Philipp Zurkinden, Dr. iur., LL.M Eur, Partner Prager Dreifuss AG, Titularprofessor für Kartellrecht an der Uni Basel.
Philipp.Zurkinden@prager-dreifuss.com

Die Meinungs- und Angebotsvielfalt und das Kartellgesetz am Beispiel der Erteilung von Rundfunkkonzessionen

Résumé La COFEM constate les difficultés financières considérables auxquelles fait face la presse écrite et redoute une diminution de la diversité de l'information. Le *think tank* libéral Avenir Suisse constate le même danger et souhaite même retirer la SSR du marché concurrentiel en la transformant en un *Public Content Provider*. La LRTV contient des dispositions sur la protection de la diversité de l'opinion et de l'offre, qui renvoient à la LCart et prévoit la consultation de la Comco. Comme le démontrent les expériences passées, la LCart n'est pas adaptée pour assurer la protection de la diversité de l'information. L'article met en lumière cette incompatibilité au travers de l'exemple de l'octroi d'une concession de radiodiffusion. La condition en vertu de laquelle la diversité de l'opinion et de l'offre ne doit pas être mise en danger par l'octroi d'une concession a été biffée dans la dernière révision de la LRTV. Le problème n'est toujours pas résolu.

I. Der Bericht der EMEK vom 5. September 2014

Der Schutz der publizistischen Meinungsvielfalt wird in jüngster Zeit zunehmend diskutiert. So hat die Eidgenössische Medienkommission (EMEK)[1] gerade kürzlich darauf hingewiesen, dass die Schweizer Medien in einer Finanzierungskrise stecken und damit die Informationsangebotsvielfalt in Gefahr gerate, was wiederum für ein demokratisches System problematisch sei. In deren über 20-seitigen Bericht «Medienförderung: Standortbestimmung und Empfehlungen für die Zukunft[2]» stellt die EMEK fest, dass die Digitalisierung einen fundamentalen Wandel und gerade für regionale und überregionale Tageszeitungen wirtschaftliche Probleme mit sich bringe, da diese aufgrund von Gratisangeboten und Internetanbietern weniger Abonnements verkaufen bzw. weniger Werbeerlöse generieren[3] würden. Auch hätten die Fernseh- und Radiounternehmen mit der Verlagerung der Werbung ins Internet und ausländischen Werbefenstern zu kämpfen.[4] Er stellt auch fest, dass die neuen Nutzungsmöglichkeiten zwar auf der einen Seite mehr Möglichkeiten eröffnen würden, dass aber auf der anderen Seite die Mediennutzung je nach Alter, Bildung und Einkommen unterschiedlich sei. Es sei zu erwarten, dass die Erlöse mit publizistischen Inhalten weiter zurückgingen, was sich mit dem Abonnements- und Einzelverkauf nicht kompensieren lasse, womit der Kostendruck auf die Redaktionen noch weiter steigen werde.[5]

Die Medienkonzentration, vor allem im Printbereich, und die ausländische Konkurrenz in den elektronischen bzw. Onlinemedien gefährdeten die publizistische Medienqualität und -vielfalt und berge «die Gefahr der übermässigen Akkumulation von Meinungsmacht[6]».

Der Bericht kommt zum Schluss, dass die bisherige Medienförderung nicht genügend sei, und schlägt neue Massnahmen vor, deren Durchführung durch eine Stiftung erfolgen soll.[7]

Die EMEK tönt kurz auch die öffentliche Finanzierung des Service public im Rundfunk an und stellt fest, dass die konzessionierten Rundfunkanbieter, d. h. in erster Linie die SRG, aber

1 Die EMEK wurde vom Bundesrat im Herbst 2012 geschaffen, deren Mitglieder aber erst am 27. März 2013 gewählt. Sie hat das Mandat, «die schweizerische Medienlandschaft zu beobachten, konkrete Problemstellungen im Auftrag des Bundesrats zu analysieren und Empfehlungen abzugeben» (vgl. Pressemitteilung BAKOM vom 27. März 2013).

2 Veröffentlicht auf der EMEK-Website: http://www.emek.admin.ch/de/aktuelles/index.html.

3 So hätten sich grosse Tageszeitungen in der Vergangenheit zu ca. 70 Prozent aus Werbung und zu rund 30 Prozent aus Abonnements- und Einzelverkäufen finanziert, währenddem heute die Werbefinanzierung maximal 50 Prozent und der Zeitungsverkauf den Rest ausmache (vgl. S. 8 des EMEK-Berichts).

4 Vgl. S. 7 des Berichts. «Wenn Werbegelder vermehrt ins Internet abwandern und gleichzeitig ausländische Werbefenster Gelder aus dem Schweizer Markt gewinnen und dadurch einen grossen Preisdruck (auf den sprachregionalen Fernsehwerbemarkt) ausüben, ist mittelfristig der Service public sowohl bei der SRG als auch bei den privaten Radio- und Fernsehsendern gefährdet» (S. 10).

5 «Die Branche wirkt noch wenig auf eine gesellschaftliche und kommerzielle Positionierung hin, die auf einer überlegenen Qualität publizistischer Medieninhalte baut und für einen angemessenen und kostendeckenden Kaufpreis für solche Leistungen eintritt (z. B. mittels Gattungsmarketing)» (S. 9 des Berichts). Vgl. aber hierzu die Positionierung des VR-Präsidenten der NZZ («Fokussierung auf hochwertige Publizistik», NZZ 7. 9. 2014).

6 Vgl. S. 12 des EMEK-Berichts.

7 Die Nachrichtenagentur SDA und die Aus- und Weiterbildung von Journalisten sowie Projekte zur Entwicklung von innovativen journalistischen Arbeitsmethoden sollen finanziell besser unterstützt und journalistische Start-ups und «herausragende redaktionelle oder journalistische Leistungen» gefördert werden (vgl. dazu S. 15 ff. des Berichts).

auch private lokale Veranstalter, durch die Radio- und Fernseh-Empfangsgebühr finanziert werden.[8] Die Digitalisierung bewirke, dass die Erbringung der in den Konzessionen von den Veranstaltern im Rahmen des Service public verlangten publizistischen Medienleistungen auch in anderen Formen und Arten denkbar wäre. Die EMEK beschränkt sich im vorliegenden Bericht dann aber auf die Beschreibung der publizistischen Medien insgesamt und auf die heutige Presseförderung und stellt einen weiteren Bericht über den rundfunkrechtlichen Service public in Aussicht.[9] Nachfolgend analysiert wird, inwiefern die bestehenden rundfunkrechtlichen Grundlagen die Meinungs- und Angebotsvielfalt schützen, welche Rolle das Kartellrecht in diesem Zusammenhang übernehmen kann und ob die soeben beschlossene Teilrevision des Radio- und Fernsehgesetzes diesbezüglich Lösungen bringt.

II. Das RTVG mit der Weko gegen Medienkonzentration

Art. 74 f. des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG[10]) sehen Massnahmen gegen die Medienkonzentration vor. Das zuständige Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) kann im Bereich Radio und Fernsehen Massnahmen ergreifen, sofern Programmveranstalter oder andere im Radio- und Fernsehbereich tätige Unternehmen durch den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung die Meinungs- und Angebotsvielfalt gefährden (Art. 75 Abs. 1 RTVG). Zur Frage, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt oder nicht, verweist das RTVG auf das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG)[11]. Gemäss Art. 74 Abs. 2 RTVG konsultiert nämlich das UVEK die Wettbewerbskommission (Weko), um die Frage des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung i.S. von Art. 4 Abs. 2 KG zu beurteilen. Die Massnahmen, welche das UVEK im Falle des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung anordnen kann, sind streng und reichen von der Einräumung von Sendezeit zugunsten Dritter, der Zusammenarbeit mit anderen Marktteilnehmern, Massnahmen gegen Konzernjournalismus bis hin zu strukturellen Massnahmen innerhalb des betreffenden Unternehmens als ultima ratio (Art. 75 Abs. 2 RTVG).

Das Fehlen einer Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt war bisher eine Voraussetzung zum Erhalt einer Rundfunkkonzession (Art. 44 Abs. 1 lit. g RTVG). Bereits im Stadium der Konzessionsvergabe wurde also geprüft, ob eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des KG besteht. Die Berücksichtigung des Kartellrechts bei der Erteilung von Rundfunkkonzessionen warf in der Praxis allerdings Fragen auf.

III. Die Anwendung des Kartellrechts am Beispiel der Neubeurteilung des Konzessionsentscheids zugunsten der TVO AG

1. Beschwerde gegen die Konzessionsvergabe wegen angeblicher Gefährdung der Angebots- und Meinungsvielfalt und das Weko-Gutachten

Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) als instruierende Behörde des UVEK konsultierte Ende 2010 die Weko, um die Marktstellung der St. Galler Tagblatt AG zu beurteilen. Das UVEK hatte 2007 13 Veranstalterkonzessionen für die Verbreitung von Regionalfernsehprogrammen mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil erteilt. Gegen die Konzessionsvergabe im Versorgungsgebiet Ostschweiz an die TVO AG (TVO) vom 31. Oktober 2008 erhob deren Konkurrentin, die Tele Säntis AG (Säntis), Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht, welches die Beschwerde in Bezug auf die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt am 10. Dezember 2009 guthiess und die Sache zur Neubeurteilung an das UVEK zurückwies.[12] Das UVEK hatte demnach zu prüfen, ob eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt im Sinne von Art. 74 Abs. 1 RTVG vorliegt, und konsultierte zur Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung die Weko.

Die Weko stellt in ihrem Gutachten[13] mit Verweisung auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in dieser Sache[14] zunächst fest, dass Art. 74 Abs. 2 RTVG ausdrücklich auf Art. 4 Abs. 2 KG Bezug nimmt und dass der Begriff der beherrschenden Stellung nach RTVG daher demjenigen des KG in Art. 4 Abs. 2 entspricht.[15] Dass die Bestimmung von Marktmacht bzw. einer marktbeherrschenden Stellung aber begriffsimmanent von der Definition des sachlich und geografisch relevanten Marktes abhängt, braucht nicht näher erklärt zu werden. Gerade in diesem zentralen Punkt der Beurteilung der Marktbeherrschung stützt sich die Weko aber auf vom BAKOM vorgegebenen Marktabgrenzungen, die nicht kartellrechtlichen Gesichtspunkten entsprechen.[16]

Das BAKOM hatte den Verfahrensparteien vorgängig das rechtliche Gehör zu den Marktdefinitionen gewährt und eine Marktbefragung durchgeführt, welche es zusammen mit den Marktdefinitionen der Weko weiterleitete. Es behauptete gegenüber der Weko, die Verfahrensleitung innezuhaben, und betonte, dass es auch für die Würdigung des Gutachtens zuständig sei.[17] Unter Verweisung auf die Richtlinien für die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission[18] obliegt es gemäss BAKOM der Auftrag gebenden Behörde, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erheben sowie die Fragen zu stellen und damit auch die für die Beurteilung

8 Der Bericht stellt fest, dass zurzeit vier Prozent der Empfangsgebühren an Privatanbieter gehen würden, «was bei den Privatradios mit Gebührenanteil durchschnittlich 50 Prozent ihrer Einnahmen, bei den Privatfernsehveranstaltern mit Gebührenanteil bereits durchschnittlich 77 Prozent ausmachen» (S. 13 des EMEK-Berichts).

9 S. 13 ff. des Berichts.

10 SR 748.40.

11 SR 251.

12 BVGer, 10.12.2009, A-7762/2008.

13 RPW 2011/3, 453 ff.; es handelt sich um das erste von drei Gutachten zu Konzessionierungen (vgl. Jahresbericht, RPW 2013).

14 BVGer, 10.12.2009, A-7762/2008, E. 12.5 Heuberger/TVO AG/UVEK.

15 RPW 2011/3, Rz. 10 ff.

16 RPW 2011/3, Rz. 13.

17 UVEK, 3.11.2011, 10.

18 RPW 1997/4, 593 ff.

der Marktstellung (medien-)relevanten Märkte zu bestimmen.[19]

2. Die Vorgabe der relevanten Märkte durch das BAKOM an die Weko

Das BAKOM stellte zwar fest, dass die «Definition der relevanten Märkte an die kartellrechtliche Praxis der Weko gestützt auf Art. 11 Abs. 3 VKU[20]» angelehnt sei, passte aber diese Abgrenzungspraxis «den besonderen Umständen der publizistischen Märkte» an.[21] Gemäss Zielsetzung des RTVG, nämlich die Gewährleistung des Medienpluralismus bzw. des in der Konzession festgelegten Leistungsauftrags und damit der Sicherstellung des lokal-regionalen Service public liege der Fokus auf der Information des Versorgungsgebiets aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport.[22] Die Veranstaltung von qualitativ hochstehenden Radio- oder Fernsehprogrammen bedürfe oft einer gewissen Grösse des Veranstalters, weshalb von der aus rein kartellrechtlicher Sicht gerechtfertigten Praxis der Ausscheidung von eng definierten Märkten Abstand genommen werden müsse. Das BAKOM kam zum Schluss, dass die Märkte «für die Prüfung des publizistischen Wettbewerbs (sind) deshalb in sachlicher Hinsicht medienspezifisch (Print, Radio, Fernsehen, Internet) abzugrenzen seien[23]».

Die Weko übernahm folgende acht vom BAKOM als sachlich relevant bestimmte Märkte:

- Leser- und Leserinnenmarkt/Hörer- und Hörerinnenmarkt/Zuschauer- und Zuschauerinnenmarkt jeweils für lokal-regionale Informationen aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport sowie der Markt für Nutzer und Nutzerinnen von Informationsplattformen aus den gleichen Bereichen;
- Märkte für Print-, Radio-, Fernseh- bzw. Online-Werbung.[24]

In geografischer Hinsicht unterteilte das BAKOM bzw. die Weko die Märkte nach Versorgungsgebiet, in dem die jeweilige Konzession erteilt wird. So waren nach Meinung des BAKOM die jeweiligen lokalen bzw. regionalen Medieninformationen in erster Linie für dasjenige Gebiet interessant, auf welches diese Informationen ausgerichtet seien.[25]

3. Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung durch die Weko

Die bei der ursprünglichen Konzessionsvergabe des UVEK obsiegende TVO AG ist ein Tochterunternehmen des «St. Galler Tagblatts», welche über die Freie Presse Holding AG zur NZZ-Gruppe gehört. Mit Verweis auf das Zusammenschlussverfahren Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia beurteilt die Weko die Marktbeherrschung für die gesamte NZZ-Gruppe und nicht bloss für die TVO AG bzw. die St. Gallen Tagblatt AG.[26]

Zum Leser-, Hörer- und Zuschauermarkt wurden im Weko-Gutachten jeweils diejenigen Medien (Print-Titel, Radioprogramme, Fernsehprogramme) einbezogen, die mindestens wöchentlich lokal-regionale Informationen aus dem betreffenden geografischen Gebiet zu jedem der Bereiche Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport enthalten.[27] Die SRG, welche mit ihren Sendungen mit regionalem Schwergewicht mitberücksichtigt wurde,[28] erreichte gemäss Gutachten aufgrund der Anzahl Personen, welche täglich ein Programm von Schweizer Radio DRS bzw. das entsprechende Fernsehproramm während mindestens 30 Sekunden gesehen haben, einen Anteil von 54 bis 60 Prozent auf dem Zuhörermarkt und von knapp 37 Prozent auf dem Zuschauermarkt.

Auf der Werbeseite wurden jeweils alle (Print-)Titel, (Radio- bzw. Fernseh-)Programme und Internetplattformen hinzugezählt, «die geeignet bzw. bedeutsam sind, um insbesondere das Publikum im Versorgungsgebiet Nr. 11 mit Werbung zu erreichen[29]».

Die Weko stellte fest, dass der aktuelle und potenzielle Wettbewerb auf dem Markt für Radiowerbung im Versorgungsgebiet Ostschweiz nicht genügend sei und die NZZ-Gruppe auf diesem Markt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne

19 UVEK, 3.11.2011, 10 f.
20 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SR 251.4.
21 UVEK, 3.11.2011, 11.
22 Entsprechend sind für das BAKOM zum ersten nur diejenigen Medien relevant, welche derartige Informationsdienstleistungen erbringen. «Angebote, welche nur gewisse oder gar nur einen der interessierenden Bereiche abdeckten («Special-Interest oder Spartenangebote»), gehörten nicht dazu». RPW 2011/3, 455, Rz. 14.
23 «Zudem garantiert wirtschaftlicher Wettbewerb alleine noch nicht publizistische Vielfalt», UVEK, 3.11.2011, 12 f.
24 Die Werbemärkte wurden in die Prüfung einbezogen, da mit den jeweiligen Nutzungsmärkten eine starke Wechselbeziehung besteht. Vgl. die Darstellung der sachlich relevanten Märkte in der Verfügung des UVEK vom 3.11.2011, 13 ff. Vorab wurden bestimmte vor- und nachgelagerte Märkte (Informationsbeschaffung, Druck, Vertrieb und Verbreitung) ausgeklammert, da in diesen gemäss BAKOM von vornherein keine marktbeherrschende Stellung möglich sei.
25 RPW 2011/3, 455, Rz. 16 mit Verweisung auf die RTVV vom 9. März 2007.
26 RPW 2011/3, 454, Rz. 10.
27 Diese Marktdefinition führte dazu, dass beispielsweise die Sonntagszeitungen und die überregionalen Zeitungen «NZZ» und der «Blick» nicht in den Lesermarkt fielen, hingegen andere Tageszeitungen, welche aufgrund einer inhaltlichen Prüfung mit Bezug auf das betroffene Gebiet als relevant angeschaut wurden, wie beispielsweise das «St. Galler Tagblatt» und der «Tages-Anzeiger». Zum relevanten Markt wurden auch «20 Minuten» und Wochenzeitungen gezählt (vgl. RPW 2011/3, Rz. 22 ff.). Interessant ist die jeweilige Berücksichtigung der SRG. Auf dem Hörermarkt wurden die Sendezeit und Programmdauer der Radiosendung «Regionaljournal» mit der Sendezeit und Dauer der relevanten Informationsblöcke der anderen Radiostationen verglichen. Aufgrund des zwar niedrigeren Ausstrahlungsrhythmus, aber jeweils längerer Sendedauer und der Feststellung, dass DRS 1 mindestens einmal pro Woche zu jedem der oben erwähnten Informationsbereiche aus dem betroffenen Gebiet berichtet, wurde DRS 1 mit dem Regionaljournal ebenfalls als aktueller Wettbewerber berücksichtigt. Auf dem Zuschauermarkt wurde lediglich die Sendung «Schweiz aktuell» der SRG berücksichtigt (RPW 2011/3, 32 ff., 47 ff.).
28 RPW 2011/3, 455, Rz. 14.
29 RPW 2011/3, Tabelle in Rz. 17.

von Art. 4 Abs. 2 KG verfüge.[30] Die SRG konnte aufgrund ihres Werbeverbots bei Radios nicht als Wettbewerber berücksichtigt werden, womit kein der NZZ-Gruppe vergleichbares Unternehmen auf diesem Markt tätig war. Im Fernsehwerbungsmarkt war die SRG zu berücksichtigen.[31]

4. Prüfung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung i.S. des RTVG

In seiner Verfügung vom 3. November 2011 erteilte das UVEK die Konzession im Versorgungsgebiet 11 abermals der TVO. Es stellte fest, dass der TVO kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 74 Abs. 1 RTVG nachgewiesen werden könne. Anders als in der KG-Verhaltenskontrolle wurde der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dabei aber nicht anhand einer konkreten vergangenen oder noch anhaltenden Verhaltensweise geprüft, sondern anhand von vergangenen Handlungsweisen der TVO das UVEK analysierte, ob diese nach Konzessionsvergabe in den von ihr beherrschten Märkten die publizistische Vielfalt einschränken würde. Die betreffenden (alten) Handlungsweisen müssten geeignet sein, einen systematischen und zukunftsgerichteten Missbrauch aufzuzeigen.[32] Aufgrund der bestehenden Struktur und der bisherigen Verhaltensweisen der TVO AG erachtete das UVEK die Gefahr, dass nach Konzessionsvergabe die TVO AG ihre Stellung im Radiowerbe- bzw. -hörermarkt der Art missbrauchen wird, dass die publizistische Vielfalt beschränkt wird, als nicht wahrscheinlich.[33] Im Unterschied zu Art. 7 KG findet bei dieser UVEK-Prüfung somit keine statische Verhaltenskontrolle statt, sondern eine prospektive Analyse basierend auf der Marktstruktur und bisheriger Verhaltensweisen.

Schliesslich stellte das UVEK fest, dass die TVO auch den Leistungsauftrag deutlich besser als Säntis erfüllt, womit gemäss Art. 45 Abs. 3 RTVG nicht mehr geprüft werden müsse, welcher Bewerber «die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichere[34]».

IV. Problematik der bisherigen Regelung und Praxis der Anwendung von Kartellrecht bei der Erteilung von Rundfunkkonzessionen

1. Die «Verrundfunkrechtlichung» des Kartellrechts

Der Bezug der bisher zur Erteilung von Rundfunkkonzessionen anwendbaren Vorschriften im RTVG zum KG ist evident. Die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt in Art. 44 Abs. 1 lit. g RTVG bezog sich auf Art. 74 RTVG, wo diese Gefährdung mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S. von Art. 4 Abs. 2 KG gleichgesetzt wird.

Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist ein Tatbestand, der nicht nur den traditionellen Kartellrechtsordnungen in Europa eigen ist. Im KG ist dieser in Art. 7 geregelt. Die oben festgestellte unterschiedliche Bedeutung des Missbrauchselements lässt sich mit der ebenso unterschiedlichen Zweckbestimmung des RTVG einerseits und des KG andererseits erklären. Gemäss UVEK bezweckt die Missbrauchskontrolle im KG (Art. 7) «die Gewährleistung einer freiheitlichen, marktwirtschaftlichen Ordnung», während diejenige in Art. 74 RTVG die publizistische Vielfalt schützen wolle. Das UVEK spricht daher vom «publizistischen Missbrauch»[35]. Darunter seien Massnahmen eines Medienunternehmens zu verstehen, die geeignet sind, in den von letzterem beherrschten Märkten *«die freie und umfassende Meinungs- und Willensbildung der Medienutzerinnen und -nutzer in den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport einzuschränken. Dies ist namentlich der Fall, wenn den verschiedenen Meinungen und Interessen kein chancengleicher publizistischer Zugang gewährt wird, relevante Themen einseitig dargestellt oder ignoriert werden, oder wenn mittels einer einseitigen Auswahl von Meinungen und Akteuren versucht wird, demokratische Entscheidungsprozessen zu beeinflussen, ohne dass diese Absicht transparent gemacht wurde*[36].»

Die Anwendung des Kartellrechts bei der Erteilung von Rundfunkkonzessionen wurde somit mit rundfunkrechtlichen Elementen vermischt und das Kartellrecht in den Dienst des Schutzes der Angebots- und Meinungsvielfalt gestellt. Die unterschiedliche Definition der relevanten Märkte als zentrale Elemente der jeweiligen Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung, die andersartige Zweckrichtung der Missbrauchsprüfung, aber auch die oben festgestellte unterschiedliche «technische» Vorgehensweise im Rahmen letzterer (keine klassische Verhaltenskontrolle) sind problematisch. Generell erscheint eine Verweisung auf das KG und damit die Konsultierung der Weko als wenig sinnvoll, und wir erinnern uns, dass die Ausrichtung des KG auf Medienunternehmen bereits früher einmal aufgegeben werden musste.

2. Die KG-Reform 1995, Kritik und die KG-Reform 2003

Mit der Totalrevision des schweizerischen Kartellgesetzes 1995 erfolgte punkto Beurteilung von Kartellsachverhalten ein tiefgreifender Systemwechsel. Die sog. Saldomethode, welche es erlaubte, bei der kartellrechtlichen Prüfung auch ausserwettbewerbliche, politische Aspekte zu berücksichtigen und damit uferlose Diskussionen sowie übermässig lange Verfahren verursachte, wurde aufgehoben. Künftig sollten bei der Prüfung

30 RPW 2011/3, 470, Rz. 85 ff.
31 RPW 2011/3, 476, Rz. 116. Eigenartigerweise berücksichtigte die Weko aber auch ausländische Sender, die aber auf lokaler bzw. regionaler Ebene kaum einen Einfluss haben dürften, da sie nicht Sender finanzieren, welche die hier relevanten Informationen verbreiten.
32 UVEK, 3.11.2011, 32 ff.
33 A.a.O., 37 ff.
34 UVEK, 3.11.2011, 57 f. (mit Verweisung auf die RTVG-Botschaft).
35 UVEK, 3.11.2011, 34.
36 Ebenso müsse ein publizistischer Missbrauch «systematisch und zukunftsgerichtet sein, um die Meinungs- und Angebotsvielfalt zu gefährden», UVEK, 3.11.2011, 34 f.

nur noch wettbewerbliche, d. h. vorab Effizienzkriterien, zugelassen werden.[37]

Angesichts dieses Systemwechsels traten im Rahmen der Revisionsarbeiten Fragen u. a. auch über den Schutz der Medienvielfalt auf. Nicht im bundesrätlichen Vorschlag, sondern (erst) in der parlamentarischen Beratung wurden diesbezüglich spezielle fusionskontrollrechtliche Aufgreifkriterien aufgenommen. Die von namhaften Autoren als «Medienfusionskontrolle» bezeichnete Regelung[38] besagte, dass für Zusammenschlüsse von Medienunternehmen um das Zwanzigfache reduzierte (Schweizer) Umsatzschwellen gelten. Mit diesen verschärften Meldekriterien sollte die lokale und regionale Pressevielfalt geschützt werden.

Diese Spezialbestimmungen für Medienzusammenschlüsse stiessen allerdings schon bald auf Kritik. Zum einen mussten die meisten Zusammenschlüsse im Medienbereich gemeldet werden, was einen erhöhten Aufwand der betroffenen Unternehmen, aber auch der Wettbewerbsbehörde zur Folge hatte. Zum anderen wurde aber auch argumentiert, dass aufgrund der Anwendung der materiellen Beurteilungsnorm in Art. 10 KG notwendige Strukturbereinigungen im Medienbereich verhindert würden, womit der ursprünglich bezweckte Schutz der lokalen und regionalen Pressevielfalt «in sein Gegenteil umgekehrt zu werden droht(e)[39]». Auch das BAKOM ist der Meinung, dass unter der verschärften Meldepflicht «einzelne Zusammenschlussvorhaben im Medienbereich» untersagt worden seien.[40] Andere Autoren sprachen im Zusammenhang mit dem Fall Berner Zeitung/20 Minuten Schweiz AG[41] von «Zweifeln» darüber, ob im betreffenden Entscheid «die Untersagung aufgrund medienpolitisch neutraler Beurteilungsmassstäbe erfolgt ist[42]», ohne allerdings auf konkrete Entscheiderwägungen hinzuweisen, welche solche Zweifel stützen würden.

Die Kritik richtete sich insbesondere gegen die Praxis der Weko bei der Marktabgrenzung bei Medienzusammenschlüssen. Es wurde eine Abkehr der Eingrenzung zahlreicher kleinerer Märkte hin zur Konzentrierung auf den sog. Informationsmarkt als relevantem Markt in sachlicher Hinsicht gefordert.[43] Begründet wurde die Praxis der engen Marktdefinition durch die Weko damit, dass sich regionale und überregionale Tageszeitungen sowie die Wochenpresse und andere Informationsträger aus Lesersicht nur schlecht substituieren liessen und zudem hohe Marktzutrittsschranken bestanden. Aus Konsequenz daraus hätten Zusammenschlüsse von regionalen und lokalen Medienunternehmen zu einer Erhöhung der Marktmacht im betroffenen Medienbereich geführt, welche es erlaubt hätten, nicht nur die Leser-, sondern auch die Inseratepreise zu erhöhen.[44] Die Gegner der Weko-Praxis forderten hingegen eine weiträumigere Marktabgrenzung. Sie betonten die spezielle Bedeutung der Werbemärkte im Medienbereich und behaupteten, dass auch hohe Marktanteile in lokalen Leser- und Inseratemärkten keinen Aufschluss über die tatsächliche Marktmacht der betroffenen Medienunternehmen geben, und betonten das Primat der Werbefinanzierung.[45] Sie waren der Ansicht, dass es «keinen statistisch nachweisbaren Zusammenhang zwischen Konzentrationsgrad und Preisniveau» gebe und dass daher aus einem regionalen Zeitungsmonopol nicht automatisch auf Preiserhöhungen geschlossen werden könne.[46]

Diese im Zusammenhang mit Medienzusammenschlüssen gemachten Kommentare zeigen, dass bereits vor über 15 Jahren eine rein kartellrechtliche Betrachtungsweise im Medienbereich nicht nur bei der Definition der relevanten Märkte, sondern auch bei der materiellrechtlichen Beurteilung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung eine grosse Polemik entfachte.

Im Rahmen der KG-Reform 2003 wurden die speziellen Aufgreifkriterien für den Medienbereich wieder gestrichen. Die bundesrätliche Botschaft[47] hält fest, dass sich das KG für die Verfolgung medienpolitischer Anliegen nur wenig eigne. «Mit den Mitteln des Kartellgesetzes sollten Zusammenschlüsse zwischen Medienunternehmen nur überprüft werden, soweit sie gesamtwirtschaftlich von Bedeutung sind. Es genügt daher, wenn auf Medienunternehmen die allgemeinen Aufgreifkriterien angewendet werden[48]». Der Bundesrat nahm Bezug auf den Zusammenschlussfall Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG[49], in welchem die Weko die Wichtigkeit der Konzentration auf lokaler und regionaler Ebene feststellte und damit insofern oben

37 Botschaft KG 1995, 10 f., 84 ff.

38 Vgl. etwa Ducrey, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), 2000, V/2, 253 ff.

39 Ducrey (Fn. 38), 254 mit weiteren Verweisungen.

40 Zeller/Stämpfli, BAKOM, in: Konvergierte Märkte – konvergierte Macht? Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Strassburg, 2012, 45 f. Der vermittelte Eindruck ist aber insofern falsch, als nur ein einziger Medienzusammenschluss verboten wurde («Berner Zeitung/20 Minuten»). Die Autoren vermögen denn auch nur auf diesen Zusammenschlussfall hinzuweisen (Fn. 27).

41 RPW 2004/2, 529 ff.

42 Weber-Stecher, Medienzusammenschlüsse: Einige Gedanken zur Praxis der Wettbewerbskommission – oder: Informationsmarkt und Primat des Werbemarkts, Jusletter, 27. September 2004, 4 f. und 22 f.

43 Weber-Stecher (Fn. 42), 9 f.

44 Raass, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich – Kritik an der Kritik, sic! 1999, 669 (674).

45 Vgl. etwa Hoffet/Hoehn, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich, sic! 1999, 232 ff. und die gleichen Autoren Hoehn/Hoffet, Marktmacht im Medienbereich – Facts and Figures Replik zur «Kritik an der Kritik» von Adrian Raass, sic! 2000, 416. Siehe auch von der Crone/Groner, Marktmacht- und Zusammenschlusskontrolle im Medien- und Filmbereich, in zik (Symposium Schluep – Querbezüge zwischen Kommunikations- und Wettbewerbsrecht), 1998, 45 ff. (48 ff.) und Weber-Stecher (Fn. 42), 15 ff.

46 Hoehn/Hoffet (Fn. 45), zu Raass. Interessant ist, dass Raass als Verfechter der damaligen Beurteilungspraxis der Weko bei Medienzusammenschlüssen immerhin erwähnt, dass die Kostenverläufe bzw. die Frage der Effizienz solcher Zusammenschlüsse unter dem KG nicht berücksichtigt werden könnten: «Es ist nicht auszuschliessen, dass Kostenverläufe derart sind, dass in einigen Regionen nur eine Tageszeitung bestehen kann bzw. dass Zusammenschlüsse erst die betriebswirtschaftlich notwendige Grösse erlauben. Eine Effizienzverteidigung lässt das Kartellgesetz aber nicht zu, jedenfalls bei der aktuellen Auslegung des Begriffs des «wirksamen Wettbewerbs»» (680).

47 Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, 7. 11. 2001, BBl 2001, 2042 f.

48 Botschaft (Fn. 47), 2042.

49 RPW 2000/3, 414 ff.

beschriebene Kritik berücksichtigte. Die hohen Ansprüche der Leser und der Werbebranche seien mit höheren Kosten verbunden, die «nur mittels Grössenvorteilen ausgeglichen bzw. durch Kosteneinsparungen aufgrund von Kooperationen und Zusammenschlüssen kompensiert werden könnten[50]». Nur Zusammenschlüsse zwischen grossen Medienunternehmen könnten den Wettbewerb gefährden. Solche müssten aber auch unter den allgemeinen Meldekriterien gemeldet werden.[51]

3. Weko-Praxis unter dem KG 2003

Nach der Abschaffung der speziellen Aufgreifkriterien für Medienzusammenschlüsse beschäftigte sich die Weko vor allem im Zusammenschlussfall «Tamedia/PPSR» mit der Frage der Konzentration im Medienbereich.[52] Sie stützte sich bei der sachlichen Marktabgrenzung auf die bisherige Praxis[53] und unterschied Lesermärkte (bzw. Hörer-, Zuschauer- und Nutzermärkte); Werbemärkte, Anzeigermärkte (Anzeigeraum für Firmenwerbung, Rubrik- und Ankündigungsanzeigen), den Markt für die Frühzustellung von Zeitungen, Märkte für die Werbevermittlung, den Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe und Druckereimärkte. Als Lesermärkte unterschied die Weko einen Lesermarkt für Tageszeitungen mit lokaler/regionaler und nationaler/internationaler Berichterstattung, einen Markt für bezahlte, nicht täglich erscheinende Lokalzeitungen mit beschränkter redaktioneller Berichterstattung, einen Markt für Gratisanzeiger, einen für Pendlerzeitungen und einen Lesermarkt für Sonntagszeitungen.[54] Räumlich grenzte die Weko den Markt für Tageszeitungen in die folgenden vom Zusammenschluss betroffenen Gebiete ein: Grossraum Zürich, Grossraum Ostschweiz, Berner Oberland, Solothurn, Berner Seeland, Berner Mittelland, Genf, Waadt, Neuenburg, Jura, Freiburg und Unterwallis. Die Märkte für bezahlte, nicht täglich erscheinende Lokalzeitungen, für Pendlerzeitungen und für Gratisanzeiger wurden räumlich auf die Verteilgebiete derjenigen Titel eingegrenzt, die von den Zusammenschlussparteien herausgegeben werden, währenddem die Lesermärkte für Sonntagszeitungen bzw. Special-Interest-Titel sprachregional bzw. gesamtschweizerisch abgegrenzt werden.

Gleich wie in früherer Praxis verzichtete die Weko auch in diesem Verfahren darauf, eigenständige Hörer- bzw. Zuschauermärkte abzugrenzen. In beiden Fällen begründete sie diese Haltung damit, dass auch in diesem Zusammenschlussfall aufgrund der starken Stellung der SRG auf diesen Märkten keine Gefahr der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehe und damit eine Abgrenzung dieser Märkte nicht nötig sei. Die Weko lässt sich aber dennoch auf die räumliche Eingrenzung ein und stellt fest, dass der Markt für Radiohörer und Fernsehzuschauer weitestgehend auf das Konzessions- bzw. Sendegebiet der jeweiligen Radiosender bzw. Fernsehstation einzugrenzen sei.[55] Werbemärkte werden in lokale/regionale Märkte (jeweiliges Konzessionsgebiet) einerseits und nationale Werbemärkte andererseits abgegrenzt, wobei bei letzteren die geografische Einteilung nach den Sprachräumen erfolgt. Diese Praxis der Marktdefinition wurde auch in den jüngsten Entscheiden beibehalten.[56]

Die Weko grenzt somit weiterhin aufgrund der unterschiedlichen Schutzobjekte jeden Markt, der durch den Zusammenschluss betroffen ist, aus der Sicht der Marktgegenseite (Leser, Hörer, Zuschauer bzw. Nutzer von Informationsplattformen im Internet[57]) ab, währenddem in RTVG-Verfahren, wie oben beschrieben, die lokal-regionale Information «aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport» im Vordergrund steht.

V. Teilrevision des RTVG und Schlussfolgerungen

Gemäss der am 26. 9. 2014 beschlossenen Teilrevision des RTVG soll in Art. 44 RTVG die Nichtgefährdung der Angebots- und Meinungsvielfalt als Konzessionsvoraussetzung wegfallen, und gemäss dem revidierten Art. 74 RTVG soll künftig die Weko die Märkte definieren.[58]

Wie bereits ein Rückblick auf die Reform 1995 zeigt, ist das schweizerische KG nicht geeignet, medienpolitische Anliegen zu befriedigen. Die Verweisungen im RTVG zum einen auf traditionelle kartellrechtliche Begriffe wie der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder auf die kartellrechtliche Marktbeherrschungsdefinition in Art. 4 Abs. 2 KG und die Konsultierung der Weko ergibt wenig Sinn und führt aufgrund

50 Der Wettbewerb sei aber durch solche Zusammenschlüsse und Kooperationen nicht in Gefahr, da genügend andere (überregionale) Printmedien sowie potenzieller Wettbewerb, andere Informationsträger und die Werbewirtschaft die regionalen und lokalen Zeitungen disziplinieren würden (Botschaft [Fn. 47], 2043).

51 Botschaft (Fn. 47), 2043.

52 RPW 2009/3, 245 ff.

53 In Fn. 25 zählt sie zu dieser Praxis Tamedia AG/Espace Media Groupe (RPW 2007/4, 606 f., Rz. 29 ff.); Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG (RPW 2004/2, 536, Rz. 49); «NZZ/Espace/Bund» (RPW 2004/2, 491 f., Rz. 43); Edipresse/Corbaz (RPW 2003/1, 182, Rz. 33); Tamedia/Belcom (RPW 2001/4, 721 ff.) und «Mittelland Zeitung» (RPW 2001/3, 540 ff.)

54 Mit Bezug auf die Pendlerzeitungen stellt die Weko fest, dass in künftigen Verfahren vertiefter geprüft werden müsse, ob die Marktgegenseite die Pendlerzeitungen nicht doch als mit der abonnierten Tagespresse substituierbar anschaue (Rz. 78). Im gleichen Verfahren stellte die Weko zudem fest, dass die sog. Special-Interest-Titel als je selbständige Märkte zu bezeichnen seien (Rz. 79).

55 Rz. 86 ff. des Entscheids.

56 In jüngeren Entscheiden wird weiter zwischen Nutzer- und Lesermärkten auf spezialisierten Marktplätzen unterschieden (vgl. Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you, RPW 2013/3, Rz. 54 ff. mit weiteren Verweisen). Auf die Interdependenz zwischen Nutzungs- und Werbemarkt wies die Weko schon in frühen Entscheiden hin (vgl. etwa BOM AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG ([RPW 2000/3, Rz. 33] mit Verweis auf frühere Entscheide).

57 Der Begriff des Nutzers wird im Gutachten der Weko, anders als beispielsweise im Zusammenschlussentscheid i.S. «Tamedia/PPSR» vom 7. September 2009, in einem weiteren Sinne verwendet, indem er den Leser, den Hörer, den Zuschauer und den Nutzer von Informationsplattformen beinhaltet.

58 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 29. Mai 2013, BBl 4975 ff. (5028, 5033).

der rundfunkrechtlichen bzw.- medienpolitischen inhaltlichen Korrekturen zu Rechtsunsicherheiten.[59]

Der eingangs erwähnte EMEK-Bericht weist darauf hin, dass der Schutz der Meinungsvielfalt in Zukunft noch erhöhter Beachtung bedarf und die medienpolitischen Voraussetzungen auch bei rundfunkrechtlichen Konzessionsvergaben möglichweise noch zunehmen und damit die Verweise auf das KG noch weiter verwässert werden. Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 4 Abs. 2 KG und dessen Missbrauch werden noch weniger geeignete Kontrollinstrumente sein, um das eigentliche Anliegen, den Schutz der Angebots- und Meinungsvielfalt im publizistischen Bereich, zu realisieren. Fehlerrisiken und der Zeitverlust durch die Konsultierung der Weko sollten im Gegenteil vermieden werden. Mit der Streichung der Nichtgefährdung der Angebots- und Meinungsvielfalt als Konzessionsvoraussetzung verhindert die Teilrevision richtigerweise künftig offensichtlich in sachlicher Hinsicht ungeeignete und langwierige Prüfungschritte mit Konsultierung der Weko. Mit der Revision von Art. 74 RTVG verstärkt sie andererseits den Einfluss des KG, indem die nach Art. 74 Abs. 2 RTVG konsultierte Weko künftig die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung i.S. von Art. 4 Abs. 2 KG und auch die Definition der relevanten Märkte nach kartellrechtlichen Gesichtspunkten gestalten soll. Die oben beschriebene Kritik an genau dieser Tätigkeit der Weko im Rahmen der «Medienfusionskontrolle» im KG 1995 scheint gar unter der heute verschärften Lage im Medienbereich vergessen.[60] Die Verweise auf das KG sollten im RTVG aber vielmehr eliminiert und durch eigene Bestimmungen unter Berücksichtigung der einschlägigen medienpolitischen Kriterien ersetzt werden. Die Fragestellungen im KG und im RTVG sind insbesondere bei der Marktabgrenzung zu verschieden (Preisspielräume im KG – ausreichende Informationsquellen im RTVG). Angesichts der neuesten Entwicklungen muss die Frage gestellt werden, ob das BAKOM selber, beispielsweise im oben beschriebenen Verfahren TVO, die Märkte nicht schon zu eng abgrenzt hat. Der «Umweg» über den kartellrechtlichen Begriff des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ist nicht nur unnötig und zeitaufwendig, sondern rechtsdogmatisch falsch. Auch die spezielle Position und Funktion der SRG kann damit nicht adäquat erfasst werden.

Sollte angesichts der ebenfalls unklaren parallelen Anwendung des RTVG und des KG bei Medienzusammenschlüssen[61] im angekündigten EMEK-Bericht auch die Zusammenschlusskontrolle der Art wieder aktuell werden, dass bei der KG-Beurteilung medienpolitische Anliegen aufgenommen werden sollten, wären entsprechende Verweisungen (diesmal aufs RTVG) ebenfalls nicht sinnvoll. Viel eher erschiene in einem solchen Fall eine Zuständigkeitsregelung, wie sie seit der KG-Reform 1995 in Art. 10 Abs. 3 KG für Bankenzusammenschlüsse gilt, überlegenswert oder dann eine Lösung wie in der deutschen und österreichischen Kartellrechtsordung.

Zusammenfassung Die EMEK stellt erhebliche wirtschaftliche Probleme insbesondere der Printmedien fest und sieht die Informationsvielfalt in Gefahr. Die liberale Avenir Suisse sieht die gleiche Gefahr und will im Sinne der Medienförderung die SRG gar aus dem Medien-Wettbewerb ziehen und in einen «Public Content Provider» umwandeln. Das RTVG enthält Vorschriften zum Schutz der Angebots- und Meinungsvielfalt, wobei es auf das KG verweist und den Beizug der Weko vorsieht. Bereits Erfahrungen in der Vergangenheit zeigen, dass das KG zum Schutz der Medienvielfalt ungeeignet ist. Nachfolgend wird diese Inkompatibilität anhand des Beispiels einer Rundfunkkonzessionserteilung dargestellt. Die mit Unterstützung der Weko zu überprüfende Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Angebots- und Meinungsvielfalt wurde in der jüngsten RTVG-Revision gestrichen. Das Problem ist aber nicht gelöst.

Summary According to the Swiss federal Commission for Media, the written press is facing considerable financial difficulty and it fears that the diversity of information might be in jeopardy. Avenir Suisse – a liberal Think Tank – shares the same fears even wishes to withdraw the Swiss Broadcasting Corporation (SGR SSR) from the competitive market by transforming it in a Public Content Provider. The Federal Act on Radio and Television (RTVA) contains dispositions for the protection of the diversity of opinions and offerings. This article refer to the Federal Act on Cartels and other Restraints of Competition (Cartel Act) and state that the Department must consult the Competition Commission to assess a possible dominant position. Past experiences have shown that the Cartel Act is not suitable to protect the diversity of opinions. The author examines this incompatibility through the awarding of a radio broadcasting licence. The condition under which the diversity of opinions and offerings shall not be put in jeopardy by the awarding of such a licence has been crossed out in the latest revision of the RTVA. Therefore, the problem remains unsolved.

59 Kritik wurde bereits vor Inkrafttreten des aktuellen RTVG geäussert, vgl. Bührer/Renfer, Medienkonzenration im Spannungsverhältnis zwischen Kartellgesetz und neuem Radio- und Fernsehgesetz, Jusletter 9. 10. 2006.

60 Die in der Botschaft (4992) gemachte Aussage, wonach der bisherige Art. 44 lit. g dazu führen könnte, dass in kleinen Gebieten u. U. gar keine Konzession mehr hätte erteilt werden können, erscheint richtig. Aufgrund der unterschiedlichen Sichtweise und engen Marktdefinitionspraxis unter dem KG ist hingegen die Ergänzung von Art. 74 Abs. 2 RTVG nicht verständlich und inkohärent.

61 Vgl. Bührer/Renfer (Fn. 59), Rz. 20 ff.