sie verhaltensbezogener oder struktureller Art – für ausreichend erachtet hat, um die geltend gemachten Wettbewerbsbedenken innerhalb der knappen Fristen der Vorprüfphase auszuräumen. Entsprechend hat die Kommission trotz ihres dahingehenden weiten Beurteilungsspielraums zumindest im nachhinein zu begründen, warum sie bestimmte Zusagen, die von Dritten eingefordert wurden, nicht berücksichtigt hat.⁸⁰ Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass das Gericht je nach Umfang und Detail der von den Dritten vorgebrachten Klagegründe trotz der Anerkennung eines weiten Spielraums der Kommission bei der Beurteilung von Zusagen, in eine Vollkontrolle der verfahrensabschließenden Entscheidung eintritt, die über die bisherige Prüfpraxis tendenziell hinausgeht. Damit ist den beschwerdeführenden Dritten im EU-Fusionskontrollverfahren ein wichtiges Instrument der materiellen Rechtskontrolle und des Rechtsschutzes an die Hand gegeben.

Im Ergebnis entspricht die intensivere materielle gerichtliche Kontrolldichte, wie oben unter **2)a)** gesehen, einer spiegelbildlichen Verringerung des Verfahrensrechtsschutzes der Dritten im EU-Fusionskontrollverfahren, was dem bisherigen gegenteiligen Ansatz der Gemeinschaftsgerichte – schwache materielle Kontrolldichte gekop-

⁷⁷ EuG, Rs. T-158/00, *ARD/Kommission*, Urteil v. 30.9.2003, noch nicht in amtl. Slg.

⁷⁸ Ebenda, Rn. 194.

⁷⁹ Ebenda, Rn. 328-329.

⁸⁰ Ebenda, Rn. 320 ff.

pelt mit intensivem Verfahrensschutz – zuwider läuft.⁸¹ Denn die Dritten haben, wie im Urteil *ARD/Kommission* klargestellt, angesichts der knappen Fristen in der Vorprüfphase weder einen Anspruch auf eine vollständige kontradiktorische Auseinandersetzung mit den Hauptbeteiligten und der Kommission über die Art und den Umfang der Zusagen, noch einen Anspruch auf Eröffnung der viermonatigen Hauptprüfphase, die eine solche eingehende Auseinandersetzung erlauben würde. Dies führt dazu, dass sich die Dritten auf eine Klage hin erst im Gerichtsverfahren vollständig zu der Angemessenheit und Zulässigkeit der von der Kommission letztlich akzeptierten Zusagen äußern können. Dies erhöht wiederum die Gefahr eines Gerichtsprozesses und ermöglicht dem Gericht auf detaillierte Rügen des Dritten, eine eingehende Kontrolle der materiellen Ermessenausübung durch die Kommission vorzunehmen.

V. Fazit

Der vorliegende Beitrag behandelt die ambivalenten Begriffe der Medienkonzentration und des Rechtsschutzes. Aufgrund der unterschiedlichen Verfahren und Zuständigkeiten zur Kontrolle grenzüberschreitender Medienkonzentration – Kontrolle von einerseits Meinungsmacht über nationale Verfahren zur Sicherung der Medienvielfalt und andererseits Marktmacht über das EU-Fusionskontrollverfahren – ist auch der Rechtsschutz für Verbraucher und Wettbewerber differenziert ausgestaltet. Die Differenzierung der zu Grunde liegenden Kontroll- und Rechtsschutzmechanismen darf aber nicht darüber hinweg täuschen, dass diese sowohl in der Methodik zur Bestimmung von Meinungs- bzw. Marktmacht als auch in der materiellen Beurteilung vielfältig miteinander verschränkt sind und häufig zu konvergenten Ergebnissen führen. Auf der Ebene des EU-Fusionskontrollverfahrens und des EU-Gerichtsschutzes existieren vielfältige Garantien für Dritte, um die jeweiligen Entscheidungsprozesse zu ihren Gunsten zu beeinflussen und ihre Interessen und Rechte zu wahren.

⁸¹ Vgl. nur EuGH, Rs. C-269/90, *HZA München-Mitte/Technische Universität München*, Slg. 1991, I-5469, Rn. 14. Eingehend zu dem Problemkreis Nehl, H.P., *Europäisches Verwaltungsverfahren und Gemeinschaftsverfassung*, 2002, S. 223 ff.